

MARCELO VIEIRA VON ADAMEK

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS
ADMINISTRADORES DE

S/A

e as ações correlatas

2009

347.54
4197r
2009
Ex. 1

 Editora
Saraiva

Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-090

PABX: (11) 3613 3000

SAC/JUR: 0800 055 7688

De 2ª a 6ª, das 8:30 às 19:30

saraivajur@editorasaraiva.com.br

Acesse: www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 — Centro

Fone: (92) 3633-4227 — Fax: (92) 3633-4782 — Manaus

BÁHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dória, 23 — Brotas

Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895

Fax: (71) 3381-0959 — Salvador

BAURUR (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 — Centro

Fone: (14) 3234-5643 — Fax: (14) 3234-7401 — Baurur

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 — Jacarecanga

Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384

Fax: (85) 3238-1331 — Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIG QD 3 Bl. B - Loja 97 — Setor Industrial Gráfico

Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951

Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 — Setor Aeroporto

Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806

Fax: (62) 3224-3016 — Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 — Centro

Fone: (67) 3382-3682 — Fax: (67) 3382-0112 — Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 — Lagoinha

Fone: (31) 3429-8300 — Fax: (31) 3429-8310 — Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 — Batista Campos

Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038

Fax: (91) 3241-0499 — Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Loureiro, 2895 — Prado Velho

Fone/Fax: (41) 3332-4894 — Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 — Boa Vista

Fone: (81) 3421-4246 — Fax: (81) 3421-4510 — Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 — Centro

Fone: (16) 3610-5843 — Fax: (16) 3610-8284 — Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 — Vila Isabel

Fone: (21) 2577-9494 — Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565

Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 — Farrapos

Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567

Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Marquês de São Vicente, 1697 — Barra Funda

Fone: PABX (11) 3613-3000 — São Paulo

ISBN 978-85-02-07614-3

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Adamek, Marcelo Vieira von

Responsabilidade civil dos administradores de S/A
(e as ações correlatas) / Marcelo Vieira von Adamek. —
São Paulo : Saraiva, 2009.

1. Responsabilidade (Direito) 2. Sociedades anônimas
- Administração 3. Sociedades anônimas - Leis e legislação
I. Título.

08-08678

CDU-347.725:347.51(81)

Índice para catálogo sistemático:

1. Brasil : Sociedades anônimas : Administradores :
Responsabilidade civil : Direito
347.725:347.51(81)

Diretor editorial Antonio Luiz de Toledo Pinto

Diretor de produção editorial Luiz Roberto Curia

Assistente editorial Rosana Simone Silva

Produção editorial Lígia Alves

Clarissa Boraschi Maria Coura

Estagiário Vinícius Azevedo Vieira

Preparação de originais Maria Lúcia de Oliveira Godoy

Ana Cristina Garcia

Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas

Henrique Favaro

Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati

Juliana Queiroz

Serviços editoriais Karla Maria de Almeida Costa

Carla Cristina Marques

Ana Paula Mazzoco

Capa Daniel Rampazzo/Casa de Idéias

Data de fechamento da edição: 28-1-2009

Dúvidas?

Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio
ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.

A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e
punido pelo artigo 184 do Código Penal.

A Luciana, Maria Gabriela e André.

Aos meus pais, *Gabriele Edith Marlen von Adamek* e
Otto Carlos Vieira Ritter von Adamek, por tudo, e mais um
pouco, pelo que não tenho palavras para agradecer.

A Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França.

aprender de sua invulgar capacidade e força de trabalho, e ao Dr. LUIZ FELIPE DAL SECCO, que se desdobrou para suprir o tempo dirigido por mim aos estudos e à preparação deste trabalho. Também merece lembrança a participação que, cada qual a seu modo, tiveram, ao longo do desenvolvimento dos meus estudos, os estimados Desembargadores Dr. ANTONIO CARLOS MALHEIROS e Dr. CARLOS ALBERTO LOPES, assim como o meu irmão Dr. CARLOS VIEIRA VON ADAMEK. A todos, o meu muito obrigado.

O propósito deste livro, conforme adiante registrado, é um só: *ser útil ao leitor*. E foi essa perspectiva, que se espera tenha sido em alguma medida alcançada, que animou a dar à publicação a primeira versão de um trabalho que, declaradamente, procurou enfrentar pontos controvertidos e pouco explorados, expondo-se, com isso e em função disso, às contestações. O presente trabalho, portanto, não é uma obra com a pretensão de ser versão final e arrebatada do estudo da intrincada matéria, que se propôs analisar, atendidas as minhas naturais e evidentes limitações. Por isso mesmo, críticas, observações e sugestões por parte dos leitores serão sempre bem-vindas e seguramente serão úteis para a reflexão e o aprimoramento do trabalho.

Marcelo Vieira von Adamek

Advocacia von Adamek
Rua Major Quedinho, 111, 9º andar
CEP 01050-904 – São Paulo – SP
Fone: 11-3256-8322; fax: 3259-0499
e-mail: m-adamek@uol.com.br

SUMÁRIO

<i>Prefácio</i> – Erasmo Valladão Azevedo e Novaes França	VII
<i>Apresentação</i> – Mauro Rodrigues Penteado	IX
<i>Nota introdutória</i>	XIII
<i>Abreviaturas</i>	XXIII
1 INTRODUÇÃO	
1.1 Explicação prévia	1
1.2 Importância do tema.....	2
1.3 Divisão do estudo	6
	1º
	Administração – administradores e seus deveres
2 A ADMINISTRAÇÃO	
2.1 Órgão: noções introdutórias	11
2.2 A estruturação orgânica das companhias no direito acionário brasileiro	15
2.3 Os órgãos de administração das companhias	17
2.3.1 Conselho de Administração	20
2.3.2 Diretoria	23
2.3.3 Outros órgãos de administração	25
2.4 A administração no contexto da companhia	29
2.4.1 A posição da administração na companhia	30
2.4.2 A posição dos administradores na companhia	38
2.5 O estatuto jurídico dos administradores.....	52
2.6 Notas de direito comparado	53
2.6.1 Direito francês	53

2.6.2	Direito italiano	66
2.6.3	Direito português	75
2.6.4	Direito alemão	80
2.6.5	Direito suíço	91
2.6.6	Direito inglês	96
2.6.7	Direito norte-americano	105
2.6.8	Sociedade europeia (<i>societas europaea</i>)	110
3	OS DEVERES DOS ADMINISTRADORES	
3.1	Apreciação geral	112
3.2	Deveres, proibições e atribuições	119
3.2.1	Os deveres gerais destacados na lei acionária	119
3.2.1.1	Dever de diligência	121
3.2.1.2	Finalidade das atribuições e desvio de poder ..	142
3.2.1.3	Dever de lealdade	154
3.2.1.4	Conflito de interesses	159
3.2.1.5	Dever de sigilo	167
3.2.1.6	Dever de informar	170
3.2.1.7	Dever de vigilância	179
3.2.1.8	Outros deveres gerais	183
3.2.2	Deveres específicos na lei acionária	183
3.3	O dilema do administrador de sociedade de economia mista ..	184

2º

Responsabilidade civil dos administradores

4	RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES: APRECIÇÃO GERAL	
4.1	Espécies de responsabilidade dos administradores	194
4.2	As ordens de responsabilidade civil dos administradores e a sua natureza jurídica	198
4.2.1	Responsabilidade civil perante a companhia	199
4.2.2	Responsabilidade civil perante os acionistas	203
4.2.3	Responsabilidade civil perante terceiros em geral	204
4.3	Os critérios para definição da responsabilidade	206
4.3.1	Critérios sintético, analítico e misto	207

4.3.2	Deveres gerais e deveres específicos	209
5	RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES: OS SEUS PRESSUPOSTOS	
5.1	Os pressupostos gerais da responsabilidade civil e a cláusula geral da lei acionária	210
5.2	Comportamento antijurídico	210
5.2.1	Irresponsabilidade por ato regular de gestão	211
5.2.2	Responsabilidade por culpa ou dolo	213
5.2.3	Responsabilidade decorrente da violação da lei ou dos estatutos	215
5.2.4	Equivalência ou diferença entre ambas as hipóteses	217
5.2.5	Hipóteses destacadas de responsabilidade e os seus propósitos	226
5.3	Nexo de causalidade	226
5.4	Dano	230
5.4.1	Atributos do dano ressarcível	235
5.4.2	Danos diretos e indiretos (reflexos sobre a ação cabível)	236
5.5	Responsabilidade individual e solidária	236
5.5.1	Solidariedade pelo descumprimento de deveres legais destinados a assegurar o regular funcionamento da companhia	240
5.5.2	Solidariedade pelo descumprimento de outros deveres	242
5.5.2.1	Administração colegial	243
5.5.2.2	Administração conjunta e separada	245
5.5.2.3	Solidariedade dos terceiros	245
6	RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES: CAUSAS EXTINTIVAS	
6.1	Causas extintivas <i>lato sensu</i> da responsabilidade do administrador	248
6.2	Exoneração resultante da aprovação das demonstrações financeiras e contas	249
6.2.1	Requisitos e efeitos da deliberação	257
6.2.2	Invalidação da deliberação: hipóteses e legitimados ..	266

6.2.3	Retificação da deliberação.....	275
6.2.4	A decadência do direito formador judicial e a sua implicação sobre a ação social de responsabilidade civil.....	280
6.3	Renúncia, remissão e transação	283
6.4	Exclusão judicial da responsabilidade (boa-fé e finalidade)	286
6.4.1	Poderia a assembleia geral aplicar a excludente?	289
6.5	Prescrição.....	289
6.5.1	Prazo para o exercício de pretensão na ação social.....	292
6.5.2	Prazo para o exercício de pretensão na ação individual	297
6.5.3	Prazo especial na falência: pretensões abrangidas ..	298
6.5.4	Regime jurídico aplicável à prescrição	298
6.5.5	Causa obstativa do prazo prescricional	299

3º

Ações de responsabilidade civil contra administradores

7 AS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRA ADMINISTRADORES: DIREITO MATERIAL

7.1	As ações de responsabilidade civil contra administradores..	305
7.2	Critério distintivo entre a ação social e a ação individual	305
7.3	A ação social de responsabilidade civil	307
7.3.1	A prévia deliberação assemblear como requisito indispensável	308
7.3.1.1	Assembleias nas quais a deliberação é legítima	316
7.3.1.2	Quórum de deliberação.....	319
7.3.1.2.1	Pode o quórum ser majorado?	321
7.3.1.3	Impedimento de voto.....	327
7.3.1.3.1	A invalidação da deliberação e o acerto da real decisão assemblear: a ação declaratória assemblear positiva (“Die positive Beschlufeststellungsklage”).....	340
7.3.1.4	Resultados e efeitos da deliberação	343
7.3.1.4.1	Deliberação negativa: efeitos	345
7.3.1.4.2	Deliberação positiva: efeitos	346

7.3.1.4.2.1	Impedimento e substituição do administrador	347
7.3.1.4.2.2	Vinculação (subjéctiva e objectiva) da deliberação.....	355
7.3.1.4.3	Protraição: recusa à deliberação ou deliberação declinatoria	362
7.3.2	Inserção de restrições e condicionamentos estatutários	364
7.3.3	Espécies de ações sociais de responsabilidade.....	366
7.3.3.1	Ação social “ut universi” (companhia).....	367
7.3.3.2	Ação social “ut singuli” (a ação social dos sócios)..	368
7.3.3.2.1	Ação social “ut singuli” (substituição processual derivada) ou ação social substitutiva	370
7.3.3.2.2	Ação social “ut singuli” (por substituição processual originária) ou ação social derivada	372
7.3.3.2.2.1	Inexistência de impedimento... ..	376
7.3.3.2.2.2	Redução do percentual pela CVM	380
7.3.3.2.2.3	Redução judicial do percentual.. ..	381
7.3.3.3	Ação social na falência	383
7.3.3.4	Inexistência de ação social sub-rogatória do credor.....	386
7.4	Ação individual de responsabilidade civil contra administradores	390
7.4.1	Impossibilidade de utilização em caso de dano indirecto	391
7.4.2	Espécies de ações individuais	395
7.4.2.1	Ação individual do acionista.....	395
7.4.2.2	Ação individual do terceiro	396
7.5	A aplicação das regras da lei acionária às sociedades limitadas	396
7.6	As ações de responsabilidade civil contra administradores nos grupos de sociedades.....	401

8 A AÇÃO SOCIAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL: QUESTÕES PROCESSUAIS

8.1	Espécie de demanda e procedimento	414
-----	---	-----

8.2	Competência de jurisdição e de foro	415
8.2.1	Cláusula compromissória estatutária	427
8.3	Condições da ação (em especial a legitimidade “ad causam”)	429
8.3.1	Interesse de agir.....	430
8.3.2	Legitimidade ativa.....	435
8.3.2.1	Legitimação ativa ordinária: companhia	437
8.3.2.2	Legitimação ativa extraordinária: acionistas.....	438
8.3.2.2.1	Acionistas (alienante, potencial, adquirente, dissidente, abstinente, ausente, anuente e acionista do acionista)...	442
8.3.2.2.2	Titulares de ações penhoradas, seqüestradas ou arrestadas.....	445
8.3.2.2.3	Ações sem direito de voto; e ações não-integralizadas.....	446
8.3.2.2.4	Titulares de ações amortizadas e de ações de fruição	448
8.3.2.2.5	Usufruto, penhor, fideicomisso e alienação fiduciária	451
8.3.2.2.6	Condomínio acionário.....	457
8.3.2.2.7	Espólio de acionistas	461
8.3.2.2.8	Debenturistas e titulares de partes beneficiárias e de bônus de subscrição	462
8.3.2.2.9	Credores e outros interessados.....	463
8.3.2.2.10	Administrador judicial e liquidante administrativo	464
8.3.3	Legitimidade passiva	465
8.3.3.1	Administrador de direito.....	465
8.3.3.2	Administrador de fato.....	466
8.3.3.3	Outros possíveis legitimados passivos.....	474
8.4	Petição inicial e causa de pedir: cautelas e importância.....	475
8.5	Pedido	476
8.5.1	Cumulação de pedidos (cumulação objetiva ou de ações).....	477
8.6	Valor da causa	479
8.7	Litisconsórcio e intervenção de terceiros	482
8.8	Sentença e coisa julgada	487
8.8.1	Exclusão judicial de responsabilidade e ônus da sucumbência	487

8.8.2	Efeitos da coisa julgada na substituição processual ..	489
8.9	Desistência.....	492
8.10	Tutela de urgência	494
8.11	Execução (cumprimento de sentença).....	498
8.12	Despesas do processo.....	502

4º

Fecho

9 CONCLUSÕES E SUGESTÕES

9.1	As razões da ineficácia do sistema de responsabilidade civil e da ação social	507
9.2	Sugestões de aprimoramento.....	508

Índice bibliográfico	513
Índice de jurisprudência	549
Índice de legislação	569
Índice onomástico	589
Índice alfabético-remissivo.....	601

7 AS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRA ADMINISTRADORES: DIREITO MATERIAL

7.1 AS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRA ADMINISTRADORES

Introdução. Nos capítulos anteriores foram analisados os deveres dos administradores e os pressupostos de sua responsabilidade civil. Agora, estudar-se-á o sancionamento daqueles deveres, mediante ações de responsabilidade civil referidas na Lei das S/A. Considerando, porém, que a nossa lei acionária reporta-se tanto à ação social como à ação individual de responsabilidade civil, é mister aqui diferenciá-las.

7.2 CRITÉRIO DISTINTIVO ENTRE A AÇÃO SOCIAL E A AÇÃO INDIVIDUAL

Ação social e ação individual: distinção. A ação social e a individual, escusado nos seja dizê-lo, são ações de responsabilidade civil *tout court*, isto é, demandas de natureza condenatória. Entre elas, todavia, há importantes diferenças de regime jurídico, as quais serão adiante referidas. O que distingue essas ações não é a causa do prejuízo e tampouco a suposta natureza das regras porventura violadas pelos administradores (ao contrário do que, no passado, foi sugerido na França¹). O verdadeiro critério distintivo entre a ação social e a individual é apenas um: a titularidade do patrimônio diretamente atingido

1 JOSEPH HAMEL, GASTON LAGARDE e ALFRED JAUFFRET informam que esse enfoque tinha por fim concreto obstar a propositura de ações sociais: "Alguns autores e algumas decisões, com o desejo de limitar o campo de ação social, então muito facilmente paralisada, procuraram um critério diferente, tirado do caráter da falta e não da natureza do prejuízo a reparar. No seu conceito, uma ação social é aquela que se funda em uma falta contratual, enquanto seria individual aquela que coloca em jogo a responsabilidade delitual dos administradores, em razão de uma violação da lei à qual vários autores equiparam a violação dos estatutos" (*Droit commercial*, 2. éd., Paris: Dalloz, 1980, v. 1, t. 1, n. 663, pp. 411-412; trad. livre do Autor).

pela atuação ilícita dos administradores; o sujeito prejudicado². Com efeito, se a ação tiver por fundamento dano experimentado pela sociedade, ela se qualifica como *ação social*: a sua titularidade compete à companhia (embora em juízo possa ser exercitada pelos acionistas, no interesse daquela), e o seu objeto será sempre a recomposição do patrimônio social. Por outro lado, se ela tiver por fundamento danos diretamente experimentados no patrimônio do acionista, ou de um terceiro qualquer, em razão da atuação dos administradores e, portanto, se o seu objeto for a reparação desses danos, a ação qualifica-se como *individual*. Em cada caso, são prejuízos distintos; com credores distintos³. Na ação social, os resultados são deferidos à companhia (ainda quando o seu autor seja um acionista, agindo como substituto processual); em outro, a indenização reverte diretamente ao acionista ou ao terceiro prejudicado. Segundo adiante será visto (no subitem 7.4.1), a ação individual não se presta a obter o ressarcimento de dano individual indireto (*rectius*: dano social que repercute no valor das ações do acionista).

A ação social não exclui a ação individual. Precisamente porque os titulares do patrimônio afetados são diversos e o objeto das demandas também é distinto,

2 Cf.: ALFREDO LAMY FILHO e JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA, *A Lei das S.A.*, Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 599; OSCAR BARRETO FILHO, *Medidas judiciais da companhia contra os administradores*, RDM 40/17; J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito comercial brasileiro*, 5. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, v. 4, n. 1.226, p. 82; WALDEMAR MARTINS FERREIRA, *Compêndio de sociedades mercantis*, 2. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, v. 2, § 25, p. 231; JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, *Impedimento de administração em ação social "ut singuli"*, RDM 46/23-28; LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, São Paulo: Saraiva, 1980, v. 2, n. 232, p. 227, e *Sociedade por ações*; atos praticados por seus diretores, em razão de administração; responsabilidade daquela e destes, solidariamente, se agiram com culpa ou contrariamente aos estatutos (comentários a acórdão), RDM 2/79; FRAN MARTINS, *Prescrição de ação de responsabilidade civil contra administradores de sociedades anônimas*. In: *Novos estudos de direito societário: sociedades anônimas e sociedades por quotas*, São Paulo: Saraiva, 1988, p. 158, e *Ação individual de responsabilidade civil contra administrador de sociedade anônima fechada*. In: *Novos estudos...*, cit., pp. 143 e 146; CRISTIANO GRAEFF JR., *Compêndio elementar das sociedades comerciais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 250; e P. R. TAVARES PAES, *Responsabilidade dos administradores de sociedades*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, n. 21, p. 58. No direito italiano, vide, por todos: FRANCO BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano: Giuffrè, 1992, n. 2, pp. 198-199. No direito norte-americano: MELVIN ARON EISENBERG, *Corporations and other business organizations: cases and materials*, 9th ed., New York: Foundation Press, 2005, pp. 645-654. Em França, ao invés de se referirem à titularidade do dano, os autores reportam-se à "natureza do dano a reparar" (vide: JOSEPH HAMEL, GASTON LAGARDE e ALFRED JAUFFRET, *Droit commercial*, cit., v. 1, t. 1, n. 663, pp. 409-411; e MAURICE COZIAN e ALAIN VIANDIER, *Droit des sociétés*, 5. éd., Paris: Litec, 1992, n. 745, p. 249): dá no mesmo.

3 Cf.: PAUL LE CANNU, *Droit des sociétés*, 2. éd., Paris: Montchrestien, 2003, n. 481, p. 287.

concebe-se possam coexistir a ação social e a individual, contra os administradores, pelo mesmo fato: basta que os patrimônios tenham sido direta e distintamente atingidos. Da mesma forma, uma não exclui o cabimento da outra⁴.

Diferenças fundamentais. Como na seqüência será apreciado com maiores detalhes, entre as ações sociais e as individuais verificam-se distinções fundamentais de regime jurídico. Assim: (i) um antigo acionista não poderá mais exercer a ação social (na condição de substituto processual), ao passo que o ex-acionista, desde que funde a sua pretensão em prejuízo distinto daquele que é inerente à qualidade de acionista, conservará o seu direito de agir (em causa própria)⁵; (ii) a ação social tem por objetivo a reparação do patrimônio social desfalcado pela atuação dos administradores, de modo que, proposta pela sociedade ou por acionista, ou grupo de acionistas, na condição de substituto processual, os seus proveitos sempre reverterão em favor da sociedade, titular do patrimônio lesionado, enquanto o resultado de uma ação individual cabe exclusivamente ao seu autor, já que a ação individual não tem por fim a reconstrução do patrimônio social; (iii) a ação social, em qualquer uma de suas modalidades, como regra, depende de prévia deliberação assemblear, o que não sucede com a individual, que independe de aprovação⁶; e (iv) a aprovação do balanço e das contas sem reserva impede a propositura da ação social, mas jamais interfere no processamento da ação individual.

7.3 A AÇÃO SOCIAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL

A ação social de responsabilidade civil é aquela que tem por objeto a reparação do dano diretamente sofrido pela sociedade. Poderá ser proposta pela própria sociedade, caso em que se a qualifica de ação social *ut universi*, ou poderá ser proposta pelos acionistas, na condição de substitutos processuais da sociedade, e, nesta hipótese, é chamada ação social *ut singuli* – concebendo a lei acionária duas modalidades distintas de ação social *ut singuli*: aquela proposta pelos acionistas na condição de substitutos processuais originários (LSA, art. 159, § 4^o) ou, então, como substitutos processuais derivados (LSA, art. 159, § 3^o).

4 Cf.: LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *Sociedade por ações...*, cit., p. 79; e P. R. TAVARES PAES, *Responsabilidade dos administradores de sociedades*, cit., n. 21, p. 58.

5 Cf.: SPENCER VAMPRE, *Tratado elementar de direito comercial*, Rio de Janeiro: F. Briguet & Cia., v. 2, p. 289; e JOSEPH HAMEL, GASTON LAGARDE e ALFRED JAUFFRET, *Droit commercial*, cit., v. 1, t. 1, n. 663, p. 411.

6 Cf.: "Frente ao teor do que dispõe o § 7^o do art. 159 da Lei das Sociedades Anônimas, detém o acionista, independentemente de qualquer deliberação da assembleia, direito de ação individual diretamente contra o administrador objetivando reparar lesão ou prejuízo pessoal" (TJRS, AI 70003102969, 19^o CC, Rel. Des. GUNTHER SPODE, v.u., j. 30-11-2004, RT 835/358).

Origem remota. A ação de responsabilidade civil que compete à companhia contra os seus administradores tem a sua origem remota na *actio mandati directa* do direito romano⁷.

7.3.1 A prévia deliberação assemblear como requisito indispensável

Direito vigente. Para a propositura da ação social, em qualquer uma de suas modalidades, é de regra indispensável a existência de prévia deliberação assemblear, de conteúdo positivo ou negativo. Conteúdo *positivo*, aprovando a propositura da ação social, para, assim, possibilitar a atuação processual da própria companhia ou, na sua inércia, de qualquer acionista (LSA, art. 159, § 3º). Ou mesmo de conteúdo *negativo*, rejeitando a propositura da ação pela companhia, para, nesse caso, legitimar a iniciativa de acionistas ou grupo de acionistas, por meio de ação social derivada (LSA, art. 159, § 4º). Diante da literalidade da lei acionária vigente, tanto a doutrina⁸ como os tribunais⁹ têm

7 Cf.: LUIS BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anônimas*, Coimbra: Livr. Almedina, 1993, p. 609; e SPENCER VAMPRÊ, *Tratado elementar de direito comercial*, cit., v. 2, p. 287.

8 V.g.: CRISTIANO GRAEFF JR., *Compêndio...*, cit., p. 247; FRAN MARTINS, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 2, t. 1, n. 708, p. 413, Ação individual de responsabilidade civil... In: *Novos estudos...*, cit., p. 143, e Prescrição de ação de responsabilidade civil... In: *Novos estudos...*, cit., p. 160; J. C. SAMPAIO DE LACERDA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, cit., v. 3, p. 210; JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA, *Administradores, conselheiros e prepostos das sociedades*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 87; LUCÍOLA FABRETE LOPES NERILLO, *Responsabilidade civil dos administradores nas sociedades por ações*, Curitiba: Juruá, 2002, n. 3.5.1, p. 173; LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, A prévia deliberação assemblear como condição de *legitimatio ad causam* na ação social. In: *Pareceres*, São Paulo: Singular, 2004, v. 1, pp. 466-467; P. R. TAVARES PAES, *Responsabilidade dos administradores de sociedades*, cit., n. 22, p. 59; ROBERTO PAPINI, *Sociedade anônima e mercado de valores mobiliário*, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 266; e WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. 2, p. 723.

9 Cf.: "Conforme interpretação do art. 159 e parágrafos da Lei 6.404/76, pressuposto para a propositura da ação de responsabilidade civil contra os administradores da sociedade anônima, quer por parte de acionista, minoritário ou não, ou por parte da própria sociedade, é a deliberação prévia em assembleia geral" (TJSP, AI 174.174-4/3-00, 10ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. RUY CAMILO, v.u., j. 13-2-2001, *RJTJESP* 240/228 e *RT* 789/236). "Pressuposto para a propositura da ação de responsabilidade civil contra os administradores de sociedade anônima, quer pela própria sociedade, quer por acionista, é a deliberação prévia em assembleia, nos termos do previsto no art. 159 e §§ 3º e 4º, da Lei das Sociedades por Ações" (TJSP, Ap. 82.764-4/0, 6ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. ERNANI DE PAIVA, v.u., j. 12-8-1999, *RT* 770/235). "Nos termos do art. 159 da Lei das Sociedades Anônimas (Lei n. 6.404/76), tem-se como carecedora da ação, por ilegitimidade ativa, a companhia que, sem expressa e prévia autorização da respectiva assembleia geral, desencadeia ação contra seus administradores, visando a deles obter indenização por alegados prejuízos a ele imputados" (TJRS, Ap. 596122580, 5ª CC, Rel.

diuturnamente proclamado ser indispensável a existência dessa prévia deliberação assemblear. Diversamente, não existe a necessidade de prévia deliberação assemblear nem os estatutos sociais podem exigir-la, para a propositura de ação individual (LSA, art. 159, § 7º)¹⁰ e para a ação social falimentar (LRF, art. 82)¹¹, como adiante se verá (nos subitens 7.3.2.3 e 7.4). No caso de medida cautelar preparatória (à ação social), as situações de urgência podem levar à flexibilização quanto à verificação desse pressuposto (como detalhado adiante, no subitem 8.10).

Direito comparado. A exigência de prévia deliberação assemblear para legitimar a propositura de ação social de responsabilidade civil é veiculada nas leis acionárias de vários países¹². No direito alemão, já era prevista nos §§ 97, al. 1, e 122, da AktG de 1937, e hoje se encontra estabelecida no § 147 da AktG de 1965. No direito italiano, encontrava-se no art. 152, do Código Comercial de 1882, e, atualmente, aparece nos arts. 2.393 e 2.364, n. 4, do *Codice Civile* de 1942. No direito português, a matéria tem previsão no art. 75º do CSC. No direito argentino, encontra-se albergada no art. 276 da LSC. Diversamente, porém, no direito francês, em reação às severas restrições vigentes sob a égide da lei de 1867 sobre sociedades anônimas, prevalece, desde o advento do Decreto-lei de 31 de agosto de 1937, sistema de ampla liberdade, no qual a propositura de ação social não fica a depender de prévia deliberação assemblear, sendo, ademais, expressamente vedada a previsão de qualquer restrição estatutária (Decreto-lei n. 1937, art. 17; Lei n. 66-357, de 1966, art. 246; e CCom fr., art. L. 225-253). No direito norte-americano, por sua vez, as leis societárias normalmente condicionam a propositura de ações derivadas à prévia formulação de requerimento à diretoria ou, em certos casos, à assem-

Des. LUIZ GONZAGA PILA HOFMEISTER, v.u., j. 27-2-1997, *RJTJRS* 182/309). "A propositura da ação subordina-se à prévia deliberação da assembleia geral, nos exatos termos do art. 159 da Lei n. 6.404/76" (TJRJ, Ap. 13.955/2004, 14ª CC, Rel. Des. MARLAN DE MORAES MARINHO, v.u., j. 5-4-2005). *Vide*, ainda: TJRJ, AI 2002.002.201519, 11ª CC, Rel. Des. MURILO PASSOS DA SILVA BRAGA, v.u., j. 21-8-2003; e TJRS, Ap. 599087178, 6ª CC, Rel. Des. ANTÔNIO CORRÊA PALMEIRO DA FONTOURA, v.u., j. 19-12-2001.

10 Cf.: FRAN MARTINS, Ação individual de responsabilidade civil... In: *Novos estudos...*, cit., p. 145; P. R. TAVARES PAES, *Responsabilidade dos administradores de sociedades*, cit., n. 21, p. 59; e WALDIRIO BULGARELLI, Apontamentos sobre a responsabilidade dos administradores das companhias, *RDM* 50/98.

11 Se a companhia estiver em liquidação ordinária, a deliberação continua sendo exigida.

12 Inclusive, a regra encontra-se no art. 15 da proposta de 5ª Diretiva do Conselho das Comunidades Europeias (*vide*: ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito europeu das sociedades*, Coimbra: Livr. Almedina, 2005, p. 688). Prevê-se, inclusive, que, para essa deliberação, nem a lei nem os estatutos podem exigir mais do que a maioria absoluta dos votos expressos pelos acionistas presentes ou representados.

bléia geral¹³. O que não existe, em nenhum dos sistemas legais citados, é a automática liberação dos administradores, por efeito da pura e simples aprovação, sem reservas, das contas e das demonstrações financeiras (AktG de 1965, § 120; e CC it., art. 2.434).

Direito anterior: retrospectiva e repercussões no direito atual. A exigência de prévia deliberação assemblear encontra-se estabelecida, de forma inequívoca, no *caput* do art. 159 da Lei das S/A. As leis acionárias pátrias anteriores não a contemplavam, ao menos de forma expressa, e os estudiosos questionaram se seria viável exigí-la em juízo ou prevê-la nos estatutos sociais. Realmente, o art. 123 da lei acionária anterior (DL n. 2.627/40) reportava-se somente à legitimação ordinária da companhia e à legitimação extraordinária derivada dos acionistas, em caso de inércia daquela; mas, ao menos de forma expressa, não estabelecia a necessidade de autorização assemblear¹⁴. Ainda assim, influenciado pelos estudiosos do Decreto n. 434/1891 (que, mesmo à míngua de expressa exigência legal, julgavam necessária a deliberação assemblear¹⁵) e pela orientação prevalente nos países da Europa, TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE sustentava que a lei acionária pressupunha fosse a responsabilização dos administradores debatida previamente em assembleia geral, e essa exegese, certamente devido à autoridade de seu autor, teve grande aceitação. Até mesmo o Supremo Tribunal Federal, instado a apreciar a controvérsia, *en passant*, sinalizou pela necessidade ou, pelo menos, pela possibilidade de os estatutos condicionarem a propositura da ação à prévia deliberação da assembleia geral¹⁶. A rigor, essa equivocada interpretação nada mais foi do que

o resultado da transposição desautorizada de lições de direito comparado, boas e válidas em outros sistemas jurídicos, para o direito acionário brasileiro, que, nessa matéria, singularizava-se. Isso porque, se é verdade que nos sistemas dos países europeus era corrente a necessidade de prévia deliberação assemblear para legitimar a propositura de ação contra administradores (exceção feita, nesse particular, ao direito francês), não é menos exato que, nesses mesmos países, a aprovação das contas do administrador não obstava a sua responsabilização. No direito brasileiro, todavia, as coisas se passavam de forma diversa, porquanto, de um lado, a aprovação das contas importava na exoneração dos administradores (D n. 434/1891, art. 134, e DL n. 2.627/40, art. 101) e, de outro lado, a autorização assemblear não era expressamente exigida. Bem-vistas as coisas, o direito brasileiro contemplava sistema exatamente oposto ao prevalente na maioria dos países europeus: *dificultava* a responsabilização civil dos administradores, ao atribuir à aprovação das contas efeito liberatório, mas, em compensação, de certa forma *facilitava* a atuação judicial dos interessados, ao não condicioná-la à prévia autorização assemblear. Essa exegese, segundo assim também pensa LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES¹⁷, decerto teria sido a mais consentânea dos textos legais pátrios, e não aquela *orientação duplamente restritiva* que, por força da transposição equivocada das lições de direito comparado e da autoridade de quem a defendeu, acabou prevalecendo no direito brasileiro: *dificultando* a responsabilização dos administradores, diante do efeito liberatório de suas contas, e *dificultando* a atuação em juízo dos interessados, ao condicionar a propositura da ação a uma autorização assemblear que não tinha amparo legal. Os frutos desse grave equívoco, tal qual fértil erva daninha, tristemente germinaram na atual Lei das S/A – que, assim, singulariza-se nos quadros das leis modernas: não por requerer (agora sim e de forma expressa) a prévia deliberação assemblear (LSA, art. 159, *caput*), mas por contemplar, simultaneamente, que a aprovação, sem reservas, das demonstrações

13 Cf.: ROBERT CHARLES CLARK, *Corporate Law*, New York: Aspen Law & Business, 1986, §§ 15.2 e 15.3, pp. 640-650. A exigência de prévia manifestação da assembleia geral é, porém, bastante criticada pela doutrina, sobretudo nas companhias abertas.

14 O art. 123 do Decreto-lei n. 2.627/40 dispunha: “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”.

15 Os arts. 110 e 111 do Decreto n. 434/1891 não exigiam expressamente a prévia deliberação assemblear, mas, apesar disso, J. X. CARVALHO DE MENDONÇA (*Tratado...*, cit., v. 4, n. 1.227, p. 82) e SPENCER VAMPRE (*Tratado elementar de direito comercial*, cit., v. 2, p. 288) tinham-na por necessária.

16 Cf.: “Se não resulta de dispositivo expresso, também não nega vigência a qualquer disposição federal o acórdão que subordina à prévia autorização da assembleia geral a ação contra diretor de sociedade anônima por atos lesivos contra esta” (STF, RE 75.884-GB, 1ª T., Rel. Min. ALIOMAR BALEEIRO, v.u., j. 18-6-1973, RT 469/252).

17 Após destacar o efeito extintivo do *quitus* e o silêncio do legislador a respeito da prévia deliberação assemblear em nossas leis acionárias pretéritas, LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, com propriedade, inferiu a sua inexigibilidade à luz do direito anterior: “Dada essa posição singular da legislação brasileira, lícito seria concluir que, à míngua de qualquer referência à prévia autorização assemblear, o legislador não quis, de forma alguma, tornar a ação social de responsabilidade dependente da vontade da assembleia. Na verdade, a lei simplesmente teria estabelecido o prazo de prioridade (ou preferência) da sociedade para o exercício da ação, findo o qual todo acionista ficaria legitimado a promover subsidiariamente o feito. Em suma, a ação social seria movida pela sociedade, dentro do prazo de seis meses, a contar da primeira assembleia geral, que deliberou sobre os supostos atos lesivos da administração, findo o qual estaria qualquer acionista legitimado para promovê-la. Não impôs, nem mesmo implicitamente, a necessidade de uma manifestação da assembleia, para a propositura da ação” (*A prévia deliberação assemblear...* In: *Pareceres*, cit., v. 1, p. 467).

financeiras e das contas, exonera de responsabilidade os administradores (LSA, art. 134, § 3º). Eis a origem do grave problema antes denunciado (no subitem 6.2, *supra*).

Órgão competente para autorizar a propositura da ação social. A Lei das S/A atribuiu privativamente à assembléia geral competência para deliberar sobre a matéria. Fê-lo porque é esse o órgão que, na organização societária, ocupa a posição de proeminência – tanto em razão de ser o responsável último pela formação da vontade social como por ser aquele que, direta ou indiretamente, define o preenchimento dos cargos dos demais órgãos – e ainda porque, embora o poder de representação caiba privativamente à diretoria, não seria razoável dar aos administradores poderes para decidir sobre a sua própria sorte. Evita-se, assim, segundo anota NELSON EIZIRIK, a situação de “evidente conflito de interesses: dificilmente a própria administração deliberaria promover, em nome da sociedade, ação judicial contra alguns de seus membros”¹⁸. Tratando-se, pois, de competência privativa, a sua delegação estatutária a outro órgão social é logicamente proibida.

A prévia deliberação assemblear e a ação social contra ex-administradores. A Lei das S/A exige a prévia deliberação assemblear para a propositura da ação social contra os administradores da companhia (LSA, art. 159, *caput*), sem limitar essa exigência à hipótese de a ação ser dirigida contra atuais ocupantes de cargo de administração. Em caso decidido pelo TJSP, entendeu-se, por maioria de votos, que a prévia deliberação assemblear seria dispensável no caso de a ação social ser proposta contra antigo administrador da companhia, pois, ao condicionar a ação social àquela prévia deliberação, a lei teria pretendido “resguardar a situação do administrador como tal” e a regra sobre impedimento e substituição do administrador contra o qual se delibera propor ação social (LSA, art. 159, § 2º) “seria inócua (...) caso se aplicasse a exigência de prévia deliberação da assembléia para processar ex-administradores”¹⁹. A

nosso ver, essa exegese não se justifica. Para além de a redação da regra não limitar a exigência aos administradores em exercício (*e ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*), certo é que a aceitação da interpretação proposta no citado precedente importaria, em última análise, na consagração da absurda conclusão de que, no direito brasileiro, não seria viável ao acionista propor ação social *ut singuli* contra antigos administradores. Isso porque a prévia deliberação assemblear é necessária não só para tornar impedido o atual ocupante de cargo de administração, mas, ademais, o é para legitimar extraordinariamente os acionistas a promoverem a ação social *ut singuli* (na inércia da companhia ou no caso de ela, na voz da maioria dos acionistas presentes ao conclave, decidir não promover a ação). Ora, sem essa deliberação, os acionistas simplesmente ficam impossibilitados de agir como substitutos processuais da companhia e promover a responsabilidade civil do (antigo ou atual) faltoso. Poder-se-ia contra-argumentar que, para responsabilizar ex-administradores, justamente por não ser supostamente necessária a prévia deliberação assemblear, a legitimação extraordinária dos acionistas seria originária e concorrente com a companhia. Esse contra-argumento, porém, não seria argumento algum, porque, contra ele, bastaria invocar a regra cristalina do art. 6º do Código de Processo Civil. Em suma: a prévia deliberação assemblear é requisito *sine qua non* para a propositura de ação social de responsabilidade civil contra

dores, 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. Enquanto administrador, e somente no exercício dessa atividade diretiva, estaria o réu sujeito ao prazo da lei especial para responder civilmente. Desde que afastado do cargo, já não se justifica o tratamento legal mais benigno, tendo aplicação a norma geral do Código Civil, com prazo extintivo correspondente ao das ações pessoais (20 anos) (art. 177 do CC/1916)”. Em declaração de voto vencedor, o culto Revisor, Des. CAMPOS MELO, parece ter acatado fundamentação distinta para rejeitar a preliminar de falta de prévia deliberação, ao registrar que “para a finalidade de reparação de dano decorrente de ilícito criminal praticado contra entidade equiparada à Administração Pública (peculato), por agente, por seu turno, equiparado a funcionário público, não há necessidade do emprego de armas do direito privado. O peculato é delito praticado por funcionário público. A decisão criminal condenatória que transitou em julgado reconheceu a qualidade de empresa pública da vítima e, assim, inaplicáveis normas que visam à reparação de danos praticados contra o patrimônio de empresas privadas. Não importa que a autora tenha se revestido da forma de sociedade anônima. Para as finalidades perseguidas com a propositura da presente, o que é relevante é que o crime cometido pelo apelante teve como alvo o patrimônio público e o apelante estava equiparado a funcionário público, nos termos do que dispõe o art. 327 do Código Penal, tanto em sua antiga redação, quanto naquela decorrente da Lei n. 6.799/80. Não pode ele, agora, pretender abrigar-se sob a égide da legislação de natureza privada, para eximir-se de reparar o dano que causou e pelo qual já foi condenado criminalmente”.

18 NELSON EIZIRIK, Inexistência de impedimento do administrador na ação social “*ut singuli*”. In: *Aspectos modernos de direito societário*, Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 68.

19 Cf.: TJSP, Ap. 159.470-1, 5ª CC, Rel. Des. EUCLIDES DE OLIVEIRA, v.u., j. 25-3-1992. A passagem mais significativa do voto do Relator é a seguinte: “A presente ação não foi precedida de autorização daquele órgão, ocasionando carência, no entender do apelante. Sem razão. O texto legal se refere unicamente à responsabilidade judicial de administrador ativo, em exercício. Não possuía, o réu, essa qualidade, pois de há muito deixara a Presidência da Caixa, por reconhecida e notória má gestão. Com efeito, visa a lei resguardar a situação do administrador enquanto tal. Exatamente por isso, dispõe o § 2º do art. 159 que ‘o administrador ou administradores contra os quais deva ser proposta a ação ficarão impedidos ou deverão ser substituídos na mesma assembléia’. Seria inócua essa disposição caso se aplicasse a exigência de prévia deliberação da Assembléia para processar ex-administradores. A mesma conclusão se aplica ao art. 287, item II, letra b, quando estabelece prazo especial de três anos para a ação contra os funda-

administrador, presente ou passado, da companhia²⁰⁻²¹. Em igual senso, decidiu-se essa questão na Itália²² e também na Alemanha²³.

Deliberação assemblear e a sua substituição por atos equivalentes. A prévia deliberação assemblear, expressamente exigida pela LSA, não pode ser substituída por outros atos dos sócios (como a autorização concedida indivi-

- 20 Aparentemente, essa também é a opinião de VERA HELENA DE MELLO FRANCO e RACHEL SZTAJN (*Manual de direito comercial*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, v. 2, p. 183). Em sentido contrário, EDUARDO SILVEIRA CLEMENTE afirma que “a ação de responsabilidade civil prevista no art. 159 da Lei n. 6.404, de 1976, com todos os requisitos e rigores lá elencados, pressupõe que os administradores ainda estejam em seus respectivos cargos, tanto que o § 2º do mesmo dispositivo determina o impedimento e a substituição daqueles administradores na mesma assembleia que aprova a ação judicial. Não faria sentido exigir deliberação assemblear para aprovação de uma ação similar a ser proposta em face de administradores já destituídos de seus respectivos cargos, já que, em tal hipótese, os demandados seriam equiparados a terceiros, tornando a decisão pela propositura ou não da ação um mero ato de gestão da companhia, a qual prescindiria de um rigorismo próprio” (*Direito societário concreto & outros estudos*, Campinas: Russell, 2005, p. 123).
- 21 Nos tribunais: “Societário. Ação de indenização movida por sociedade, hoje falida, contra ex-administrador. Necessidade de prévia deliberação da assembleia geral” (TJSP, AI 295.446-4/8-00, 6ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. PERCIVAL NOGUEIRA, v.u., j. 17-2-2005, *RJTJESP* 289/408). Onde se lê: “Não favorece a autoria a alegação de que a necessidade de prévia autorização assemblear não se aplica à responsabilização de ex-administradores. Isso porque a lei não faz tal distinção, não cabendo ao intérprete fazê-lo, mormente diante da disposição específica, contida no par. 2º do mesmo art. 159, aos altos administradores (...). Ora, tal disposição se dirige especificamente aos administradores ainda em exercício, prevendo seu impedimento e sua substituição na mesma assembleia geral em que se delibera o ajuizamento da ação indenizatória. E se a lei faz tal previsão, num parágrafo destacado, é porque na sua parte geral, ou seja, no *caput*, está prevendo a necessidade de prévia autorização assemblear para responsabilização civil dos administradores em geral, seja os em exercício à época, seja os já afastados da administração. Ou, em outras palavras, sempre que uma sociedade anônima quiser buscar em juízo a reparação de danos causados por seus administradores, deverá fazê-lo com a prévia deliberação da assembleia geral, sendo que se os administradores ainda (à época) estiverem em exercício, a mesma assembleia geral deverá afastá-los e substituí-los”.
- 22 SANDRO MERZ registra que “na falta de uma válida deliberação assemblear, inclusive se obtida no curso da ação, o órgão administrativo no cargo não pode promover a ação de responsabilidade contra os ex-administradores e conselheiros fiscais para obter o ressarcimento dos danos sofridos pela sociedade em virtude de má gestão deles (Trib. Milão, 27.1.86, em *Dir. fal.*, 1986, II, 623)” (*Il codice pratico delle società*, Padova: CEDAM, 1992, p. 374; trad. livre do Autor). No mesmo sentido: GIANCARLO FRÈ e GIUSEPPE SBISA, *Società per azioni*, 6. ed., Bologna: Zanichelli, 1997, t. 1, it., p. 848.
- 23 Cf.: UWE HÜFFER, *Aktiengesetz*, 5. Aufl. München: C. H. Beck, 2002, n. 2, p. 750 – para quem “também as pretensões contra membros da administração que dela se retiraram têm amparo no § 147 (RGZ 74, 301, 302; ver igualmente BGHZ 28, 355, 357 = NJW 1960, 1667; BGH NJW 1975, 977; BGH WM 1983, 498)”. No original: “auch Ansprüche gegen ausgeschiedene Verwaltungsmitglieder fallen unter § 147 (RGZ 74, 301, 302; siehe auch BGHZ 28, 355, 357 = NJW 1960, 1667; BGH NJW 1975, 977; BGH WM 1983, 498)”.

dualmente pelos acionistas)²⁴⁻²⁵. Quando a lei exige deliberação assemblear, exige inclusive que se atenha ao processo próprio de apuração da vontade coletiva, sem excluir o direito de voz e os debates próprios do método colegial. Além disso, a deliberação deve ser específica; de regra, também não pode ser inferida ou pressuposta tão-só da deliberação de rejeição das contas dos administradores²⁶.

Hipóteses de dispensa da prévia deliberação assemblear para a propositura de ação social. Há algumas situações especiais nas quais se prescinde da prévia deliberação assemblear. *Em primeiro lugar*, esta é inexigível para a propositura da ação social falimentar (LRF, art. 82), pois, afastados da administração e da faculdade de dispor dos bens sociais, por efeito automático da sentença de quebra (LRF, art. 103), não têm a companhia nem os seus acionistas poderes para decidir sobre a reintegração do acervo patrimonial (segundo adiante estudado nos subitens 7.3.2.3 e 8.3.1.2.10). *Em segundo lugar*, apesar de controversa a tese, a prévia deliberação assemblear também não é exigível nas situações em que não se estiver a responsabilizar o administrador como tal, isto é, naquelas excepcionais situações em que a responsabilidade civil estiver totalmente desvinculada, ainda que indiretamente, do exercício de suas funções de

- 24 Cf.: FRANCO BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la Riforma delle Società*, Milano: Giuffrè, 2004, nota 261, p. 193 (com a anotação de que a exigência de deliberação assemblear “non ammette ‘equipollenti’ (Cass., 1 ottobre 1999, n. 10869, in *Le società*, 2000, p. 432, con nota di M. Delucchi: non è equiparabile alla delibera assembleare un accordo di tutti i soci)”.
- 25 Em caso envolvendo sociedade limitada, decidiu-se, contrariamente, que a deliberação social poderia ser substituída por ato equivalente: “A ação de responsabilidade civil contra o administrador compete primordialmente à própria sociedade por quotas de responsabilidade limitada. As limitadas podem admitir contorno jurídico informal no qual a manifestação da vontade social se dá quase que exclusivamente pelos atos de seus administradores, restringindo-se as reuniões dos quotistas a deliberar temas que envolvam apenas a alteração do contrato social. A aplicação supletiva das formalidades previstas na Lei de Sociedades Anônimas, por força da regra contida no art. 18 do Dec. n. 3.708/19, não deve ser feita automaticamente, sem examinar a natureza jurídica específica da sociedade por quotas de responsabilidade limitada que se encontra em litígio. Se a particular situação jurídica da sociedade revela que as decisões dos quotistas podem ser tomadas de maneira informal, exceto quando se refiram à própria alteração do contrato social, também não se deve erigir a realização de reunião prévia de quotistas à condição de pressuposto processual objetivo externo. Solução que favorece, ademais, o amplo acesso ao Poder Judiciário. Recurso Especial provido” (STJ, REsp 736.189-RS, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 6-12-2007, *DJU* 18-12-2007, p. 267).
- 26 Em sentido aparentemente diverso (e embora tratando das sociedades limitadas), JORGE LOBO sustenta que “a desaprovação das demonstrações financeiras acarreta a imediata destituição dos administradores, que terão suas responsabilidades apuradas, devendo ressarcir a sociedade dos danos que tiverem causado” (*Sociedades limitadas*, Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1, n. 10.12, p. 297).

administrador da companhia (durante e por causa desse exercício), ou seja, quando não estiver em causa fato imputável à gestão social. Na Itália, segundo notícia a doutrina, essa interpretação foi aceita em juízo²⁷. No entanto, força reconhecer a dificuldade de separar claramente os atos praticados pelo administrador exercendo essa função daqueles que não têm relação direta com a gestão social, porque, no mais das vezes, será o abuso daquela posição social o móvel ou o veículo de perpetração do ilícito. Portanto, apenas em situações excepcionais, nas quais não se possa estabelecer qualquer vínculo com a posição de titular de órgão, é que se legitimará a dispensa da prévia deliberação assemblear. Por fim, em terceiro lugar, a prévia deliberação assemblear expressa sobre a propositura de ação social pode ainda ser dispensada em casos especiais de invalidação de deliberação assemblear conexa à matéria, de cunho prejudicial (mais detalhes no subitem 8.5.1).

7.3.1.1 Assembléias nas quais a deliberação é legítima

Regra geral: vínculo de pertinência temática com a ordem do dia. Apesar de a Lei das S/A não enunciar o princípio expressamente, a análise conjunta de seus arts. 132 e 159, § 1º, permite inferir que a deliberação sobre a propositura de ação social de responsabilidade civil contra administrador poderá ser tomada em toda e qualquer assembléia geral de acionista, contanto que essa matéria guarde vínculo de pertinência temática com a ordem do dia (LSA, art. 124)²⁸⁻²⁹.

27 MASSIMO FRANZONI, a propósito, explica que a ação social de responsabilidade deve ser precedida da deliberação assemblear, “salvo o caso em que os fatos imputados não encontrem uma ocasião remota na função exercida: como, por exemplo, o caso do administrador que furtivamente entra, à noite, nos dependências da empresa para retirar bens. Esse comportamento é simplesmente facilitado pela função exercida pelo administrador, mas não encontra motivo na atividade gerencial (vide Cass., 9 de julho de 1987, n. 5989, em Juris. com., 1989, II, p. 208), com nota crítica de Scognamiglio, Observações no tema do ilícito do administrador e ação social de responsabilidade, em um caso em que existia dúvida se o fato extrapolasse às atribuições próprias do administrador; Cass., 2 de junho de 1988, n. 3742, em Juris. com., 1990, II, p. 42, com nota crítica de D’Amaro)” (La responsabilità civili degli amministratori di società di capitali. In: *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia* (diretto da FRANCESCO GALGANO, Padova: CEDAM, 1994, v. 19: *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci*, n. 29, p. 96; trad. livre do Autor). Com igual registro, vide: SANDRO MERZ, *Il codice pratico delle società*, cit., p. 373; e FRANCO BONELLI, *La responsabilità...*, cit., n. 2, p. 5, e *Gli amministratori...*, cit., pp. 163, 193 e 223-224 (referindo-se à cômica situação de “um amministratore che viene sorpreso di notte e... con il volto mascherato a rubare nei magazzini della società” (isto é, “um administrador que é surpreendido de noite e... com o rosto mascarado a roubar nos depósitos da sociedade”).

28 Para a pura e simples destituição de administrador por quebra do vínculo de confiança (situação essa diversa, em suas causas e conseqüências, da destituição resultante de impedimento), não é necessário sequer que a matéria conste da ordem do dia: “quando se trata de destituição

Esse princípio é substancialmente o mesmo vigente em outros países. Assim, a sede natural para deliberar sobre a propositura da ação social é a assembléia geral ordinária (AGO), que tem por objeto matérias que se referem à análise da administração social sob um juízo retrospectivo³⁰. Há, nessa medida, vínculo pressuposto de pertinência temática com a ordem do dia³¹, sendo que a proposta de promoção da ação social deverá ser preferencialmente suscitada quando estiverem em discussão a aprovação das contas e das demonstrações financeiras, e não por ocasião da discussão de assuntos de interesse geral³².

pura e simples, esta será eficaz independentemente de a matéria constar ou não da ordem do dia e da respectiva convocação. Pode, ainda, o assunto ser decidido em assembléia geral ordinária ou extraordinária” (MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, v. 2, p. 623). De nossa parte, entendemos, de igual forma, que a destituição (revogação) pode ser deliberada em assembléia geral ordinária ou extraordinária, mesmo que não esteja na ordem do dia, contanto que, nesse último caso, desponte por efeito de debates de matérias que, essas sim, estejam na ordem do dia (*incidents de séance*) (em sentido semelhante: YVES GUYON, *Droit des affaires*, 12. éd., Paris: Economica, 2003, t. 1: *Droit commercial général et sociétés*, n. 328, pp. 349-350; e MAURICE COZIAN e ALAIN VIANDIER, *Droit des sociétés*, cit., n. 636, p. 213). O princípio é análogo, portanto, àquele inscrito no art. 159, § 1º, da Lei das S/A. Por conseqüência, nesses casos, também não será necessário convocar nova assembléia geral para decidir sobre a substituição.

29 Nos tribunais: “Segundo a exegese do art. 159, § 1º, da Lei n. 6.404/76, pedido de representação dos administradores deve ser submetido ao colegiado na assembléia ordinária, independentemente de prévia inclusão na ordem do dia, nada impedindo que os acionistas exerçam juízo negativo de admissibilidade ou, ainda, não preparados para apreciar a questão, determinem diligências que entenderem necessárias, o que não ocorre na assembléia extraordinária, onde, aí sim, o pedido deverá ser objeto de prévia inclusão na ordem do dia ou só será apreciado se decorrer diretamente de assunto pautado” (TJRS, Ap. 598499283, 17ª CC, Rel. Des. ELAINE HARZHEIM MACEDO, v.u., j. 27-4-1999).

30 As matérias objeto da AGO encontram-se expressamente delimitadas na lei (LSA, art. 132) e, exceção feita à eleição dos administradores, referem-se a temas relacionados à apreciação dos resultados do exercício social findo (juízo retrospectivo). Essa particularidade não passou despercebida pela inteligência de TULLIO ASCARELLI. Referindo-se à lei acionária pretérita (a qual, no particular, não difere da atual), o mestre italiano, com a sua notável lucidez, registrou: “Decorre também do que dispõe o DL 2.627 mais um característico das deliberações da assembléia ordinária: respeitam as suas deliberações ao exercício findo, não aos exercícios futuros. A publicidade do DL 2.627 coaduna-se com este conceito: regulamentou, com efeito, o DL 2.627 uma publicidade que, toda, visa o exercício findo; não cuida de uma publicidade que respeite à orientação futura da sociedade: este assunto é com efeito apenas indiretamente resolvido pela assembléia ordinária nomeando novos diretores” (Poderes da assembléia ordinária e da extraordinária. In: *Ensaio e pareceres*, São Paulo: Saraiva, 1952, p. 100).

31 GIUSEPPE FERRI dizia que “la deliberazione concernente la responsabilità degli amministratori si considera *ex legge* inclusa nell’ordine del giorno dell’assemblea nella quale si discute il bilancio” (*Manuale di diritto commerciale*, 8. ed., Torino: UTET, 1991, n. 230, p. 400).

32 FÁBIO ULHOA COELHO sugere que, “em AGO, qualquer acionista poderá suscitar o tema durante a discussão de assuntos de interesse geral, mesmo que não figure tal item na ordem do

Nada impede, todavia, que a deliberação seja tomada em assembléia geral extraordinária (AGE), desde que a proposta faça parte da ordem do dia ou surja por efeito de alguma matéria dela constante. O vínculo de pertinência temática é, nessa situação, aferido pela análise da ordem do dia. Frise-se, portanto, que, seja em AGO ou em AGE, a propositura da ação de responsabilidade civil não carece constar necessariamente da ordem do dia (LSA, art. 124), mas deverá guardar sempre a necessária vinculação temática com as matérias em análise no conclave. A propositura da ação social poderá ser deliberada, assim, ainda no curso do exercício social, não havendo necessidade de aguardar a apresentação de contas da gestão pelos administradores³³. Inversamente, é possível aprovar a propositura de ação social com relação a fatos ocorridos em exercícios pretéritos, desde que, nesse caso, a pretensão ainda não esteja prescrita³⁴ e tenha relação com os fatos incluídos na ordem do dia da assembléia geral, ou a integre autonomamente.

Remédios contra a inércia da administração em convocar a assembléia geral. Quando, por qualquer motivo, for necessária a convocação da assembléia geral para deliberar especificamente sobre a propositura de ação social de responsabilidade civil, a iniciativa dos acionistas interessados encontrará o seu primeiro obstáculo já no fato de serem os próprios administradores que, de regra, ostentam competência para convocá-la (LSA, art. 123, *caput*). Para obviar tais inconvenientes, a lei acionária permite que a assembléia geral seja convocada diretamente por acionistas que representem pelo menos 5% (cinco por cento) do capital social, desde que os administradores deixem de atender, no prazo de 8 (oito)

dia" (A natureza subjetiva da responsabilidade civil dos administradores de companhia, *Revista de Direito da Empresa* 1/24). O alvitre, com a devida vênia, não procede: o tema deve ser suscitado e deliberado precisamente quando estiverem em votação as demonstrações financeiras e o relatório da administração; do contrário, se o acionista aguardar para suscitar a matéria apenas quando já estiverem em discussão os temas gerais, provavelmente irá se deparar com a deliberação de aprovação das demonstrações financeiras já tomada, e aí será muito difícil reverter o andamento dos trabalhos.

33 Nesse sentido: "Não constitui condição da ação de responsabilidade civil, a intentar-se contra os diretores, a prestação de contas à assembléia geral" (TARJ, Ap. 9.777/78, 3ª CC, Rel. Juiz SÉRGIO MARIANO, m.v., j. 19-10-1978, JB 64/193).

34 Na Itália, até a reforma de 2003, entendia-se que a deliberação assemblear em AGO poderia ter por objeto a propositura de ação social que tenha "per oggetto il risarcimento di danni relativi ad esercizi diversi da quello cui si riferisce il bilancio preteso" (Trib. Milano, 4 ottobre 1984, in *Società*, 1985, p. 176; il principio è pacifico)" (MASSIMO FRANZONI, *La responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, cit., n. 22 e nota 210, p. 70). A partir de 2003, entende-se que, sem que o tema tenha sido autonomamente incluído na ordem do dia, a deliberação só poderá versar sobre fatos relativos ao exercício do balanço em análise; do contrário, será necessária a formal inclusão na ordem do dia (cf.: FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...*, cit., p. 195).

dias, a pedido de convocação que ditos acionistas apresentem, devidamente fundamentado, com indicação das matérias a serem tratadas (LSA, art. 123, par. ún., c)³⁵. Esses mesmos acionistas, aos quais a lei acionária coerentemente reconheceu competência para convocar a assembléia geral diante da inércia dos administradores, poderão posteriormente propor a ação social derivada, caso a assembléia geral delibere não a promover (LSA, art. 159, § 4º).

7.3.1.2 Quórum de deliberação

Quórum legal de deliberação. A Lei das S/A não prevê quórum específico para a deliberação sobre a propositura da ação social³⁶. Aplica-se, portanto, o quórum legal supletivo da maioria simples dos acionistas presentes com direito de voto, não se computando os votos em branco (LSA, art. 129)³⁷. Ou seja, a mesma maioria que elegeu os administradores tem poderes para deliberar sobre a propositura da ação. Assim também ocorre em outros países³⁸. Caso os administradores contra os quais se pretenda votar a ação sejam acionistas, estarão impedidos de votar na deliberação atinente à sua própria responsabilização (conforme detalhado no subitem 7.3.1.3), mas, ainda as-

35 Nos casos em que a assembléia geral é convocada por acionistas, diante da inércia dos órgãos da administração, as despesas correlatas devem ser ressarcidas aos acionistas: "A convocação para assembléia geral de sociedade anônima compete ao Conselho de Administração, se houver, ou aos diretores. Pode, entretanto, ser feita por qualquer acionista, quando os administradores retardarem (...) a convocação, nos casos previstos em lei ou no estatuto. Nesse caso, as despesas serão suportadas pela própria sociedade, pois a ela competia a realização da providência" (TJSP, Ap. 157.645-1/8, 2ª CC, Rel. Des. URBANO RUIZ, v.u., j. 20-12-1991, RT 676/102).

36 O que se deve entender por quórum? Quórum é a fração do capital social votante que deve estar presente ou representada para que a assembléia possa instalar-se e deliberar validamente sobre certas matérias (*vide*: YVES GUYON DROIT DES AFFAIRES, cit., t. 1, n. 304, p. 313). Há, pois, duas espécies de quórum: quórum de instalação (constitutivo ou estrutural; em francês, apenas quórum), que é a parte do capital social votante necessária à instalação válida da assembléia e para que, assim, possam ter início os trabalhos; e quórum de deliberação (deliberativo ou funcional; em francês, majorité), que é a fração necessária do capital social que deve-se exprimir a favor de determinada deliberação, através do voto, pela sua aprovação. Sem quórum de instalação, "não há assembléia; o que se ele se constitua será mero agrupamento de acionistas, sem nenhuma expressão jurídica, e cujas deliberações nenhuma significação terão em relação à sociedade" (TJSP, Ap. 139.583-1, 1ª CC, Rel. Des. EUCLIDES DE OLIVEIRA, v.u., j. 20-8-1991); trata-se de autêntico requisito de constituição da assembléia.

37 Cf.: FÁBIO ULHOA COELHO, *A natureza subjetiva...*, cit., p. 28.

38 Em Portugal, a deliberação é tomada por maioria simples (cf.: M. NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anônima*, 2. ed., Coimbra: Coimbra, 1997, n. 6.2.4.1, p. 93; e ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais*, Coimbra: Coimbra, 1997, p. 117), nos termos do art. 75º, n. 1, do CSC.

sim, as suas ações entram para a verificação do “quórum” de instalação (LSA, arts. 125 e 135)³⁹.

Deliberação minoritária. Na prática societária brasileira, portanto, a ação de responsabilidade civil poderá ser aprovada pelos acionistas minoritários, quando a maioria se encontrar impedida de votar (como será visto no subitem 7.3.1.3)⁴⁰ ou por uma inexpressiva maioria de acionistas presentes à assembleia geral ordinária em segunda convocação⁴¹. Noutros países, o mesmo pode ocorrer, mas, de forma a evitar que os abusos da minoria ou de inexpressiva maioria possam comprometer o regular funcionamento da administração, são previstas normalmente regras condicionando o impedimento dos administradores à votação por parcela mínima do capital social. No Brasil, faltam regras semelhantes e, por conseqüência, os administradores podem vir a ser episodicamente afastados da função, ainda mesmo quando presente o vínculo fiduciário em relação à maioria, surgindo daí delicadas questões a serem solucionadas (como a da reeleição do impedido ou da revogação da deliberação precedente), adiante apreciadas.

Direitos de convocação e de voz. Independentemente do direito de voto, todos os acionistas têm os direitos essenciais de serem convocados para as assembleias gerais e dela poderem participar com direito de voz (LSA, art. 125, par. ún.)⁴². Significa dizer que os portadores de ações preferenciais privadas do

direito de voto deverão também ser convocados para tomar parte do conclave e nele poderão, inclusive, denunciar irregularidades, justificar e sugerir a propositura de ação social, instando assim a deliberação da assembleia⁴³. Nem poderia ser diferente, considerando que os acionistas sem direito de voto podem atuar como substitutos processuais da companhia e promover a ação social *ut singuli*, em qualquer uma de suas modalidades (conforme anotado no subitem 8.3.1.2.3).

7.3.1.2.1 Pode o quórum ser majorado?

Quórum estatutário qualificado de deliberação. A questão que se coloca, neste ponto, consiste em saber se os estatutos podem prever quórum distinto de deliberação sobre a propositura de ação social de responsabilidade civil, diverso daquele quórum legal da maioria simples dos presentes. Nas companhias abertas, essa possibilidade encontra-se expressamente afastada pelo art. 129, § 1º, da Lei das S/A, interpretado *a contrario sensu*. No entanto, nas companhias fechadas, esse mesmo preceito prevê a possibilidade de, nos estatutos sociais, elevar-se o quórum exigido para certas deliberações, desde que especificadas as respectivas matérias⁴⁴. Aplicar-se-ia esse permissivo legal inclusive para a elevação do quórum de deliberação sobre a ação social de responsabilidade civil?

Embora não estivesse a apreciar especificamente essa questão, mas outro tema conexo (consistente em saber se os estatutos poderiam majorar o quórum para a destituição de administrador), ANTÃO DE MORAES acabou por enfrentá-la, de passagem, em um de seus antigos e notáveis pareceres⁴⁵. Efetivamente, para concluir que nenhuma razão de ordem pública seria oposta à elevação do quórum legal de destituição de administrador de companhia – por não se relacionar ela com qualquer direito essencial e intangível do acionista e

39 Cf.: ERASMO VALLADÃO AZEVEDO e NOVAES FRANÇA, *Invalidez das deliberações de assembleia de S/A*, São Paulo: Malheiros, 1999, n. 19.1, nota 60, p. 92; MASSIMO FRANZONI, *La responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, cit., n. 22, nota 205, pp. 68-69; e GIANCARLO FRÈ e GIUSEPPE SBISA, *Società per azioni*, cit., t. 1, p. 703.

40 Cf.: MASSIMO FRANZONI, *La responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, cit., n. 23, p. 68.

41 Cf.: GIANCARLO FRÈ e GIUSEPPE SBISA, *Società per azioni*, cit., t. 1, p. 854.

42 Apesar de não expresso no rol do art. 109 da LSA, o direito de ser convocado para a assembleia geral e o direito de voz são direitos essenciais de todo e qualquer acionista (cf.: ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, *Lições de direito societário*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, v. 2: Sociedade anônima, n. 60, p. 117), sob pena de invalidade da própria assembleia (cf.: TJPE, Ap. 71.781, 2ª CC, Rel. Des. JOSÉ FELICIANO PORTO, v.u., j. 26-1-1973, *Adcoas* 1973, n. 20.305). O acionista tem o direito de ser convocado, mas não o dever de comparecer ao encontro: “Os acionistas podem comparecer ou não comparecer à assembleia geral, ordinária ou extraordinária, comparecer e discutir ou não discutir, comparecer e votar ou não votar. As conseqüências da omissão consistem em não terem dado número para a reunião, ou não terem concorrido para isso, ou terem deixado de convencer, com os seus argumentos, os outros acionistas presentes, ou não terem contribuído para que vencesse aquilo a favor de que teriam votado. Não há dever, há ônus” (PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, 3. ed., 2. reimpr., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, t. 50, § 5.311, p. 219). Em igual senso: MODESTO CARVALHOSA, *Comentários...*, v. 2, cit., pp. 677-678. Trata-se de verdadeiro direito subjetivo

em sentido estrito, porquanto a lei acionária não sanciona o absenteísmo do acionista (exceção feita ao controlador); sanciona, apenas, o voto abusivo (LSA, art. 115), de sorte que o voto, nesta medida sim, é verdadeiro poder-dever, e não direito subjetivo em sentido estrito.

43 Cf.: OSCAR BARRETO FILHO, *Medidas judiciais...*, cit., p. 15.

44 É evidente que a lei acionária apenas viabiliza a previsão de quórum qualificado para certas e determinadas matérias indicadas nos estatutos de companhia fechada. Em nenhuma hipótese, porém, admite a previsão de aprovação de matéria por “minorias qualificadas”, isto é, não permite dar-se por aprovada matéria que não contou, pelo menos, com o voto da maioria dos presentes, o que iria contra o princípio majoritário de governo das companhias (sobre o tema: MODESTO CARVALHOSA, *Comentários...*, cit., v. 2, p. 744; e VERA HELENA DE MELLO FRANCO e RACHEL SZTAJN, *Manual de direito comercial*, cit., v. 2, p. 171).

45 ANTÃO DE MORAES, *Sociedade anônima: reforma de estatutos; eleição da diretoria; processo; destituição; maioria qualificada; doutrina da instituição; continuidade administrativa*. In: *Problemas e negócios jurídicos*, São Paulo: Max Limonad, 1949, v. 2, pp. 201-239.

porque “dificultar não é proibir” a destituição —, o grande jurista coligiu não apenas as opiniões de eminentes autores estrangeiros favoráveis à elevação do quórum de destituição (citando FLOUCAUD-PÉNARDILLE, GOIRAND e SALANDRA⁴⁶) e julgados que acolheram essa exegese, mas, inclusive, em abono dessa sua visão (que teria o princípio da continuidade administrativa a ampará-la), ANTÃO DE MORAES ainda trouxe as valiosas opiniões de NAVARRINI e SCIALOJA — os quais, indo além, admitiam pudessem os estatutos até mesmo elevar o quórum para a promoção da ação social. Embora reconhecesse a dificuldade de encontrar, dentre as várias interpretações da lei acionária, “uma, que, enquanto sirva de base a uma teoria satisfatória, não possa obstaculizar o normal e regular desenvolvimento da sociedade”, entendia SCIALOJA que os estatutos poderiam impor maioria qualificada para deliberar sobre certas matérias, acrescentando que “na prática um grandíssimo número de estatutos, regularmente aprovados e publicados, requerem maiorias especiais para deliberações relativas a assuntos específicos”. Ainda, segundo SCIALOJA, “existem estatutos que estabelecem uma especial e mais ampla maioria da assembléia para as deliberações sobre o exercício da ação de responsabilidade contra os administradores; e, geralmente, os tribunais homologam sem problemas essas disposições. Por exemplo, o Tribunal de Aquila, mediante decreto de 10 de novembro de 1911, aprovou o estatuto da *Società Eden* que traz no art. 11 a seguinte disposição: ‘A ação de responsabilidade contra os administradores deve ser deliberada por um número de votos que represente, ao menos, a metade do capital social e com o voto favorável de, ao menos, dois terços do capital presente, e isto seja em primeira ou em segunda convocação’. Já são numerosíssimos os estatutos que trazem disposições análogas”⁴⁷. De igual sentir, NAVARRINI tam-

bém opinou pela validade da cláusula pela qual se requeira maioria mais elevada do que a legal: “Não acho que se possa sustentar — perante o nosso direito — a invalidade de tais cláusulas. Elas não violam nenhuma disposição de lei pelo fato de que o legislador não se manifestou a este respeito quando regulamentou a ação de responsabilidade; aliás, apóiam-se em uma disposição explícita, geral e não derogada, a qual deixa a sociedade como árbitra para modificar, de acordo com as várias exigências, a maioria normal (art. 157, 89). Será que ferem a intenção do legislador? É este, o da intenção do legislador, um terreno por demais incerto em relação à nossa questão. A meu ver, a intenção mais evidente do legislador em ditar o art. 152 foi aquela de agir com responsabilidade, ela é a árbitra absoluta desta ação. Ora, as cláusulas em questão não ferem diretamente aquela intenção, visto que tão-somente regulamentam a forma de exercer aquele direito que o legislador reconheceu à assembléia. Ferem o espírito do sistema? É difícil prová-lo. E quem pode dizer que o legislador tenha realmente quisto que a promoção da ação de responsabilidade encontre a via mais rápida e, portanto, condene aquelas cláusulas que a tornam mais lenta? O fato de ter negado a cada um individualmente este direito não poderia, ao contrário, fazer pensar que se orientou por um caminho diferente? Ou seja, que tenha quisto que esta ação fosse deliberada de forma ponderada? E que, em vez de estar em contradição, as cláusulas que impõem uma maioria especial confirmam esta sua intenção? Teoricamente é possível discutir se é preferível ou não que o legislador fixe a norma que a maioria normal deva valer necessariamente também em relação a esta matéria, da mesma forma que se pode discutir se é ou não admissível que o exercício seja confiado a cada um individualmente; mas, na presente condição das nossas leis, uma exigência deste gênero me parece infundada”⁴⁸.

46 De fato, tratando da destituição do administrador na França, GOIRAND observou que “c’est l’assemblée générale des actionnaires qui prononce la révocation. La délibération doit être prise suivant les règles qui gouvernent les assemblées ordinaires”, acrescentando que, se no estatuto “est établi des conditions spéciales de délibération, elles doivent être observées” (*Traité des sociétés par actions*, v. 2, n. 526, p. 60). Na Itália, VITTORIO SALANDRA afirmou que “non è richiesto della legge per la revoca degli amministratori una maggioranza speciale, ma lo statuto può richiederla” (*Nuovo Digesto Italiano*). Mas, em sentido contrário a essas opiniões, ANTÃO DE MORAES invoca as lições de outros renomados juristas, como HOUPIN e BOSVIEUX (*Sociétés*, v. 2, n. 1.030, p. 202), para quem “ces stipulations seraient illicites comme portant atteinte au droit essentiel et d’ordre public de révocation des administrateurs”, e, ainda, de PAUL PIC (*Sociétés*, v. 2, n. 1.119, p. 562), no sentido de que a majoração importaria em “entraver dans une certaine mesure” a liberdade de revogação que deve ter a assembléia.

47 As lições de SCIALOJA, citadas por ANTÃO DE MORAES, são as seguintes: “in pratica un grandissimo numero di statuti, regolarmente approvati e pubblicati, richiedono maggioranze speciali per deliberazioni riguardanti singole materie (...). Vi sono statuti che stabiliscono una speciale e più elevata maggioranza dell’assemblea per le deliberazioni sull’esercizio dell’azione in responsabilità contro gli amministratori; e per lo più i tribunali omologano senza difficoltà simili

disposizioni. Ad esempio il Tribunale di Aquila con decreto 10 novembre 1911 ha approvato lo statuto della Società Eden contenente all’art. 11 la seguente disposizione: ‘L’azione di responsabilità contro gli amministratori deve essere deliberata dalla rappresentanza di almeno la metà del capitale sociale e col voto favorevole di due terzi almeno del capitale intervenuto, e ciò tanto in prima che in seconda convocazione’. Moltissimi sono ormai gli statuti contengono disposizioni analoghe” (*Saggi di vario diritto*, v. 2, Roma, 1928, p. 220).

48 As lições de NAVARRINI, transcritas por ANTÃO DE MORAES, são as seguintes: “Non mi pare si possa sostenere — di fronte al nostro diritto — la invalidità di tali clausole. Esse non violano nessuna disposizione di legge, perchè il legislatore ha taciuto in proposito là dove regola l’azione in responsabilità; si appoggiano, per contrario, ad una disposizione esplicita, generale, e non derogata, la quale lascia arbitra la società di modificare, secondo le varie esigenze, la maggioranza normale (art. 157, 89). Vengono a ferire la intenzione del legislatore? È questo dell’ intenzione del legislatore un terreno troppo malfido, per la nostra questione. Per me l’intenzione più evidente del legislatore nel dettare l’art. 152 è stata quella di agire in responsabilità, essa è l’arbitra assoluta di tale azione; — ora, le clausole in questione non vulnerano direttamente quell’intenzione, perchè disciplinano semplicemente il modo di esercitare quel diritto

Contudo, é preciso observar que as citadas opiniões de SCIALOJA e NAVARRINI foram externadas à luz das prescrições do direito vigente à época na Itália (Código Comercial de 1882). Também é fundamental acrescentar que, mesmo então, esses pontos de vista não eram iterativos. Vivante, por exemplo, não admitia que matérias conexas pudessem ficar submetidas a quóruns distintos; não consentia que a aprovação das contas e a eleição ficassem sujeitas à maioria normal, e a efetivação da responsabilidade restasse submetida a condições mais graves, pois essa dualidade de quóruns implicaria agressão ao princípio de que “quem desaprova tem o direito de perseguir” (“principio che chi disapprova ha anche il diritto di perseguire”)⁴⁹.

No direito brasileiro, CRISTIANO GRAEFF JR., em tempos recentes, manifestou-se singelamente pela admissibilidade da majoração do quórum de deliberação da ação social de responsabilidade civil contra administrador, mas, para embasar essa inferência, não apresentou qualquer justificativa⁵⁰.

Entretanto, e ainda em tempos mais recentes, na Itália, GIORGIO CIAN e ALBERTO TRABUCCHI anotam que, “segundo a opinião prevalente, o ato constitutivo não pode estabelecer para tal deliberação uma maioria superior àquela prevista para as outras deliberações da assembleia ordinária”⁵¹.

che il legislatore ha riconosciuto all'assemblea. Vulnerano lo spirito del sistema? È difficile provarlo. E chi può dire che il legislatore abbia proprio voluto che l'esperimento dell'azione in responsabilità trovi la via più solecita, e quindi condanni quelle clausole che la rendono più tarda? Il fatto di aver negato al singolo il diritto relativo, non potrebbe, invece, far pensare che si sia messo per una via diversa? Che abbia voluto, cioè, che tale azione sia maturamente deliberata? E che, quindi, invece di contraddirsi, assecondino questa sua intenzione la clausole che impongono una maggioranza speciale? Teoricamente si può discutere se sia o no preferibile che il legislatore fissi la regola che la maggioranza normale debba necessariamente valere anche per questa materia, come si può discutere se sia o non ammissibile che l'esperimento ne sia affidato ai singoli: ma allo stato attuale delle nostre leggi, un'esigenza di tal genere mi sembra infondato” (Comentário, cit., v. 2, n. 518, p. 380).

- 49 Essas lições devem ser entendidas à luz do direito vigente à época em que foram ministradas (CCom it. 1882, art. 152). Presentemente, o direito italiano passou a prever o exercício *ut singuli* da ação social por acionistas representando ao menos um quinto do capital social, mas permitiu (e aqui, como se vê, há expressa previsão legal) que o quórum seja estatutariamente majorado até um terço do capital social (CC it., art. 2.393-bis). Mas, para as companhias abertas, o quórum é de um vigésimo do capital social, e os estatutos apenas podem diminuir o quórum; jamais aumentá-lo (Tratatto, v. 2, n. 502 bis, 533 e 639).
- 50 CRISTIANO GRAEFF JR., *Compêndio...*, cit., p. 247 (afirmando, apenas, que “nas companhias fechadas e desde que especificado nos respectivos estatutos, pode ser aumentado o quórum respectivo para a deliberação”). WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, embora sem ser expresso, parece seguir a mesma linha (*Comentários...*, cit., v. 2, nota 6, p. 717).
- 51 GIORGIO CIAN e ALBERTO TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, 6. ed., Padova: CEDAM, 2002, p. 2.434; trad. livre do Autor. Nesse sentido, ainda: GIANCARLO FRÈ e

Também na França, a interpretação conjugada dos arts. L. 225-98 e 225-121 do Código Comercial tem levado os tribunais e a doutrina a sustentarem que “a cláusula reforçando a maioria deve ser válida nas assembleias ordinárias, salvo se ela cria obstáculo à livre destituição dos administradores”⁵², como explica YVES GUYON, acrescentando que a lei proíbe quaisquer meios que venham a obstar a revogabilidade *ad nutum* dos administradores, de modo que essa “nulidade se estende também a todos os mecanismos que indiretamente impedem esta revogabilidade ou minimizam as suas conseqüências”⁵³.

Por isso, cumpre ter aqui em conta a lúcida advertência de ANTÃO DE MORAES, no parecer supra-referido: “Este assunto, como qualquer outro, não se resolve pelo peso das autoridades, senão pelo peso das razões”⁵⁴. E, de acordo com essas razões, quer-nos parecer que os estatutos sociais não podem, à luz das regras vigentes em nosso direito, contemplar para a ação de responsabilidade civil quórum qualificado distinto do exigido para a eleição dos administradores e para a aprovação de suas contas. E isso por várias razões. Em primeiro lugar, porque o quórum de aprovação da propositura de ação de responsabilidade civil não pode ser diverso dos quóruns de eleição e de destituição dos administradores, por força do princípio de que “quem pode reprovar, também deve poder perseguir” (até mesmo para que “a desaprovação não se reduza a uma simples expressão de crítica”⁵⁵), havendo necessidade, assim, de manter perfeita *simetria* de quóruns nessas matérias. Destarte, na medida em que o quórum *de destituição* não pode ser majorado, pois isso viria restringir (e, *ipso facto*, violar) o princípio da livre revogabilidade dos administradores, inscrito nos arts. 140 e 143 da Lei das S/A⁵⁶, segue-se que os demais quóruns conexos, dentre os quais o alusivo à ação social, não podem

GIUSEPPE SBISÀ, *Società per azioni*, cit., t. 1, pp. 850-851; e FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...*, cit., nota 131, p. 100.

52 YVES GUYON, *Droit des affaires*, cit., t. 1, n. 306, p. 316; trad. livre do Autor.

53 YVES GUYON, *Droit des affaires*, cit., t. 1, n. 328, p. 350; trad. livre do Autor.

54 ANTÃO DE MORAES, *Sociedade anônima...* In: *Problemas e negócios jurídicos*, cit., v. 2, pp. 201-239.

55 A expressão é de GIANCARLO FRÈ e GIUSEPPE SBISÀ (*Società per azioni*, cit., t. 1, p. 850).

56 Cf. (revogação não pode subordinar-se a maioria especial ou qualificada): TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedade por ações*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1953, v. 2, n. 61, p. 303. Em sentido contrário: “O estatuto da companhia fechada pode estabelecer quórum maior para certas deliberações, desde que especifique as matérias. Se o estatuto exige quórum qualificado para a destituição de diretores, sua inobservância acarreta a invalidade da deliberação neste sentido” (TJSP, Ap. 30.673-1, 6ª CC, Rel. Des. MACEDO BITTENCOURT, v.u., j. 10-8-1983, RT 580/71).

ser modificados⁵⁷. Em segundo lugar, e ainda atento à regra de simetria de quóruns, é bem de ver que, não somente o quórum de destituição de administrador não pode ser majorado (pois isso conspiraria contra a livre revogabilidade dos gestores), mas, inclusive, o quórum de eleição não pode ser reforçado, porquanto também isso acabaria por comprometer o próprio funcionamento da assembléia geral ordinária – pois esta, uma vez instalada (em primeira convocação, com a presença de acionistas que representem, no mínimo, um quarto do capital social com direito de voto ou, em segunda votação, com qualquer número), deve ter condições de deliberar sobre todas as matérias que lhe sejam afeitas, entre as quais a eleição de administrador, por serem todas elas essenciais ao funcionamento da companhia (LSA, art. 132, I a IV)⁵⁸. Pois bem, se o quórum de eleição fosse majorado, na prática correr-se-ia o sério risco de a assembléia geral ordinária instalar-se, mas ainda assim ficar impedida de eleger novos administradores, por não se ter conseguido atingir o quórum de deliberação (seja por absenteísmo, seja por falta de consenso), dando ensejo a casos de acefalia societária; e impedindo a livre revogação dos antigos gestores, os quais permaneceriam na função. Por mais esse motivo, considerando que o quórum de eleição não pode ser modificado, pelas razões que acabamos de sumariar, é certo que, simetricamente, não se há de admitir a majoração do quórum correlato de promoção da ação social. Em terceiro lugar, por fim, a majoração é inviável, porque, apesar de exercer papel multifário e se prestar à tutela das mais variadas espécies de direitos, a ação social de responsabilidade civil contra administrador é, antes de tudo, instrumento de garantia de direitos essenciais dos acionistas (direito ao lucro e direito ao acervo de liquidação) e, nessa medida, não pode ter o seu exercício estatutariamente limitado: “os meios, processos ou ações que a lei confere ao acionista para assegurar os seus direitos não podem ser elididos pelo estatuto ou pela assembléia geral” (LSA, art. 109, § 2º). Lembre-se, ainda, que a per-

57 A posição de PONTES DE MIRANDA, sobre o assunto, é algo obscura. Isso porque, ao mesmo tempo em que afirma possam os estatutos dispor sobre o quórum para a eleição de administrador (*Tratado de direito privado*, 3. ed., 2. reimpr., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, t. 50, § 5.332, p. 394), o polimórfico jurista afirma, linhas adiante, que, para a destituição, “não podem os estatutos exigir maioria especial, nem tão-pouco, subordinar a destituição a justa causa” (op. cit., § 5.332, p. 398). Pois bem, se, pelo menos, esse autor entende que, para a destituição, o quórum deve ser o da maioria simples (“não podem os estatutos exigir maioria especial”), é necessário concluir que, para a promoção da ação social (e conseqüente impedimento do administrador), a maioria simples seria o único quórum concebível.

58 Interpretando o art. 129, § 1º, da LSA, que não tem paralelo na antiga lei acionária, MODESTO CARVALHOSA sustenta que “essas matérias, objeto da deliberação por quórum qualificado, não podem ser aquelas próprias da assembléia geral ordinária (art. 132)” (*Comentários...*, cit., v. 2, p. 744).

missão legal para a inserção de quórum estatutário qualificado foi legalmente concebida para tutelar a posição dos minoritários, e não agravá-la, impedindo o afastamento do administrador improbo⁵⁹.

7.3.1.3 Impedimento de voto

Introdução do problema. Foi visto anteriormente, nos subitens 2.3.1 e 2.3.2, que o membro do conselho de administração deverá ser acionista da companhia, por ocasião de sua eleição e posterior investidura, e durante todo o período em que perdurar o seu mandato, seja como titular ou mesmo como substituto do órgão; os diretores, por sua vez, não necessitam ser acionistas, mas, à evidência, nada impede que o sejam (LSA, art. 146, *caput*). Pois bem. Assim, surge a questão: sendo o administrador acionista da companhia, pode votar na deliberação sobre a propositura de ação social? Na hipótese negativa, estar-se-ia perante hipótese de conflito formal ou substancial de interesses? Para responder a essas e a outras questões conexas que se seguirão, convém apresentar algumas considerações de ordem geral, ainda que breves, sobre as hipóteses de conflito de interesses na Lei das S/A⁶⁰.

A regra geral sobre conflito de interesses aplicável aos acionistas. No direito acionário brasileiro, a regra geral sobre conflito de interesses aplicável aos acionistas encontra-se no art. 115, § 1º, da Lei das S/A. Por certo, o *caput* do citado artigo impõe aos acionistas o dever de exercer o seu direito de voto de conformidade com o interesse social (*interesse dos sócios “ut socii”*), com o que afasta a concepção de que no direito brasileiro o voto seja direito subjetivo em sentido estrito. Mais do que isso, aquela mesma disposição também trata do voto abusivo, que vem a ser precisamente o voto *ad emulationem* ou manifestado em desconformidade com o interesse social. No § 1º do citado art. 115, por sua vez, encontra-se a regra geral sobre conflito de interesses aplicável aos acionistas, segundo a qual “o acionista não poderá votar nas deliberações da

59 Com razão, FRAN MARTINS registra que “essa medida (prevista no art. 129, § 1º, da Lei das S/A) foi adotada pela lei para favorecer as minorias nessas sociedades” (*Comentários...*, cit., v. 2, t. 1, n. 576, p. 204).

60 Sobre conflito de interesses, por todos, *vide* a dissertação modelar de ERASMO VALLADÃO AZEVEDO e NOVAES FRANÇA (*Conflito de interesses nas assembléias de S.A.*, São Paulo: Malheiros, 1993) e os seus demais estudos nessa matéria (Acionista controlador: impedimento ao direito de voto, *RDM* 125/139-172, e Conflito de interesses: formal ou substancial? Nova decisão da CVM sobre a questão, *RDM* 128/225-262). Com bastante proveito, confirmam-se os estudos de CALIXTO SALOMÃO FILHO (Conflito de interesses: a oportunidade perdida. In: *A reforma da Lei das Sociedades Anônimas* – JORGE LOBO (Coord.), 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002; Interesse social: concepção clássica e moderna. In: *O novo direito societário*, São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 13-42; e nota 72 ao livro de FÁBIO KONDER COMPARATO, *O poder de controle na sociedade anônima*, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, pp. 388-392).

assembleia 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". Decomposto o preceito pelas suas *fattispecies*, tem-se a existência de quatro situações distintas: deliberações da assembleia geral relativas: (1) ao laudo de avaliação de bens com que o acionista concorrer para a formação do capital social⁶¹; (2) à aprovação de suas contas como administrador; (3) quaisquer outras deliberações que puderem beneficiá-lo de modo particular, ou (4) em que tiver interesse conflitante com o da companhia. Nas duas primeiras hipóteses, a doutrina pátria é uníssona em entender que há situações de conflito formal (diz-se "formal" porque os interesses do acionista e da companhia posicionam-se formalmente em pólos antagônicos), as quais têm por efeito levar ao impedimento de voto do acionista, como manifestação de "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*", segundo explica ERASMO VALLADÃO AZEVEDO e NOVAES FRANÇA⁶²; o impedido perde a legitimidade para votar, e o voto porventura proferido em conflito formal é nulo. A quarta hipótese abrangida no citado § 1º, por sua vez, aplica-se aos casos de conflito material (nos quais o conflito de interesses não se dessume da simples posição em que se encontram as partes, mas depende de análise *a posteriori* do voto proferido, para saber se ele diverge ou não do interesse social); é a hipótese geral de conflito de interesses⁶³, ocorrente nas hipóteses em que a satisfação do interesse pessoal do agente se faz com o sacrifício do interesse social⁶⁴; o voto conflitan-

61 Cf.: TJPR, Ap. 07065870-1, 4ª CC, Rel. Des. DILMAR KESSLER, v.u., j. 22-12-1999.

62 ERASMO VALLADÃO AZEVEDO e NOVAES FRANÇA, *Conflito de interesses...*, cit., n. 3.2.1, p. 87.

63 Cf.: ERASMO VALLADÃO AZEVEDO e NOVAES FRANÇA, *Conflito de interesses...*, cit., n. 3.2.2, pp. 91-97. A verificação do conflito (substancial) de interesse é questão de fato, a ser apreciada em cada caso (cf.: TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedade por ações*, cit., v. 2, n. 454, p. 116). A CVM, no julgamento do Inq. Adm. TA-RJ 2001/4.977, entendeu, por maioria de votos, que, nesse caso, o conflito seria formal (vencidos os conselheiros MARCELO TRINDADE e LUIZ ANTÔNIO SAMPAIO CAMPOS); mas, pouco tempo depois, também por maioria de votos, reformulou a sua anterior posição e, corretamente, entendeu, no julgamento do Inq. Adm. TA-RJ 2002/1.153, que o conflito seria necessariamente substancial (as decisões de ambos os casos encontram-se publicadas na RDM 125/139-172 e 128/225-262, com os lúcidos comentários de ERASMO VALLADÃO AZEVEDO e NOVAES FRANÇA).

64 O conflito de interesses é, como sói dizer, o limite formal que o sócio encontra na expressão do voto. No entanto, para a configuração do conflito de interesses pelo sócio, "não é suficiente o fato que ele persiga, com este, um próprio interesse particular; é necessário que este último se contraponha concretamente ao interesse geral da sociedade" (GASTONE COTTINO, *Diritto commerciale*, 4. ed., Padova: CEDAM, 1997, v. 1, t. 2: Le società, n. 103, p. 362; trad. livre do Autor).

te, nessa hipótese, é inválido. Dúvida existe em torno da terceira hipótese ("quaisquer outras deliberações que puderem beneficiá-lo de modo particular"), embora também a nós pareça que se trata de situação de conflito formal, perante a qual o acionista está impedido de votar⁶⁵⁻⁶⁶. Vale frisar: os casos de impedimento de voto referem-se a situações que, do ponto de vista estritamente formal, já denotam o conflito de interesses, e possibilitam até mesmo ao presidente da assembleia excluir e desconsiderar o voto do impedido⁶⁷; no conflito de interesses propriamente dito, o controle se dá *a posteriori*, pois o conflito é meramente substancial, o que significa que o presidente não pode recusar o voto a esse pretexto, e a sua higidez há de ser aferida posteriormente, contrastando o voto com o conteúdo da deliberação tomada.

Impedimento de voto: aprovação de contas e, por extensão, propositura de ação social. A Lei das S/A expressamente declara o acionista impedido de

65 Cf.: ERASMO VALLADÃO AZEVEDO e NOVAES FRANÇA, *Conflito de interesses...*, cit., n. 3.2.1, p. 89; FÁBIO KONDER COMPARATO, Controle conjunto, abuso no exercício do voto acionário e alienação indireta de controle empresarial. In: *Direito empresarial: estudos e pareceres*, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 91; CALIXTO SALOMÃO FILHO, nota 72 ao livro de FÁBIO KONDER COMPARATO, *O poder de controle na sociedade anônima*, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 391, e Conflito de interesses: a oportunidade perdida. In: *O novo direito societário*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 100; FRAN MARTINS, *Comentários...*, cit., v. 2, t. 1, n. 499, p. 82; MODESTO CARVALHOSA, *Comentários...*, cit., v. 2, p. 466; e RODRIGO FERRAZ PIMENTA DA CUNHA, *Estrutura de interesses nas sociedades anônimas: hierarquia e conflitos*, São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 272. Em sentido contrário, entendendo (aparentemente) que se trata de conflito de interesses: LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, Conflito de interesse. In: *Estudos e pareceres sobre sociedades anônimas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, pp. 26 e 32, e *Comentários...*, cit., v. 2, n. 259, p. 247. Nos tribunais (impedimento de voto): "Não podem os diretores de sociedade por ações votar, em assembleia, matéria que os beneficia" (TJSP, Ap. 74.258, 5ª CC, Rel. Des. J. G. RODRIGUES DE ALCKMIN, v.u., j. 10-8-1956, RT 256/123). O acionista, "à luz do referido dispositivo legal, não pode votar nas deliberações que o beneficiem por qualquer forma" (TAMG, Ap. 206.762-3, 7ª CC, Rel. Juiz QUINTINO DO PRADO, v.u., j. 14-12-1995, RJTJAMG 62/145). Sobre o alcance da expressão "beneficiá-lo de modo particular", o TJSP entendeu que o administrador pode, como acionista, participar da votação de seus próprios honorários, "fato que por si só não anula o ato, salvo se fixados com violação das normas estabelecidas no art. 152 da Lei n. 6.404, de 1976. Hipótese em que a remuneração dos diretores não se enquadra na expressão 'que puderem beneficiá-lo de modo particular' (art. 115 da Lei n. 6.404, de 1976)" (TJSP, Ap. 30.753-1, 3ª CC, Rel. Des. JURANDY NILSSON, v.u., j. 8-2-1983, RJTJESP 82/219).

66 Em França, o acionista encontra-se privado do direito de voto em deliberação da qual seja beneficiário de uma vantagem particular (CCom fr., arts. L. 225-110 e L. 225-147). Em doutrina: YVES GUYON, *Droit des affaires*, cit., t. 1, n. 307, p. 317.

67 O voto proferido por acionista impedido "ne serait pas conciliable avec la sincérité de la délibération" (YVES GUYON, *Droit des affaires*, cit., t. 1, n. 307, p. 317).

votar a aprovação de suas próprias contas como administrador⁶⁸. Fê-lo, aliás, de maneira incisivamente redundante, para não deixar dúvida, nos arts. 115, § 1º, e 134, § 1º, ambos da Lei das S/A, acrescentando, neste último, que os administradores não poderão votar “como acionistas ou procuradores” aqueles documentos referidos no art. 133 da lei acionária e os pareceres do conselho fiscal. Essa regra de impedimento aplica-se igualmente a diretores e membros do conselho de administração⁶⁹. Por lógica extensão, assim como não pode votar as suas contas nem outorgar a si próprio o *quitus*, o administrador, que seja acionista, encontra-se formalmente impedido de votar na deliberação da assembleia geral sobre a propositura de ação de responsabilidade civil contra si⁷⁰: há conflito formal a impedir possa ele atuar em causa

68 Diferentemente, na França, como as situações de impedimento de voto “doivent s’interpréter restrictivement”, entende-se que “les administrateurs participent au vote des résolutions que approuvent leur gestion (Civ. 7 avr. 1932: D.P. 1933, 1, 153, note Cordonnier)” (YVES GUYON, *Droit des affaires*, cit., t. 1, n. 307, p. 318). Também na Itália, entende-se que “non si trova in conflitto di interessi il socio che vota nell’assemblea che delibera sulla sua nomina a una carica sociale, o che approva il bilancio da lui stesso, in qualità di amministratore, redato” (GIORGIO CIAN e ALBERTO TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, cit., p. 2.407). Mas cumprir não perder de vista que tanto na França como na Itália (CC it., art. 2.434) a aprovação de contas não impede a propositura de ação social, de sorte que, nessa hipótese, o administrador não estaria atuando como juiz em causa própria (cf.: GIANCARLO FRÈ e GIUSEPPE SBISA, *Società per azioni*, cit., t. 1, pp. 701-702).

69 Quando a lei acionária proíbe o administrador de votar, como acionista, a aprovação das contas de sua gestão, quer essencialmente impedir que atue como juiz em causa própria e, portanto, contribua para a liberação de sua responsabilidade perante a companhia (LSA, art. 134, § 3º); a preocupação do legislador é com as conseqüências da deliberação, e não com a autoria material das demonstrações financeiras. Por isso, estamos convictos de que o impedimento de voto previsto no art. 134, § 1º, da LSA aplica-se tanto aos diretores como aos membros do Conselho de Administração. Não parece aceitável, pois, a lição de ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, para quem, “embora o preceito aluda a administradores, deve-se interpretá-lo restritivamente, como se referindo aos administradores-diretores – e não aos administradores-membros do Conselho de Administração, eis que estes, pela natureza de suas atribuições, não elaboram os documentos da administração nem elaboram ou colaboram na elaboração das demonstrações financeiras” (*Lições de direito societário*, cit., v. 2, n. 95, nota 199, p. 205). Dando à regra de impedimento o sentido que se nos afigura correto, RUBENS REQUILÃO destaca, com propriedade, que a *mens legis* da regra de impedimento de voto em análise “é a circunstância de a deliberação da assembleia geral exonerá-lo de sua responsabilidade por atos praticados na administração social (...). Nisso se resume, insistimos, a incompatibilidade de voto dos acionistas diretores (...). O impedimento dos acionistas-diretores se circunscreve apenas aos casos de exoneração de sua responsabilidade” (Efeitos do impedimento de voto dos diretores de sociedade anônima. In: *Aspectos modernos de direito comercial*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 1988, v. 1, pp. 257-259).

70 Nesse sentido (impedimento de voto do administrador): LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *Comentários...*, cit., v. 2, n. 232, p. 227 (declarando que “na deliberação assemblear acerca da conveniência da propositura de medida judicial contra os administradores, este estará impedi-

própria⁷¹. Nesse particular, a regra equivalente no direito italiano revela-se

do de votar”), embora, em parecer posterior (citado mais abaixo), o mesmo estudioso tenha defendido posição diversa; J. C. SAMPAIO DE LACERDA, *Comentários...*, cit., v. 3, p. 211; P. R. TAVARES PAES, *Responsabilidade dos administradores de sociedades*, cit., n. 22, p. 59; HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, *Curso de direito comercial*, São Paulo: Malheiros, 2008, v. 3, n. 10.8, p. 474; e ADRIANO CASTELLO BRANCO, *O conselho de administração nas sociedades anônimas*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, n. 7.4, p. 79, e n. 7.6.5, p. 101. Ainda nesse sentido (em direito comparado): (Portugal) M. NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anônima*, cit., n. 6.2.4.1, p. 93; e (Itália) GASTONE COTTINO, *Diritto commerciale*, cit., v. 1, t. 2, n. 103, p. 364, e n. 120.1, p. 432; GIUSEPPE FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, cit., n. 230, p. 401; MASSIMO FRANZONI, La responsabilità civili degli amministratori di società di capitali, cit., n. 22, p. 68; GIANCARLO FRÈ e GIUSEPPE SBISA, *Società per azioni*, cit., t. 1, pp. 702-703; FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...*, cit., p. 195; e FRANCESCO GALGANO, La società per azioni. In: *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia* – diretto da FRANCESCO GALGANO, 2. ed., Padova: CEDAM, 1988, v. 7, n. 9, p. 252, e Il nuovo diritto societário. In: *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia* – diretto da FRANCESCO GALGANO, Padova: CEDAM, 2003, v. 29, n. 9, p. 234 (assinalando que, nesse caso, “la situazione di conflitto di interessi è in re ipsa, como è in re ipsa, e non richiede alcuna prova nel caso in cui gli amministratori abbiano votato, il pericolo di danno per la società”). Em sentido contrário (admitindo possa o administrador votar): ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, *Lições de direito societário*, 2. ed., São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004, v. 1, n. 115, p. 263 (para quem “é assim porque, se a indicação do administrador compete à maioria e, nessa indicação, conta-se o voto do eleito, não é possível que o seu voto seja afastado para efeito de sua destituição; do contrário, a voz da minoria é que iria prevalecer”); e LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, Impedimento de voto em assembleia. In: *Pareceres*, São Paulo: Singular, 2004, v. 2, p. 774 (fazendo referência à situação de simples conflito material: “ao acionista que também é administrador, não é, em princípio, vedado exercer o seu direito de voto em assembleia geral ordinária ou extraordinária, em que for deliberada a propositura de ação social de responsabilidade civil contra administradores, por alegados prejuízos causados ao patrimônio social, embora esse voto, uma vez exercido, possa ser oportunamente fulminado, por abuso, em face de um exame de seu conteúdo”), posição essa que representa modificação da anteriormente externada. Na Espanha, ao menos até 1974, JESUS RUBIO observava que a lei acionária não dispunha expressamente sobre a existência de impedimento e, conquanto GARRIGUES e URÍA o deduzissem a partir da regra *nemo iudex in causa propria*, o Professor catedrático da Universidade de Madri julgava mais acertada a opinião dos que não anteviam o citado impedimento (*Curso de derecho de sociedades anónimas*, 3. ed., Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1974, n. 151, p. 300). Na Alemanha, o impedimento de voto do administrador na deliberação assemblear relativa à propositura de ação social é incontestado (cf.: UWE HÜFFER, *Aktiengesetz*, cit., § 147, n. 3, p. 750).

71 Os casos de impedimento de voto podem gerar situações inusitadas, como a de a maioria (impedida) ter que se curvar à minoria, e com isso ficar exposta aos abusos desta. É assim mesmo que as coisas se passam, embora os abusos da minoria não fiquem impunes (LSA, art. 115). Em julgamento no qual se discutia se o voto do acionista contrário ao interesse social seria inválido (ou se como tal apenas se entenderia o voto em conflito de interesses), o Des. NARCIZO PINTO manifestou a sua estranheza com o sistema da lei acionária: “se o acionista majoritário é também diretor, deveria abster-se de votar na assembleia, ficando a ratificação dos seus atos à mercê da boa vontade de acionista titular de apenas 1% do capital social. Pode-se aceitar esta

mais clara e precisa: “gli amministratori non possono votare nelle deliberazioni riguardanti la loro responsabilità” (CC it., art. 2.373, 3ª comma). No direito brasileiro, em que pese a diversa forma de expressão vernacular, a regra é idêntica. Aliás, quando não fosse suficiente a força da lógica a indicar que, no impedimento de participar na deliberação sobre a sua própria responsabilização civil (*non debet cui plus licet, quod minus est non licere*), caberia ainda (ao menos, segundo a opinião de comercialistas de nomeada) invocar, a título de simples reforço de argumentação, a outra regra geral que impede, formalmente proíbe, o voto do acionista “em quaisquer outras (deliberações) que puderem beneficiá-lo de modo particular” (LSA, art. 115, § 1º)⁷². No

‘interpretação’ da vigente Lei das Sociedades Anônimas? Não” (TJRJ, EI 38.701, 4º Gr. Câms. Cívs., Rel. Des. ÁUREA PIMENTEL PEREIRA, m.v., j. 16-4-1986, RT 615/162). *Data venia*, pode-se, sim (LSA, arts. 134, § 1º, e 115), do mesmo modo como pode, e deve, responder o acionista que vota contra o interesse social. Falta explorar, com maior ênfase no direito brasileiro, as hipóteses e as consequências do abuso de direito cometido inclusive pela minoria – hipóteses essas que vão além daquela tradicionalmente apontada pela doutrina, consistente na rejeição infundada das contas prestadas pela administração social (sobre esse tipo de abuso, vide: RUBENS REQUIÃO, Aprovação de contas de diretor. In: *Aspectos modernos de direito comercial*, São Paulo: Saraiva, 1986, v. 3, pp. 209-221). Em outros países, os estudiosos já despertaram para o problema do abuso da minoria (na França: DANIEL TRICOT, Abus de droits dans les sociétés (abus de majorité et tabus de minorité). *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique – RTDCom*, 47/617-627; FRANÇOIS-XAVIER LUCAS, La réparation du préjudice cause par un abus de minorité en droit des sociétés. *Les Petites Affiches*, 110/6; GEORGES RIPERT e RENÉ ROBLLOT, *Traité de droit commercial*, 14. éd., Paris: LGDJ, 1991, t. 1, n. 1.194, p. 989; PAUL LE CANNU, *Droit des sociétés*, cit., n. 250-253, pp. 146-148, L’abus de minorité. *Bulletin Joly – sociétés*, 1986, p. 429, e Le minoritaire inerte (observations sous l’arrêt Flandin). *Bulletin Joly – sociétés*, 1993, p. 537; P. H. MERLE, L’abus de minorité. *Revue de jurisprudence commerciale*, 1991, n. especial: La loi de la majorité, p. 81; M. BOIZARD, L’abus de minorité. *Revue des Sociétés*, 1988, p. 365; e L. SIMONT, L’abus de minorité. *Liber amicorum J. Ronsse*, p. 307; na Itália: ANTONIO NUZZO, *L’abuso di minoranza: potere, responsabilità e danno nell’esercizio del voto*, Torino: G. Giappichelli, 2003; ERMANNO LA MARCA, *L’abuso di potere nelle deliberazioni assembleari*, Milano: Giuffrè, 2004, pp. 224 e segs.; FABRIZIO GUERRERA, Abuso del voto e controllo di correttezza sul procedimento deliberativo assembleare. *Rivista delle Società*, 47/181-284; MARIA PAOLA MARTINES, L’abuso di minoranza nelle società di capitali. *Contratto e Impresa*, 13/1.184-1.211, e Abuso del diritto: la chicane del socio di minoranza. *Contratto e Impresa*, 14/27-32; e em Portugal: JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, Abusos de minoria. In: *Problemas do direito das sociedades* (obra coletiva), Coimbra: Livr. Almedina, 2002, pp. 65-70).

72 Para inferir o impedimento de voto, LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES invoca expressamente o art. 115, § 1º, da Lei das S/A (*Comentários...*, cit., v. 2, n. 232, p. 227). Considerando, no entanto, que o benefício particular, ao qual se refere a lei, é o benefício lícito, poder-se-ia questionar se, de fato, a decisão sobre ser ou não processado constituiria para o réu em potencial um benefício propriamente dito.

caso, o fundamento principiológico do impedimento de voto é o princípio *nemo iudex in causa propria*⁷³.

Impedimento de voto: situações subjetivas. Os administradores encontram-se impedidos de votar, na deliberação sobre a efetivação de sua responsabilidade (aprovação de conta, concessão de *quitus*, destituição e propositura de ação social), “como acionista ou como procurador” de acionista (LSA, art. 134, § 1º), sendo que, por identidade de razão, não poderão votar como representante legal de acionista (p. ex., como titular de poder parental, tutor, curador, administrador judicial, inventariante ou, mesmo, diretor de sociedade acionista): ainda que a lei acionária tenha claramente estabelecido o impedimento para votar como procurador (representante convencional), a restrição igualmente impõe-se aos casos de representação legal, de vontade ou de interesses, de terceiros acionistas⁷⁴. *Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*. Bem

73 As hipóteses de proibição de voto (*Stimmverbot*) inspiram-se ou nos princípios que vedam o contrato consigo mesmo (*Insichtsgeschäft*) ou de que ninguém pode ser juiz em causa própria (*Richter in eigener Sache*) (cf.: KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl. Köln: Carl Heymanns, 2002, § 21, II, pp. 608-609). Considerando que o *quitus* é ato jurídico unilateral e a efetivação da responsabilidade constitui poder jurídico da parte, frente ao qual a contraparte fica em estado de sujeição, entendemos que, no caso, é o segundo princípio que informa a proibição de voto. De forma expressa, KARSTEN SCHMIDT arrola, dentre as situações de proibição de voto informadas pelo princípio do *nemo iudex in causa propria*, a decisão de outorga de *quitus* (*Entlastungsbeschlüsse*) (*Gesellschaftsrecht*, cit., § 21, II, p. 609) e, também, a liberação de responsabilidades (op. cit., p. 850). MARCUS LUTTER e PETER HOMMELHOFF confirmam essa lição (*GmbH-Gesetz*, 14. ed. Köln: Otto Schmidt, 1995, § 47, n. 18, p. 583).

74 Cf.: “Inadmissível possa o administrador, ainda que na representação legal de acionista, votar matéria que diretamente diz respeito ao seu interesse financeiro, na companhia. A prevalecer o contrário, estaria, às escâncaras, de novo aberta a porta para a fraude à lei, em detrimento das minorias, a que a lei busca atribuir o mínimo de proteção” (STF, RE 93.092-RJ, 2ª T., Rel. Min. MOREIRA ALVES, v.u., j. 7-10-1980, RT 546/263). Sobre o ponto, vide, ainda: TJSP, AI 282.700-1, 7ª Câmara. Dir. Priv., Rel. Des. LEITE CINTRA, v.u., j. 13-3-1996, RJTJESP 188/247. PONTES DE MIRANDA, comentando a proibição da lei, confirmava: “Entende-se que também não podem apresentar a pessoa jurídica” (*Tratado de direito privado*, cit., t. 50, § 5.325, p. 328). Em sentido contrário, porém, MARIA LÚCIA DE ARAÚJO CINTRA, forte na distinção entre representação voluntária e representação legal, crítica a fundamentação do julgado do Excelso Pretório e, contra ela, pondera: “A sentença, incorporada ao acórdão, subvertendo o princípio da autonomia da pessoa jurídica em relação às pessoas que a compõem, considerou a sociedade limitada impedida de votar a matéria em razão do impedimento, como diretor da anônima, da pessoa física do representante legal da acionista. Tal argumento, por si só, não parece suficiente. Bastaria, nesse caso, que a sociedade limitada outorgasse mandato com poderes especiais a terceiro para que este comparecesse e votasse a remuneração dos administradores. Teria tal artifício legitimado o voto?”. Sim, sob o ponto de vista formal; deixaria de existir a situação de formal conflito de interesses, que importa no impedimento de voto. Surpreendente essa afirmação? Pode ser que sim. Mas não é exatamente isso o que também sucede com a posição de procurador? A outorga pelo acionista de procuração à pessoa de indicação do administrador,

mais complexas, porém, pois invariavelmente sujeitas à análise das particularidades do caso concreto, são as hipóteses de eventual extensão do impedimento do acionista-administrador aos seus prestanomes (para os quais o impedimento se verificará, uma vez positivada a fraude à lei⁷⁵) e às sociedades controladas pelo administrador. Em relação a esta última hipótese, do voto proferido por sociedade sob controle do administrador, é certo que, em alguns julgados, os tribunais reconheceram o impedimento naquelas situações em que o administrador transfere as suas ações para a sociedade às vésperas da assembleia, deixando assim evidenciado o intuito de burlar a lei imperativa⁷⁶⁻⁷⁷. Mas, o que

ou o substabelecimento sem reserva da procuração do administrador a terceiro, mudaria o conteúdo do voto? Provavelmente não. Teria o artifício legitimado o voto? Sim, no que se refere ao afastamento do impedimento de voto. Na realidade, pouco importa se o administrador comparece como procurador ou representante de pessoa jurídica, pois, em ambas as situações, o que se pretende evitar é o risco de que o interesse pessoal se sobreponha ao do representado ou apresentado.

75 Cf.: TJSP, Ap. 13.393-1, 5ª CC, Rel. Des. NOGUEIRA GARCEZ, v.u., j. 13-8-1981, *RJTJESP* 74/186, *JB* 64/292, *RT* 553/99 (transferência de ações do administrador para prestanome, às vésperas do conclave e a título de operação de reporte, a fim de que assim pudesse o prestanome votar e aprovar as contas do administrador impedido); TJSP, Ap. 37.244-1, 5ª CC, Rel. Des. MÁRCIO BONILHA, v.u., j. 14-3-1985, *RT* 598/53, *RJTJESP* 95/220 e *RDM* 59/95 (com os comentários de WALDIRIO BULGARELLI); TJSP, Ap. 54.588-1, 2ª CC, Rel. Des. MORETZSOHN DE CASTRO, v.u., j. 11-12-1984, *RJTJESP* 94/244 (mesmas situações retratadas no primeiro julgado); e TJSP, EI 167.995-1/4-01, 8ª CC, Rel. Des. JOSÉ OSÓRIO, m.v., j. 4-8-1993 (transferência das ações à mulher do administrador, para possibilitar que ela aprovasse as contas do seu marido). Sobre a fraude à lei na tentativa de burla à regra de impedimento de voto, há estudo específico de SYLVIO MARCONDES (Sociedade anônima; representação em assembleia geral; fraude à lei. In: *Questões de direito mercantil*, São Paulo: Saraiva, 1977, pp. 31-54), embora, perante o atual Código Civil, não haja mais dúvida quanto à nulidade do ato praticado em fraude à lei imperativa (CC, art. 166, VI). Vale mencionar, outrossim, que o fenômeno do emprego de prestanomes para burlar a regra de impedimento é universal (cf.: MASSIMO FRANZONI, *La responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, cit., n. 22, p. 68; e FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...*, cit., p. 195, e n. 18, p. 163).

76 Nesse sentido: “A constituição de nova firma pelos administradores de sociedade anônima realizada às vésperas da instalação da assembleia geral, com transferência de suas ações de modo a continuarem majoritários e fazerem da nova sociedade maior acionista entre os minoritários, representa verdadeira fraude à lei, na medida em que lhes possibilita a aprovação das próprias contas e eleição de todos os membros do conselho fiscal, em prejuízo do direito dos acionistas minoritários” (TJSP, Ap. 85.120-1, 5ª CC, Rel. Des. RALPHO WALDO, v.u., j. 7-5-1987, *RT* 624/76 e *RJTJESP* 109/142). Ainda na mesma direção: TJSP, Ap. 129.414-1, 3ª CC, Rel. Des. TOLEDO CÉSAR, v.u., j. 4-12-1990 (aprovação das contas por sociedade constituída pelos diretores, que a ela transferiram as ações da companhia; assinalando que “a vedação legal apontada no pedido esteve, portanto, corporificada, porque haveria enorme contra-senso se se proibisse ao acionista votar no sentido da aprovação de suas contas, mas permitisse que, pessoa jurídica por ele constituída, assim o fizesse”); e TJSP, Ap. 54.588-1, 2ª CC, Rel. Des. MORETZSOHN DE CASTRO, v.u., j. 11-12-1984, *RJTJESP* 94/244. Sobre o impedimento nessas hipóte-

dizer daquelas outras situações nas quais a transferência não ocorreu às vésperas do conclave, ou preexistia à eleição do administrador, ou – para aqui citar os fenômenos típicos dos grupos de sociedades – os casos em que o acionista controlador da sociedade de comando é eleito administrador da sociedade controlada ou, ainda, o administrador da sociedade controladora é também eleito para exercer a função de administrador na controlada? Existiria também aqui impedimento de voto ou situação de simples conflito de interesses? E o cônjuge do administrador, pode aprovar as contas do consorte?⁷⁸ Todas essas questões são bastante áridas. Embora se tenha proclamado, em caráter geral, que não haveria impedimento de voto (porque não seria o próprio administrador quem estaria votando a aprovação de suas contas... mas a sociedade por ele controlada⁷⁹), parece certo que, sem escapar à análise casuística de cada caso

ses de fraude, confira-se, ainda: TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedade por ações*, cit., v. 2, n. 474, pp. 136-137, e v. 3, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1953, n. 831, p. 111; e PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, cit., t. 50, § 5.325, p. 328 (para quem o elemento temporal constitui indício a ser considerado: “Se a transferência foi recente, é fácil provar-se a *fraus legis*, com a conseqüente nulidade”).

77 Decerto, a aprovação fraudulenta de contas, por interposta pessoa ou em conluio com acionista, constitui crime (CP, art. 177, § 1º, VII). Mas, em conformidade com o princípio da reserva legal (CF, art. 5º, XXXIX; e CP, art. 1º), não é fato penalmente típico a rejeição fraudulenta da deliberação sobre propositura de ação social, por interposta pessoa ou em conluio com os acionistas.

78 PONTES DE MIRANDA informou que “o Supremo Tribunal Federal, a 3 de novembro de 1953 (J. e D., 20, 102), decidiu que o cônjuge da pessoa impedida não pode tomar parte na assembleia geral a que se refere o art. 100 (cf., para o cônjuge casado pelo regime da comunhão universal de bens, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 1º de julho de 1952, R. de D., 80/212). Se a ação é comum, ou se são comuns as ações, está certo. Se não há, quanto à ação ou às ações, comunhão, a lei não pré-exclui o cônjuge” (*Tratado de direito privado*, cit., t. 50, § 5.325, p. 329). Como se vê, PONTES DE MIRANDA entendia que o impedimento estaria intimamente relacionado à titularidade das ações. Em sentido diverso, porém, decidiu-se na Itália que “il legame di parentela che unisce i soci agli amministratori di una società per azione non comporta automaticamente l'esistenza di un conflitto di interessi dei primi con la società nell'ipotesi di delibera concernente l'azione di responsabilità contro i secondi (Trib. Piacenza 12.1.87, in G. it. 1988, I, 2, 210)” (SANDRO MERZ, *Il codice pratico delle società*, cit., p. 288). Neste último sentido: FRANCO BONELLI, *La responsabilità...*, cit., n. 18, p. 163; e GIORGIO CIAN e ALBERTO TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, cit., p. 2.407 – reconduzindo o tema ao âmbito do conflito material.

79 Cf. (impedimento não se estende jamais à sociedade controlada pelo administrador da companhia): “Regras de impedimento ao exercício de direitos, como todas as normas restritivas deles, não podem ter interpretação ampliativa (...). O parágrafo único da disposição apontada (art. 115 da Lei das S/A) veda o voto do acionista em quatro hipóteses determinadas, não estendendo o impedimento à hipótese de aprovação de contas de diretor proprietário ou controlador da empresa votante. A lei não ignora a hipótese de uma sociedade ser controlada por outra, tanto que em seu artigo 246 estabelece a obrigação da sociedade controladora reparar os

concreto, as regras gerais aplicáveis seriam as seguintes: (1) o administrador não pode votar a aprovação de suas próprias contas (e, por lógica extensão, também não pode votar na propositura de ação social de responsabilidade civil) como acionista ou como representante convencional (procurador) ou legal (diretor, tutor, curador ou inventariante); (2) a sociedade controlada pelo administrador, da qual faça parte ou esteja a ela coligado ou associado de qualquer forma, sem porém ser o seu representante no conclave, pode, como acionista, votar deliberação que beneficie o administrador de modo particular, mas o voto assim proferido evidentemente não escapa do controle *a posteriori* de legalidade nem da sua eventual anulação ante a regra de conflito (substancial) de interesses (LSA, art. 115, *caput* e § 4º)⁸⁰; mas (3) sobretudo nessas últi-

danos causados por atos praticados com infração ao disposto nos arts. 116 e 117 do mesmo diploma, isto é, com abuso de poder, entre eles, a aprovação de contas irregulares. Fosse intenção dela proibir voto dessa espécie, a vedação seria expressamente indicada. Por isso, deve prevalecer a lição de RUBENS REQUIÃO, referida pela ré na contestação, segundo a qual 'o fato de acionistas ou diretores estarem impedidos eventualmente de votar, não impede que a sociedade limitada da qual façam parte vote em assembléia geral matéria relativa àquela do impedimento. Uma coisa é a incompatibilidade do acionista de votar quando impedido; outra coisa é o direito da sociedade acionista de exercer livremente seu direito de voto correspondente às ações de que é titular' (*Aspectos modernos de direito comercial*, 1º vol., págs. 264/265). Esse entendimento não prejudica os interesses dos acionistas minoritários, porque, se houver abuso de poder no ato discutido, eles podem ser indenizados. Não faz sentido, contudo, que, a pretexto de defesa dos pequenos acionistas, a maioria, para a prática de atos de rotina como o exame das contas, fique submetida à vontade deles, por extensão indevida das normas referentes à vedação do voto. A lei protege os sócios minoritários, mas assegura a direção da sociedade aos proprietários de sua maior parcela acionária com responsabilização por seus atos nas hipóteses em que os direitos dos demais sejam vulnerados" (TJSP, Ap. 263.694-1/9, 10ª Câmara. Dir. Priv., Rel. Des. MAURÍCIO VIDIGAL, m.v., j. 1º-10-1996). O argumento a partir do qual se inferiu a inexistência de impedimento parece provar demais. É que o simples fato de a lei acionária prever a responsabilidade do acionista controlador pela aprovação irregular de contas (LSA, art. 117) não é dado suficiente para concluir pela inexistência de impedimento, pois, nessa mesma linha e utilizando o mesmo raciocínio, poder-se-ia contra-argumentar que o reconhecimento do impedimento de voto não importaria em governo da minoria, já que também o acionista minoritário poderia ser responsabilizado pelo ato de desaprovatar contas regulares, desde que demonstrado que o voto assim proferido diverge do interesse social (LSA, art. 115). Em prol do reconhecimento do impedimento, ademais, poder-se-ia invocar o próprio texto da lei que expressamente se refere ao impedimento de o administrador votar a aprovação de suas contas, como acionista ou como procurador, e as mesmas razões que o impedem de votar como procurador (representante convencional) também o impedem de fazê-lo como administrador da sociedade-acionista (representante legal) ou, *a fortiori*, seu controlador.

80 Cf.: LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, Proibição de voto e conflito de interesses nas assembleias gerais. In: *Parceres*, cit., v. 1, pp. 175-184. Analisando a situação de aprovação abusiva das contas, FÁBIO KONDER COMPARATO é firme ao concluir pela responsabilidade do acionista por voto abusivo: "A vigente lei acionária parece tornar indubitável essa solução, ao dispor no art. 115, que se considera abusivo o voto exercido com o fim de obter, para si ou para outrem,

mas hipóteses, se evidenciado o emprego abusivo da personalidade jurídica para burlar a regra de impedimento (o que caracterizará o desvio de finalidade), será possível desconsiderar a personalidade jurídica das sociedades envolvidas e, assim, declarar a nulidade do voto proferido com ofensa à regra de impedimento⁸¹.

Impedimento de voto: acionista controlador e acionistas com direito de eleição em separado. O acionista controlador não se encontra impedido de participar da deliberação concernente à propositura de ação social contra o administrador que elegeru⁸². Por identidade de razão, os acionistas minoritários que, por votação em separado ou sistema de voto múltiplo, elegeram administrador, não estão impedidos de tomar parte da deliberação sobre a sorte de seu eleito⁸³. Contudo, tanto o acionista controlador como esses minoritários (que são efetivos controladores de fração reservada de poder) podem ser civilmente responsabilizados pela eleição de pessoas inidôneas ou pela manutenção destas no exercício da função, mesmo depois de evidenciados atos de improbidade,

vantagem a que não faz jus e de que resulte, ou possa resultar, prejuízo para a companhia ou para outros acionistas. Ainda que se considere que a sociedade controlada pelo administrador não é seu *alter ego*, é bem de ver que, ao votar abusivamente pela aprovação das contas desse administrador, ela o fez com o fito de obter para este uma vantagem a que ele não fazia jus, daí resultando, obviamente, um prejuízo ou possibilidade de prejuízo para a companhia" (*O poder de controle na sociedade anônima*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983, n. 127, pp. 320-321).

81 Nessa linha, deixou-se de reconhecer o impedimento, por não se ter evidenciado a fraude: "Inexiste no caso específico dos autos qualquer evidência de fraude à lei pelo fato de o controlador acionário das empresas majoritárias da apelada estar nas mãos daqueles que as administram. Não foram elas constituídas às vésperas da assembléia geral, caso em que ainda se poderia vislumbrar o espírito objetivo de superar por interposta pessoa possível óbice que se pronunciasse à aprovação das contas dos que as deviam. Na realidade, existem há muitos anos e foi mesmo por força e em razão dessa existência que a apelada acabou sendo criada, o que de pronto afasta a possibilidade de qualquer móvel menos nobre na sua ideação" (TJSP, Ap. 184.456-1, 5ª CC, Rel. Des. MATHEUS FONTES, v.u., j. 22-3-1993). Na hipótese especificadamente referida no julgado por último citado, o impedimento poderia eventualmente resultar simplesmente do fato de não ser dado ao administrador votar, ainda como representante legal, as suas próprias contas. O mesmo não sucederia, uma vez declarado no aresto que não houve o intuito de fraudar a regra do impedimento, se quem estivesse a votar pela sociedade controlada fosse outra pessoa que não o próprio administrador da companhia, isto é, se o administrador da sociedade-acionista não fosse o próprio administrador da companhia. Haveria mudança no conteúdo do voto? Provavelmente não. Mas isso pouco importa: o que deixaria de existir é a situação formal de conflito de interesses, da qual resulta o impedimento; o problema, nesse caso, deslocar-se-ia já agora para o campo do conflito de interesses.

82 Cf.: NELSON EIZIRIK, *Temas de direito societário*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, n. 06, p. 99.

83 A deliberação, no caso, não é em separado ou por voto múltiplo; todos os acionistas da companhia com direito de voto podem dela participar.

ou, ainda, pelo simples ato (sobretudo do acionista controlador) de criar obstáculos à efetivação da responsabilidade civil, contanto, é claro, que se possam provar os pressupostos do dever de indenizar, em qualquer uma das citadas hipóteses⁸⁴.

Impedimento de voto: invalidade do voto proferido pelo impedido. Os votos proferidos com infração à regra de impedimento são nulos⁸⁵ (LSA, art. 134, § 1º; e CC, art. 166, VII, 2ª parte) e acarretam a própria anulabilidade da deliberação, se forem determinantes para a formação da maioria⁸⁶. Os votos abusivos ou proferidos em conflito de interesses são também nulos (LSA, art. 115, § 4º), bem como anulável a deliberação tomada, se o voto foi decisivo para a formação da maioria⁸⁷.

Impedimento de voto, apenas; não há impedimento de participar da assembleia nem impedimento de voz. O impedimento é tão-somente de voto. Sendo acionista, o administrador tem direito de participar da assembleia geral e, mesmo impedido de votar, tem assegurado o seu direito de voz⁸⁸⁻⁸⁹. Suas ações con-

correm para fins de verificação do quórum de instalação da assembleia⁹⁰, mas não ingressam no cômputo do quórum de deliberação.

Impedimento de voto: o problema da votação cruzada. Uma questão bastante intrincada, nesta seara, refere-se ao problema da votação cruzada: estando em discussão a responsabilização de mais de um administrador-acionista, estariam todos eles impedidos de votar ou cada qual poderia participar na deliberação referente à responsabilidade do outro, e vice-versa? Segundo informa MASSIMO FRANZONI, essa questão foi decidida em julgado do Tribunal de Bolonha, no qual se entendeu que cada administrador-acionista pode votar na deliberação referente ao outro, mesmo se a ação social deva ser promovida contra todos⁹¹. Esse julgado recebeu o comentário favorável de Arceri, “sul presupposto che non si può accettare il rischio che le sorti della società siano poste in balia di una minoranza il cui interesse può prescindere da quello sociale”⁹². Contudo, a nosso ver, essa solução, além de manifestamente artificial – pois não é admissível supor que o voto proferido pelo acionista-administrador nessa situação possa gozar de alguma isenção nem mesmo é concebível imaginar que a responsabilidade dos

84 O acionista controlador responde pela eleição de administrador que sabe inapto, moral ou tecnicamente (LSA, art. 117, § 1º, d); também o acionista minoritário, que tenha direito de eleger em separado ou por voto múltiplo administrador, pode ser responsabilizado pela eleição de pessoa desqualificada, se se conseguir demonstrar que o seu voto foi abusivo (LSA, art. 115, § 3º). Note-se, porém, que a responsabilidade dos minoritários não é igual a do controlador, ainda quando aqueles tenham direito intangível de eleger membro da administração. É que os acionistas minoritários, ao contrário do controlador, não estão jungidos pela Lei das S/A a observar interesses externos à companhia (LSA, art. 116). No entanto, como acionistas que são, devem pautar-se pelo interesse social e não podem abusivamente eleger, manter ou impedir a responsabilização de administrador inidôneo; se o fizerem, poderão ser responsabilizados pelo exercício abusivo do direito de voto. Nessa matéria, uma disposição inovadora foi introduzida pelo CSC de Portugal (art. 83º), expressamente responsabilizando, “verificados certos requisitos, os próprios sócios que designaram esses administradores, desde que tenha havido culpa na sua escolha, bem como aqueles sócios que, dispondo de um número de votos suficiente para destituírem os administradores, os tenham pressionado a tomar tal conduta. A responsabilidade desses sócios é solidária com os administradores” (ANTÔNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais*, cit., p. 32). Não sem alguma dificuldade, a mesma construção poderia ser elaborada no direito pátrio, com o necessário recurso às regras da solidariedade de *ex delicto*.

85 Cf.: ERASMO VALLADÃO AZEVEDO e NOVAES FRANÇA, *Conflito de interesses...*, cit., n. 3.2.1, p. 87.

86 Cf.: ERASMO VALLADÃO AZEVEDO e NOVAES FRANÇA, *Invalidade...*, n. 19.3, p. 117, e *Conflito de interesses...*, cit., n. 3.2.1, p. 87.

87 Cf.: ERASMO VALLADÃO AZEVEDO e NOVAES FRANÇA, *Conflito de interesses...*, cit., n. 3.2.2, p. 97.

88 De fato, “os direitos de voz (*diritto di intervento*) e o direito de voto (*diritto di voto*) são direitos paralelos na titularidade, mas não no exercício: quem não tem a titularidade do direito de voz

não tem a titularidade do direito de voto; o que exercita o direito de voz não necessariamente exercita (abstenção) ou pode exercitar (impedimento) o direito de voto” (GIUSEPPE A. RESCIO, *Diritto delle società: manuale breve* (obra coletiva), 2. ed., Milano: Giuffrè, 2005, § 82, p. 190).

89 Cf. (o acionista impedido tem direito de voz): J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado...*, cit., v. 4, n. 1.146; J. C. SAMPAIO DE LACERDA, *Comentários...*, cit., v. 3, p. 211; MODESTO CARVALHOSA, *Comentários...*, cit., v. 2, p. 469; RUBENS REQUIÃO, Efeitos do impedimento de voto... In: *Aspectos modernos de direito comercial*, cit., v. 1, pp. 253-275; VICENTE RÃO, *RT* 282/66; e WALDEMAR MARTINS FERREIRA, *Tratado de direito comercial brasileiro*, São Paulo: Saraiva, v. 5, n. 814, p. 381. Em direito comparado: GASTONE COTTINO, *Diritto commerciale*, cit., v. 1, t. 2, n. 103, p. 363; e GIUSEPPE A. RESCIO, *Diritto delle società: manuale breve* (obra coletiva), cit., § 82, p. 190.

90 Cf.: MODESTO CARVALHOSA, *Comentários...*, cit., v. 2, p. 470; ERASMO VALLADÃO AZEVEDO e NOVAES FRANÇA, *Invalidade...*, cit., n. 19.1, nota 60, p. 93; e RUBENS REQUIÃO, Efeitos do impedimento de voto... In: *Aspectos modernos de direito comercial*, cit., v. 1, pp. 253-275. Em direito comparado, no mesmo sentido: GASTONE COTTINO, *Diritto commerciale*, cit., v. 1, t. 2, n. 103, p. 363; MASSIMO FRANZONI, *La responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, cit., n. 22, nota 205, pp. 68-69.

91 MASSIMO FRANZONI, *La responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, cit., n. 22, nota 204, p. 68.

92 MASSIMO FRANZONI, *La responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, cit., n. 22, nota 205, pp. 68-69. Em sentido contrário, no entanto, GIANCARLO FRÈ e GIUSEPPE SBISÀ informam que o Tribunal de Lanciano decidiu, em 26 de janeiro de 1952 (Foro it., 1952, I, 937), que mesmo os administradores isentos de culpa e responsabilidade não podem votar na deliberação referente à responsabilidade de outro (*Società per azioni*, cit., t. 1, nota 5, p. 702).

agentes possa ser segregada em votações separadas e autônomas –, traz o evidente risco de votações cruzadas e de negociações de voto. Quer-nos parecer, portanto, que, salvo nos casos raríssimos em que a mesma assembléia estiver a analisar condutas absolutamente autônomas e independentes, o correto e lógico é entender que o administrador-acionista encontre-se também impedido de participar da votação referente à responsabilidade de seu colega, e vice-versa. Até porque, em termos práticos, a assembléia geral estará votando uma só proposta de promoção de ação contra várias pessoas; não há tantas deliberações quantos forem os pretensos co-réus. Mas no caso em que a companhia estiver a decidir, em uma mesma assentada, propostas distintas de responsabilização de administradores por danos autônomos, não haverá razão para cogitar do impedimento de um administrador em relação à deliberação do outro.

Impedimento de voto: existente em relação à deliberação sobre a propositura da ação social, não se estende à eleição do substituto do administrador impedido. Sobre outra possível situação de impedimento de voto (*divieto di voto*), confira-se, no subitem 7.3.1.4.2.1, a seguir, os nossos comentários sobre a incoerência de conflito formal de interesses a impedir possa o acionista-administrador contra o qual a assembléia geral aprovou propor ação social de responsabilidade civil – e que, por consequência, foi afastado do exercício do cargo para o qual se tornou impedido – participar da deliberação de eleição do seu substituto.

7.3.1.3.1 A invalidação da deliberação e o acertamento da real decisão assemblear: a ação declaratória assemblear positiva { *Die positive Beschlussfeststellungsklage* }

Introdução do problema. A deliberação assemblear sobre a propositura da ação social de responsabilidade civil tomada com o voto decisivo do acionista impedido é anulável: os votos do impedido são nulos e, se tiverem sido determinantes para a tomada da deliberação, a sua invalidação tornará a própria deliberação assemblear inválida, como explicado no subitem precedente, porquanto, nessa situação, cai a maioria necessária à sua manutenção (LSA, art. 129). Força reconhecer que essa solução, isoladamente considerada, não é em nada efetiva, pois, de um lado, depende do recurso à via jurisdicional (notoriamente lenta e injustamente benéfica para os administradores-acionistas que queiram se manter no exercício de suas funções, estimulando assim, em última análise, o voto do impedido) e, de outro lado, não tem em si outro efeito, ao fim do processo, senão proclamar a invalidação da deliberação anulável, e nada além disso: de modo específico, a anulação da deliberação não autoriza a propositura da ação social pela companhia. Ora, aos acionistas que se insurgiram contra o ato inválido, promovendo a ação de anulação (LSA, art. 286), o que interessa não é,

evidentemente, apenas a eliminação do ato inválido; mas sim ir além e positivamente acertar, proclamar, declarar o resultado correto da deliberação referente à propositura da ação social – deliberação essa que, excluídos os votos daqueles que não poderiam sequer votar, foi efetivamente aprovada pela maioria votante presente ao conclave – e, uma vez que isso tenha sido reconhecido, poder então extrair do ato colegial todas as suas naturais conseqüências (especificadas no subitem 7.3.1.4.2), com destaque para o impedimento dos administradores, a impor a sua imediata substituição pelo órgão competente (o conselho de administração ou a assembléia geral), e a autorizar a propositura da ação social *ut universi*. Pois bem. A nosso ver, esse acerto da real decisão assemblear pode ser obtido através da ação declaratória assemblear positiva; por meio dela, não se estaria substituindo a vontade dos acionistas, o que seria vedado ao Poder Judiciário fazer, mas sim proclamando o real resultado obtido na assembléia geral, resultado esse que se evidencia naturalmente da eliminação dos votos que sequer poderiam ter sido computados. Esse reconhecimento pode ser buscado juntamente com pedido de anulação, por meio da ação declaratória assemblear positiva, dogmaticamente desenvolvida apenas em tempos recentes, no direito acionário alemão e a seguir explicada, de forma resumida.

A ação declaratória assemblear positiva (Die positive Beschlussfeststellungsklage). O emprego da ação declaratória para acertar positivamente o resultado de deliberação assemblear aparentemente ainda não teve o seu cabimento analisado pelos estudiosos pátrios⁹³. Na Alemanha, a moderna doutrina societária tem opinado pelo cabimento dessa ação declaratória (*Feststellungsklage*)⁹⁴,

93 Exceção feita somente ao moderno e profundo estudo de ERASMO VALLADÃO AZEVEDO e NOVAES FRANÇA (*Invalidez...*, cit., n. 19.1, nota 62, pp. 94-95), de resto, o tema tem sido negligenciado, de forma exemplar, até mesmo nas excelentes obras escritas no Brasil sobre a ação declaratória (p. ex: CELSO AGRÍCOLA BARBI, *A ação declaratória principal e incidente*, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1976; ADROALDO FURTADO FABRÍCIO, *A ação declaratória incidental*, Rio de Janeiro: Forense, 1976; JOÃO BATISTA LOPES, *Ação declaratória*, 3. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991; Ovídio A. BAPTISTA DA SILVA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1, pp. 48-70; e ARRUDA ALVIM, *Tratado de direito processual civil*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, v. 1, pp. 384-458).

94 A ação declaratória tem previsão no § 256 da ZPO: “§ 256. Pode-se demandar a declaração da existência ou inexistência de uma relação jurídica e o reconhecimento da autenticidade ou declaração da falsidade de um documento, se o demandante tem interesse jurídico em que a relação jurídica ou a autenticidade ou a falsidade do documento seja declarada imediatamente por decisão judicial”. Bem vista a hipótese, a ação não é apenas declaratória, mas também constitutiva: busca-se a anulação da deliberação negativa (e aqui o interesse processual na invalidação da deliberação negativa é inquestionável) e, na seqüência, o acertamento do real resultado da deliberação; o aspecto declaratório é posto em destaque na própria denominação da demanda, para evidenciar que, em todo caso, não há suprimento da vontade dos acionistas, substituição ou constituição de novos votos. Mas não parece equívoco enxergar, no próprio pedido de acertamento, também carga constitutiva, à vista dos efeitos que, do acertamento, seguem na órbita societária e no relacionamento orgânico.

para o efeito de declarar o correto resultado de deliberação assemblear, em situações específicas. Segundo explica KARSTEN SCHMIDT, “um caso especial de anulabilidade refere-se à anulação de deliberações assembleares negativas, especialmente por ocasião da proclamação e registro de resultados incorretos. Aqui não se trata apenas de remover, por meio da anulação, a deliberação tida como incorreta, mas também de estabelecer o resultado correto da deliberação. Isso sucede por meio da assim chamada ação declaratória assemblear positiva, que, de rigor, se trata de um pedido especial a ser aduzido no processo de anulação”⁹⁵. Suponha-se, por exemplo, que, ao proceder à votação de determinada deliberação assemblear, foram computados votos inexistentes ou nulos ou que, simplesmente, houve erro na contagem dos votos ou na verificação do quórum exigido para a aprovação da matéria. O resultado, ao final proclamado, não corresponderá ao real. Nessa situação figurada, quem “quiser sustentar que os votos foram contados de forma incorreta ou que votos, que haviam sido impugnados ou estavam sujeitos a impedimentos, foram computados, precisa, em primeiro lugar, fazer com que a deliberação seja invalidada através da ação de anulação. Se isto não bastar, porque o autor na ação de anulação deseja obter o resultado positivo da deliberação, deve, consoante a lição atualmente dominante, cumular à ação de anulação a assim chamada ação declaratória assemblear positiva”⁹⁶. A ação é declaratória positiva ou afirmativa, já que, por intermédio dela, busca-se assentar a existência e o efetivo conteúdo de uma deliberação assemblear. As hipóteses de cabimento são múltiplas⁹⁷ e,

dentre elas, encontra-se a de acertamento do real conteúdo da deliberação sobre a propositura da ação social (com todos os seus efeitos).

Legitimados ativos e passivos para a ação. A ação declaratória positiva poderá ser proposta pelos mesmos legitimados ativos à propositura da ação anulatória regulada no art. 286 da Lei das S/A, aos quais já nos referimos (no subitem 6.2.2). Também ao caso aplicam-se as mesmas considerações formuladas quanto aos legitimados passivos (de ordinário, unicamente a companhia e, em situações específicas, a companhia em litisconsórcio necessário com os beneficiários do ato impugnado).

7.3.1.4 Resultados e efeitos da deliberação

Resultados possíveis. Submetida à deliberação dos acionistas a proposta de ajuizamento de ação social contra os administradores, três seriam os

erro, do dolo ou da coação (causas determinantes da anulabilidade do voto), ou da simulação e fraude à lei praticada por terceiro (causas determinantes da nulidade do voto). Nessas hipóteses, o que se impõe é a renovação da deliberação anulada. Diversas, entretanto, serão as situações em que os votos invalidados não puderem ser validamente renovados pelo agente em posterior deliberação (consideradas, no entanto, todas as demais situações fáticas regulares existentes quando da prática do ato invalidado). É o caso do voto proferido pelo acionista impedido, ou do voto do acionista que não estava regularmente representado no conclave, mas que acabou sendo computado pela mesa. É claro que, no caso do acionista irregularmente representado ou não-representado e que, mesmo assim, teve o voto computado, teoricamente a sua participação em deliberação posterior seria viável, mas isso não obsta a declaração do resultado prevalente com a exclusão do seu voto, porquanto o que se deve considerar são as situações fáticas regulares existentes por ocasião do conclave; a ausência do acionista ou a falta de representação em si é elemento hábil a pura e simplesmente eliminar o seu voto, sem posterior renovação. De igual forma, será possível passar-se a proclamação judicial do efetivo resultado verificado na assembleia, em caso de erro de contagem de votos ou de aplicação de quórum de votação (p. ex., dar-se por rejeitada a deliberação que contou com a maioria simples dos presentes, sob o equívoco entendimento de que seria aplicável quórum privilegiado): em ambos os casos, não há razão para renovar o encontro, mas simplesmente proclamar o resultado validamente obtido, porém incorretamente proclamado. Em suma, a ação declaratória assemblear positiva será cabível para declarar o correto resultado da deliberação assemblear prevalente, nos casos de erro de contagem de votos (erros de soma ou inclusão de votos inexistentes) ou de aplicação de quórum, ou, ainda, nos casos de inclusão de votos manifestados por quem não poderia ter sequer em tese votado no conclave (por impedimento ou falta de legitimação, aferível à vista das condições existentes à época da assembleia). A ação declaratória em análise não sofre limitação temática – poderá ser usada para acertar, por exemplo, o resultado da deliberação de aprovação ou rejeição de contas; de propositura de ação social; ou de eleição de titular de órgão. (3) O acionista necessita ter interesse (utilidade + necessidade) na declaração positiva. Por fim, o exercício da pretensão declaratória submete-se à necessária demonstração do interesse do acionista na obtenção da declaração assemblear positiva. Em matéria de *quitus*, por exemplo, a simples anulação da deliberação de contas importa na derrubada do *quitus*, sendo desnecessária e inútil a expletiva declaração de que o *quitus* não foi outorgado: para isso aferir, basta o resultado da anulação da deliberação de aprovação de contas.

95 KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, cit., § 28, IV, p. 860; trad. livre do Autor.

96 KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, cit., § 15, I, pp. 438-439; trad. livre do Autor.

97 *Vide*: WOLFGANG ZÖLLNER, Zur positiven Beschlußfeststellungsklage im Aktienrecht (und anderen Fragen des Beschlußrechts), ZGR, 11-4 (1982), p. 627. A pretensão à declaração positiva do real conteúdo da decisão assemblear sujeita-se a balizas. (1) Não é substitutiva da vontade dos acionistas. O pedido de acertamento da decisão assemblear, por intermédio da ação declaratória assemblear positiva, tem conteúdo predominantemente declaratório (CPC, art. 4º), o que significa que não se presta a constituir deliberação diversa da tomada pelos acionistas: o juiz não tem poderes para substituir o conteúdo da declaração de vontade externada pelos acionistas nem supri-la, onde ela não existe; o juiz, em outras palavras, nunca pode mudar o conteúdo do voto nem votar pelo acionista. Nesse sentido, não é meio apto a suprir a recusa da assembleia em deliberar (como na situação focada no item 7.3.1.4.3, *infra*). (2) Não pode ser empregada para as hipóteses em que a renovação da deliberação assemblear do processo for consequência da anulação da deliberação viciada. Outra restrição ao cabimento do pedido declaratório positivo é de não ser admissível nas hipóteses em que o voto porventura invalidado puder ser renovado em nova assembleia convocada para analisar os temas daquela invalidada. Nos casos em que a anulação da deliberação decorrer da invalidação de votos determinantes que, não obstante, puderem ser renovados em ulterior assembleia, não será possível passar à proclamação do resultado decorrente da pura eliminação daqueles votos viciados. Isso porque tal solução importaria em penalizar precisamente os acionistas que foram vítimas do

possíveis resultados, cada qual com distintas conseqüências adiante analisadas: (1) a rejeição da proposta (deliberação negativa); (2) a aprovação da proposta (deliberação positiva); ou (3) a rejeição da apreciação da proposta para outro conclave (recusa à deliberação ou deliberação declinatória); esta última hipótese pode ocorrer, por exemplo, *ou* por abuso da maioria, como adiante se verá, *ou*, como não raro sucede, porque, confrontados pela primeira vez com a imputação de fatos graves à administração, os acionistas não se sentem aptos a votar a proposta e decidem, por isso, realizar averiguações ou sindicâncias prévias por intermédio dos órgãos de fiscalização ou através da vinculação de empresa de auditoria, até mesmo para procurar definir a extensão dos danos e a responsabilidade pessoal de cada administrador nos desvios⁹⁸.

Empate. Na hipótese rara de empate, aplica-se a regra segundo a qual a matéria deve ser posta em votação em nova assembléia, com intervalo mínimo de 2 (dois) meses, e, caso persista o empate e os acionistas não concordem em cometer a decisão a um terceiro, caberá ao Poder Judiciário decidir, no interesse da companhia (LSA, art. 129, § 2º). A lógica dessa regra da lei acionária atual, inexistente nos diplomas anteriores, é questionável, dado que, se a maioria não foi obtida, a matéria deveria ser considerada, *ipso facto*, rejeitada (pois, para se considerar aprovada, ela necessita obter a maioria; caso não a obtenha, significa, inversamente, que foi rejeitada⁹⁹).

Instrumentalização da deliberação. A deliberação sobre a propositura de ação social contra administrador deve ser devidamente instrumentalizada em ata, até mesmo para que não haja dúvida a respeito da proposta submetida à apreciação dos acionistas e do alcance da decisão tomada, bem como dos correlatos efeitos, objetivo e subjetivo, adiante analisados. MODESTO CARVALHOSA vai além e, de forma peremptória, entende inviável o emprego de ata em forma de sumário (LSA, art. 130, § 1º), “pois tal manobra impediria a efetiva-

ção do próprio objeto do conclave. O impedimento do uso desse expediente prevalece tanto no caso de ser aprovada como de ser rejeitada a proposta de ingressar com a ação judicial respectiva, tendo em vista que poderão acionistas representando 5% do capital social efetivar a medida, sem embargo da iniciativa individual de qualquer acionista prejudicado por ato do administrador. Assim sendo, a transcrição plena das proposições e representações dos acionistas deve ser observada, para o efeito da necessária publicidade¹⁰⁰. Esse ponto de vista é ponderável *de lege ferenda*, apesar de bastante discutível diante do texto atual da lei acionária¹⁰¹. Na realidade, cumpre ao acionista desejoso de efetivar a responsabilidade do administrador, por isso mesmo, cercar-se de todas as cautelas previstas em lei para deixar formalmente registrada a sua proposição e os votos proferidos (LSA, art. 130, § 1º, *a* e *b*), a fim de poder contornar os óbices advindos do registro lacônico dos trabalhos da assembléia em ata. Além disso, aos tribunais sempre caberá a tarefa de não fazer com que os abusos da maioria possam redundar em seu proveito ou daqueles que atuam como sua *longa manus*: a falta de delimitação do conteúdo da deliberação não deverá ser interpretada restritivamente, mas, pelo contrário, merece ser considerada de forma ampla, de sorte a não obstar a iniciativa dos minoritários. A ata é meio de prova, condição de eficácia¹⁰²; não é o ato colegial, em si.

7.3.1.4.1 Deliberação negativa: efeitos

A rejeição da proposta de propositura de ação social contra os administradores da companhia (deliberação negativa) tem o efeito primordial de legitimar extraordinariamente acionistas que representem pelo menos 5% (cinco por cento) do capital social a propor a ação social *ut singuli* por substituição processual originária, ou simplesmente “ação social derivada” (LSA, art. 159, § 4º)¹⁰³, adiante analisada (no subitem 7.3.2.2). Nesse caso, os administradores

100 MODESTO CARVALHOSA, *Comentários...*, cit., v. 2, p. 756.

101 Cf. (entendendo viável a lavratura de ata na forma sumária): HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, *Curso de direito comercial*, cit., v. 3, n. 9.12, p. 374 – para quem, “desde que a ata sumária historie todos os fatos ocorridos na assembléia, ela se prestará para todos os fins de direito relativos aos assuntos nela deliberados”.

102 Cf.: FRANCESCO GALGANO, *Il negozio giuridico*. In: *Trattato di diritto civile e commerciale – già diretto da ANTONIO CICU, FRANCESCO MESSINEO e LUIGI MENGONI*, e continuato da PIERO SCHLESINGER, 2. ed., Milano: Giuffrè, 2002, v. 3, t. 1, n. 57, pp. 265-266. EDUARDO DE MELO LUCAS COELHO define ata como “um registro das circunstâncias espaço-temporais, de outros dados objetivos e subjetivos, e dos eventos mais relevantes ocorridos na assembléia” (*A formação das deliberações sociais*, Coimbra: Coimbra, 1994, nota 42, p. 56).

103 Cf.: “A ação social somente tem cabimento se a assembléia dos acionistas autorizar a companhia a propô-la. Se a companhia não está autorizada a promover a ação social, por ausência de

98 Cf.: OSCAR BARRETO FILHO, *Medidas judiciais...*, cit., p. 16; e NELSON EIZIRIK, *Inexistência...* In: *Aspectos modernos...*, cit., p. 69.

99 Pela regra da atual lei acionária, a rejeição não é o reverso da aprovação; a rejeição só resulta da “aprovação da rejeição”. A justificativa possível, mas nem por isso inquestionável, é a de que o empate não deveria significar rejeição da proposta, visto que “limita a possibilidade de a companhia deliberar a um binômio voto afirmativo/voto negativo, ou, em outras palavras, à discussão sobre se algo será ou não feito. Havendo, porém, uma opção mais variada, como sucede quando se discute, por hipótese, o montante do dividendo a ser pago, o impasse é perfeitamente possível” (PAULO CÉZAR ARAGÃO, *Aspectos processuais da legislação societária*, RT 641/65). Essa explicação tem sentido apenas se se considerar a inabilidade dos presidentes de mesa em segregar as várias propostas em votações distintas, como se impõe, justamente para evitar o empate.

continuam, em princípio, no exercício de suas funções, a menos que os acionistas resolvam, por qualquer motivo, deliberar autonomamente a sua substituição, como, aliás, podem fazê-lo a qualquer tempo. A deliberação negativa não tem o efeito de liberar os administradores de suas responsabilidades por atos praticados durante a sua gestão perante a companhia; isso apenas pode decorrer da expressa aprovação das contas e das demonstrações financeiras sem reservas, e não da mera rejeição da deliberação de proposição da ação social. Nada impede que, enquanto não prescrita a pretensão, a companhia volte a apreciar a matéria e decida promover a ação social que, antes, à maioria acionária não se afigurou conveniente ou justificada – ainda que, nessa hipótese, a tardia iniciativa judicial da companhia possa restar limitada ou inviabilizada pelos fenômenos da litispendência ou da coisa julgada, decorrentes da ação social eventualmente proposta por acionistas (*vide* adiante os subitens 7.3.2.2 e 8.8.2).

A recusa abusiva à proposta de responsabilização civil dos administradores da companhia (deliberação negativa) implicará a responsabilidade civil do acionista controlador (LSA, art. 117, § 1º, g) ou, eventualmente, do simples acionista, por voto abusivo (LSA, art. 115, § 3º).

7.3.1.4.2 Deliberação positiva: efeitos

Aprovada a proposição da ação social pela companhia, a deliberação positiva produz substancialmente os seguintes efeitos: (1) determina o automático impedimento dos administradores contra os quais se tenha deliberado promover a ação social; (2) impõe ao órgão social competente a substituição *incontinenti* dos administradores impedidos, o que deverá ocorrer, conforme for o caso, na mesma assembléia geral ou em reunião urgente do conselho de administração; (3) impõe aos diretores, que não tenham sido atingidos pelo impedimento ou que foram eleitos em substituição dos impedidos, o dever de diligenciar a proposição da ação (p. ex., contratando advogados e outros técnicos); (4) legitima a proposição da ação social *ut universi* pela companhia (*vide* os subitens 7.3.2.1, 8.3.1 e 8.3.2.1); e (5) marca o prazo de precedência para que a companhia promova a ação social com exclusividade, findo o qual se abre então a possibilidade de qualquer acionista propor a ação social *ut singuli* por substituição processual derivada (como adiante explicado no subitem

decisão assemblear, o sócio, seja ele majoritário ou minoritário, não poderá fazê-lo. Para que se possa ter como presente a condição da não autorização assemblear para a proposição da ação social, necessário é que a matéria tenha sido submetida à assembléia de acionistas” (TJRJ, AI 2002.002.201519, 11ª CC, Rel. Des. MURILO PASSOS DA SILVA BRAGA, v.u., j. 21-8-2003).

7.3.2.2.1)¹⁰⁴. Neste ponto, é necessário analisar detidamente a extensão do impedimento legal do administrador e, sobretudo, qual seria o alcance dos efeitos vinculativos da deliberação assemblear positiva.

7.3.1.4.2.1 Impedimento e substituição do administrador

O impedimento é efeito conexo e necessário da deliberação positiva. Aprovado o ajuizamento de ação social de responsabilidade civil, o impedimento legal do administrador constitui consequência lógica e inafastável da deliberação assemblear (LSA, art. 159, § 2º)¹⁰⁵⁻¹⁰⁶. O impedimento resulta automaticamente da própria deliberação assemblear, e não da ulterior proposição da ação social¹⁰⁷. Rigorosamente, o impedimento não carece de expressa enunciação e

104 Se, findo o prazo, nem a companhia nem qualquer acionista propuser a ação, teria o administrador alguma medida para dele afastar a pecha de irregular administração decorrente da deliberação positiva? Na Alemanha, segundo informa KARSTEN SCHMIDT, o atual entendimento prevalente é de que, nessa hipótese, o administrador poderia propor contra a companhia uma ação declaratória negativa (*Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl. Köln: Carl Heymanns, 2002, § 14, VI, p. 432). Outra não é a orientação de MARCUS LUTTER e PETER HOMMELHOFF (*GmbH-Gesetz*, cit., § 46, n. 15, pp. 573-574).

105 FRAN MARTINS, com razão, destacava que “o afastamento do administrador de suas funções e poderes se dá em virtude da deliberação da assembléia geral” (Ação individual de responsabilidade civil... In: *Novos estudos...*, cit., p. 144). No mesmo sentido (anotando que o impedimento resulta da deliberação assemblear): DARCY ARRUDA MIRANDA JR., *Breves comentários à Lei de Sociedades por Ações*, São Paulo: Saraiva, 1977, p. 235.

106 Cf.: “Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembléia-geral, a ação de responsabilidade civil contra os administradores pelos prejuízos causados ao seu patrimônio, ficando impedidos os administradores contra os quais deva ser proposta a ação (LSA, art. 159, § 2º)” (TJDF, AI 2001.00.2.002291-5, 2ª T. Cív., Rel. Des. EDSON ALFREDO SMANIOTTO, v.u., j. 25-2-2002).

107 Sobre o ponto, NELSON EIZIRIK afirmou que o “o *impeachment* legal do administrador somente acontece no caso da ação social *ut universi* (Lei das S/A, art. 159, *caput*) e no caso da ação social *ut singuli* do art. 159, § 3º, posto que ambas pressupõem deliberação da assembléia favorável à promoção da ação de responsabilidade, com o conseqüente rompimento do vínculo fiduciário” (Inexistência... In: *Aspectos modernos...*, cit., p. 75). Na realidade, o impedimento do administrador nada tem que ver com a proposição desta ou daquela ação, pela sociedade ou por acionistas em substituição processual. É efeito conexo, necessário e conseqüente da deliberação que decide pela proposição da ação. Tanto assim que a substituição não fica a depender da ação; antecede-a e ocorre na própria assembléia geral na qual se deliberou sobre a proposição da ação, justamente para que os novos administradores a proponham. Mais adiante, no mesmo estudo, NELSON EIZIRIK, agora de forma irretocável, reconhece que é a deliberação de ajuizar a medida que acarreta o impedimento (daí a necessidade de ser o administrador substituído na mesma assembléia), não o ajuizamento da ação (Inexistência... In: *Aspectos modernos...*, cit., p. 76). É por isso, como adiante se verificará (no subitem 7.3.2.2.2.1), que não concordamos com aqueles que supõem possa a proposição de ação social derivada (LSA, art. 159, § 4º) tornar o administrador impedido, mesmo à falta de deliberação assemblear positiva.

não comporta modelagem por parte da assembléia geral, que não tem competência para optar pela permanência no cargo do administrador contra o qual tenha deliberado mover a ação social¹⁰⁸. O impedimento do administrador atende, outrossim, a razões de ordem prática, assegurando que as providências necessárias ao ajuizamento da ação sejam cumpridas por aqueles que permanecerem no cargo¹⁰⁹ – e que, sem dúvida, poderão responder civilmente, eles próprios, se não atuarem de forma diligente, no sentido de promover a ação (LSA, art. 153; e CC, art. 195).

Impedimento: contraponto com o “impeachment” (e a moção de desconfiança). O impedimento do administrador, segundo bem observou NELSON EIZIRIK, representaria mais um ponto no qual se poderia observar a existência de similitude entre as estruturas (jurídicas e organizacionais) das companhias e da sociedade política, a partir da qual a divisão de poderes e de atribuições teria sido plasmada. Para o preclaro jurista carioca, “o *impeachment* do administrador de sociedade anônima constitui um resquício da visão contratual da companhia mesclada com sua equiparação à sociedade política: seu fundamento reside na noção de que o administrador (integrante do ‘Poder Executivo’) não é senhor dos acionistas (‘o povo’), mas sim seu representante, ou delegado. Ao descumprir a lei ou o estatuto, causando prejuízo à companhia, pode o administrador ser destituído pela Assembléia Geral (o ‘Parlamento’). O *impeachment* do funcionário público fundamenta-se no abuso ou violação da confiança do público em sua atuação. Assim, considera-se que as infrações são de natureza essencialmente política, na medida em que afetam a sociedade como um todo. Da mesma forma, o fundamento do *impeachment* do administrador de sociedade anônima, conforme refere a doutrina, reside precisamente na perda da confiança dos acionistas no seu desempenho e conduta. Daí resulta que, à semelhança do que ocorre na sociedade política, o *impeachment*, na sociedade anônima, pressupõe necessariamente a deliberação da assembléia. Ao decidir mover contra o administrador da companhia ação de responsabilidade civil, os acionistas deixam claro que não mais nele confiam; desaparecendo o vínculo fiduciário, desaparece, por via de consequência, a delegação, e daí o *impeachment* automático, de

natureza legal”¹¹⁰. Sem dúvida, a comparação é das mais felizes, sobretudo por colocar em evidência que essa real moção de desconfiança, justificadora do afastamento do administrador do cargo, existe tão-somente no caso em que a própria companhia, pela voz da maioria acionária reunida no órgão responsável pela formação da vontade social, decide promover a ação social; não existe, porém, nos casos em que essa mesma maioria expressa a manutenção do vínculo de confiança em relação ao administrador, ainda quando uma minoria qualificada decida promover a ação derivada. Nessa última situação, não haveria razão plausível para cogitar do impedimento.

Impedimento: extensão subjetiva. A Lei das S/A prevê que “o administrador ou administradores contra os quais deva ser proposta a ação ficarão impedidos” (LSA, art. 159, § 2º). O impedimento afeta apenas aqueles administradores contra os quais se tenha deliberado propor a ação social¹¹¹. Surge, por consequência, a necessidade de fixar a extensão subjetiva da deliberação, indicando aqueles administradores contra os quais a companhia irá se voltar, até mesmo porque os demais, em princípio, permanecem no cargo¹¹². A dúvida é se essa especificação limita processualmente ou não a iniciativa da companhia, questão essa adiante abordada (no subitem 7.3.1.4.2.2).

Substituição: de regra, apenas o impedido deve ser substituído; por exceção, todos os titulares do órgão ao qual pertence o impedido poderão ser destituídos (o princípio “simul stabunt simul cadent” no direito brasileiro). Conforme anotado no parágrafo anterior, o impedimento atinge somente os administradores visados pela deliberação assemblear positiva e, de regra, apenas eles devem ser substituídos, permanecendo os demais no exercício de suas funções. Por exceção, no entanto, o impedimento de um membro do órgão poderá importar na automática destituição de todos os demais, como medida necessária à própria

110 NELSON EIZIRIK, Inexistência... In: *Aspectos modernos...*, cit., pp. 74-75.

111 J. C. SAMPAIO DE LACERDA, *Comentários...*, cit., v. 3, p. 211.

112 É preciso bem entender a relação de causa e efeito nesta matéria. O impedimento do administrador decorre da aprovação da deliberação favorável à sua responsabilização pela companhia. O administrador que é destituído de sua função, por outra razão qualquer ou mesmo sem razão (*ad nutum*), não se torna impedido, pois a causa do impedimento não é a destituição em si (efeito), mas a deliberação assemblear que aprova a propositura da ação social. Segue-se daí que, se tal não suceder e, portanto, se apenas tiver havido a sua destituição, o administrador, caso seja acionista, poderá não apenas participar da eleição do substituto, mas, inclusive, ele próprio poderá se candidatar à nova eleição. Nesse sentido: “Destituída a diretoria, os ex-diretores podem concorrer novamente aos cargos, mesmo que tenham participado da votação que os conduziu à destituição, cabendo aos acionistas votantes ajuizar da conveniência da eleição ou formular juízo de reprovação moral a respeito” (TJSP, Ap. 43.399-1, 2ª CC, Rel. Des. ANICETO ALIENDE, v.u., j. 5-6-1984, RT 591/73 e RJTJESP 91/208).

108 Cf.: FRANCO BONELLI, *La responsabilità...*, cit., n. 18, p. 165 – o qual discorda, assim, da opinião contrária de MINERVINI (*Gli amministratori*, Milano, 1956, p. 350), para quem a assembléia de sócios poderia, quando da deliberação de promoção da ação social, expressamente excluir o efeito de revogação automática do mandato do administrador.

109 “Naturalmente”, como anota LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, “não seriam os administradores envolvidos que iriam intentar a ação contra si mesmos” (A prévia deliberação assemblear... In: *Pareceres*, cit., v. 1, p. 463).

preservação da representação minoritária dentro do órgão. Na hipótese, será preciso passar a nova eleição para *todos* os cargos do órgão: não só daquele ocupado pelo impedido, que evidentemente não poderá concorrer à nova eleição, mas também daqueles ocupados por outras pessoas eleitas juntamente com o impedido por processo de votação que assegure a representação minoritária ou o direito de eleição em separado¹¹³. Nesse caso, nada obsta possam os não-impedidos vir a ser reconduzidos às suas funções, em nova eleição, que apenas seguirá o procedimento de voto múltiplo, se assim for oportunamente requerido pelos minoritários. O fenômeno ora em análise, de queda conjunta de todos os administradores por efeito do impedimento de um deles apenas, não é estranho ao direito brasileiro. De fato, a Lei das S/A prevê que, nos casos em que a eleição dos administradores tiver sido realizada pelo processo de *voto múltiplo*, “a destituição” (leia-se: inclusive por impedimento) “de qualquer membro do Conselho de Administração pela assembléia geral importará destituição dos demais membros, procedendo-se a nova eleição” (LSA, art. 141, § 3º). Em outros países, como na Itália (CC it., art. 2.386, *comma* 4), admite-se até mesmo que esse princípio de *destituição contagiante* seja adotado em caráter genérico nos estatutos¹¹⁴ – por meio de disposição estatutária conhecida, na praxe societária italiana, por “cláusula *simul stabunt, simul cadent*”: aqueles que são apoiados conjuntamente, caem conjuntamente¹¹⁵.

113 Não fosse essa lógica solução, seria muito fácil ao controlador espremer para fora do órgão a representação minoritária: bastaria aprovar a deliberação de promoção de ação social contra o administrador eleito pelos minoritários, torná-lo assim impedido e, em novo processo de eleição (singular ou por voto múltiplo, dependendo do caso) para preenchimento do cargo vago, eleger pessoa alinhada aos seus interesses...

114 Cf.: GIORGIO CIAN e ALBERTO TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, cit., p. 2.423; ALBERTO TOFFOLETTO, *Diritto delle società*: manuale breve (obra coletiva), cit., § 94, p. 216; e FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...*, cit., p. 105 – o qual explica que “esta cláusula estatutária cria uma coligação entre os vários membros do conselho de administração, de modo que, se um deles é destituído, ou se demite, ou de qualquer modo deixa o cargo, e por isso o conselho não resulte mais composto da forma como o era no ato da nomeação, também os outros administradores têm cessadas as suas funções e o conselho deve ser novamente nomeado na sua totalidade” (op. et loc. cit.; no original: “questa clausola statutaria crea un collegamento tra i vari componenti del consiglio di amministrazione, in modo che se taluno di essi decada, o dia le dimissioni o comunque cessi dalla carica, sicché il consiglio non risulti più composto così come era all’atto della nomina, anche gli altri amministratori cessano dalla carica, e il consiglio deve nel suo complesso essere nuovamente nominato”).

115 O princípio *simul stabunt simul cadent* informa o sistema parlamentarista de governo, no qual a queda do primeiro-ministro, por moção de desconfiança ou censura aprovada pelo Parlamento, implica a automática queda de todo o seu gabinete ou conselho de ministros. Na área jurídica, o princípio tem sido invocado também para justificar certas soluções em matéria de coligação contratual.

Substituição: impedimento do titular não abrange o suplente. A aprovação da propositura de ação social contra o administrador torna-o impedido de continuar a exercer a função, mas, como autêntica pena, não se projeta ao seu suplente¹¹⁶. Assim sendo – é de se indagar –, haveria a necessidade de proceder sempre à eleição de novo administrador em substituição do impedido ou, ao contrário, o suplente poderia permanecer no cargo? NELSON EIZIRIK entende que, se os estatutos previrem que o suplente substitui o titular no seu “impedimento definitivo”¹¹⁷, não haveria necessidade de nova eleição¹¹⁸. Poder-se-ia contra-argumentar que a Lei das S/A categoricamente determina que se proceda à substituição do impedido e, por isso, não seria desarrazoado entender que, diante da excepcionalidade da situação, o legislador quis que o órgão competente se pronunciasse sobre se entende conveniente a assunção do cargo pelo suplente – que, não estando impedido, pode ser eleito novamente para o cargo, agora como titular – ou se deseja eleger outra pessoa. Parece-nos, porém, que apenas a análise específica da disposição estatutária dará margem à solução desse problema.

Impedimento de voto: existente em relação à deliberação sobre a propositura da ação social, não se estende à eleição do substituto do administrador impedido. O acionista, que porventura seja também administrador da companhia e contra o qual se tenha deliberado propor a ação social, fica impedido e deve ser substituído (LSA, art. 159, § 2º). Poderia esse mesmo acionista, que estava impedido de tomar parte na deliberação atinente à sua própria responsabilidade, participar, votando, da eleição de seu substituto? No direito brasileiro, esse problema ainda não mereceu a atenção dos estudiosos¹¹⁹. Mas na Itália, onde a

116 Cf.: NELSON EIZIRIK, *Temas de direito societário*, cit., n. 07, p. 120.

117 NELSON EIZIRIK, *Temas de direito societário*, cit., n. 07, p. 122.

118 A Lei das S/A não distingue perfeitamente as situações de vacância, impedimento e ausência. Os doutrinadores parecem reservar a expressão “ausência” para o caso de falta; “impedimento”, para o afastamento temporário das funções (doença, viagem, férias, licenças etc.); e “vacância”, para a saída definitiva do administrador do cargo (renúncia, exoneração, falecimento etc.) (sobre o ponto, *vide*: JORGE LOBO, *Substituição dos administradores das sociedades anônimas*, RT 603/38-51). Logo, a cláusula estatutária que regule a substituição do titular pelo suplente nos casos de impedimento temporário ou definitivo está, simultaneamente, referindo-se aos casos de impedimento propriamente dito e vacância. A confusão terminológica torna-se ainda maior quando se observa que a Lei das S/A dispõe que os administradores contra os quais se tenha deliberado propor a ação “ficarão impedidos e deverão ser substituídos” – sendo certo que o vocábulo “impedimento”, aqui, diferentemente do outro sentido de situação temporária, sinaliza uma situação definitiva de incompatibilidade de permanência no cargo, a demandar a sua substituição, procedendo-se a nova eleição.

119 No entanto, em caso análogo, o TJSC decidiu: “A suspensão do diretor da sociedade de suas funções, com a vedação de ser eleito administrador provisório, não lhe subtrai necessariamente o exercício de voto como acionista” (TJSC, AI 9.467, 4ª CC, Rel. Des. ALCIDES AGUIAR, v.u., j. 25-4-1996).

regra de impedimento de voto é algo diversa da nossa (mais extensa, como querem uns, ou tão extensa porém mais explícita do que a nossa, como sustentam outros), o problema já foi amplamente debatido e as opiniões dividiram-se, essencialmente, em três correntes, como noticia MASSIMO FRANZONI¹²⁰. Uma primeira corrente sustenta que o acionista-administrador estaria impedido de votar na eleição de seu substituto, por haver uma situação de conflito de interesse de tal ordem a permitir a anulação da deliberação tomada com o voto decisivo do antigo administrador (e, neste ponto, cremos estar-se referindo o estudioso a verdadeiro impedimento de voto). A segunda corrente aponta a possibilidade de o acionista votar, sempre, porque o conflito de interesses seria virtual, e esse é o entendimento majoritário nos tribunais e na doutrina. Uma terceira corrente segue no sentido de admitir o voto do acionista, contanto que em concreto não esteja em conflito de interesses, o qual deveria ser demonstrado sob a base da prevalência de um interesse extra-social contrastante com o interesse social. A primeira corrente, ainda segundo MASSIMO FRANZONI, seria de difícil sustentação, não obstante acolhida em julgado do Tribunal de Milão, porque pressupõe a interpretação extensiva da uma norma excepcional (de impedimento de voto)¹²¹. Ademais, esse seria um modo de conceder à minoria a possibilidade de governar a sociedade: através da ação social impedir-se-ia à maioria nomear administrador de seu próprio grado. No Brasil, a solução a prevalecer deve ser essa mesma: não há impedimento de voto¹²², porquanto a eleição de administrador jamais poderia se entender como tema que vá beneficiar o acionista de modo particular, nem há qualquer outra regra da qual se pudesse extrair o impedimento de voto. Ao contrário, ao menos teoricamente, a suposição é sempre no sentido de que a eleição se dê em benefício da companhia¹²³. Além disso, o reconhecimento do (inexistente) impedimento de voto

importaria, como bem lembrou MASSIMO FRANZONI, em submeter a maioria à vontade da minoria, contra a regra do princípio majoritário. Em suma, a admissão do voto do antigo administrador não poderá ser obstada: não há proibição de voto; o que pode haver, não só quanto ao voto do antigo administrador, mas em relação ao de qualquer outro acionista, é conflito de interesses – a depender de averiguação posterior, sob as balizas do art. 115, *caput*, da Lei das S/A. Exceção feita à situação em que o acionista está impedido de ocupar cargo de administração, entende-se, com tranqüilidade, que, em outros casos, ele pode até mesmo votar em si próprio, sem que disso resulte conflito de interesses, e pode, também, tomar parte da deliberação que tenha por objeto a sua destituição, isto é, pode votar contra a sua própria destituição simples¹²⁴ – situação essa, convém esclarecer, que não se confunde com a votação de aprovação de suas contas nem com a conexa deliberação tomada sobre a propositura da ação social.

Proibição de reeleição do impedido. Considerado que o administrador impedido (e, por isso, substituído do cargo) por efeito da aprovação da deliberação sobre a propositura da ação social não se encontra proibido de participar da eleição de seu sucessor, há de se questionar se ele próprio poderia ser reeleito para exercer o mesmo cargo ou outro junto à companhia, no mesmo conclave ou em algum outro posterior. A questão, agora, já se desloca para a análise dos requisitos de investidura em cargo de administração. Quanto a eles, o art. 147, § 1º, da Lei das S/A proclama serem “inelegíveis para os cargos de administração da companhia as pessoas impedidas por lei especial, ou condenadas por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato contra a economia popular, a fé pública ou a propriedade ou a pena criminal que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos”. Mas é claro que essas situações nada têm que ver com aquela contemplada no art. 159, § 2º, da

120 MASSIMO FRANZONI, *La responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, cit., n. 23, pp. 73-74. O mesmo registro é feito por FRANCO BONELLI (*La responsabilità...*, cit., n. 18, pp. 166-169).

121 A regra à qual se refere MASSIMO FRANZONI, que haveria de ser interpretada extensivamente, é a seguinte: “gli amministratori non possono votare nelle deliberazioni riguardanti la loro responsabilità” (CC it., art. 2.373, 3º comma).

122 Nesse sentido (não há impedimento): GASTONE COTTINO, *Diritto commerciale*, v. 1, t. 2, cit., n. 103, p. 364; FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...*, cit., nota 67, pp. 66 e 196; e GIANCARLO FRÈ E GIUSEPPE SBISA, *Società per azioni*, cit., t. 1, p. 702.

123 O raciocínio é substancialmente o mesmo, pelo qual se conclui que o acionista pode participar de sua própria eleição para cargo de administração, sem que nisso se possa antever a obtenção de “benefício particular”, a positivar conflito de interesses: “entende-se que, na hipótese, não há benefício próprio, já que a eleição e o desempenho das respectivas funções fazem-se a favor da sociedade e não do acionista investido” (MODESTO CARVALHOSA, *Comentários...*, cit., v. 2, p. 467). Além disso, o conflito de interesse não ocorre quando o sócio persegue interesse próprio

ao votar, mas apenas quando, nesse sentido, se oponha concretamente ao interesse social. Como explica FRANCESCO GALGANO, “existe conflito de interesses entre o sócio e a sociedade quando o sócio encontra-se na posição de ser titular, em relação a uma determinada deliberação, de um duplo interesse: de seu interesse de sócio e, ainda, de um interesse externo à sociedade; e esta duplicidade de interesse é tal que ele não pode realizar um a não ser sacrificando o outro interesse. A simples duplicidade da posição de interesse em relação a um mesmo sujeito por si só não implica, porém, situação de conflito em sentido técnico. As duas posições de interesse podem ser solidárias entre si: o sócio pode realizar o próprio interesse sem prejudicar o interesse da sociedade” (*Il nuovo diritto societario*, cit., n. 9, p. 233; trad. livre do Autor). Com idêntico registro e do mesmo autor: *La società per azioni*, cit., n. 9, p. 251; e *Il negozio giuridico*. In: *Trattato di diritto civile e commerciale* – già diretto da ANTONIO CIGU, FRANCESCO MESINEO e LUIGI MENGONI, e continuato da PIERO SCHLESINGER, 2. ed., Milano: Giuffrè, 2002, v. 3, t. 1, n. 117.1, p. 537.

124 Cf.: GIORGIO CIAN e ALBERTO TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, cit., p. 2.407.

mesma lei: *seja porque* o afastamento do administrador por quebra do vínculo fiduciário não poderia ser equiparado ao efeito secundário de uma sanção penal, imposta ao agente depois de atendido o devido processo legal e a ampla defesa; *seja porque* o impedimento decorrente da deliberação assemblear não resulta de lei especial nem se confunde com a situação de incompatibilidade funcional decorrente do exercício de certas profissões regulamentadas. Na Itália, onde não constam regras claras sobre essa questão, a doutrina entende que, nos casos em que o administrador for afastado por força de *deliberação minoritária* (= deliberação na qual a vontade minoritária acabou episodicamente prevalecendo, em razão do impedimento de voto da maioria), o entendimento prevalente é no sentido de que os administradores, contra os quais se tenha deliberado propor a ação social, conservam o eleitorado ativo e passivo, inclusive porque o legislador não contemplou essa situação dentre as causas de inelegibilidade dos administradores¹²⁵. FRANCO BONELLI acrescenta que essa solução “pode, à primeira vista, deixar perplexos, no entanto, após uma melhor análise, parece correta: *seja pelo fato de que*, no elenco das causas de inelegibilidade para o cargo de administrador – são a exceção e, portanto, de rigorosa interpretação –, não se encontra nem a simples propositura da ação social de responsabilidade nem a eventual sucessiva condenação; *seja pelo fato de que a ratio* da revogação está na presunção de que a relação fiduciária entre sociedade e administrador fique comprometida (inclusive se a ação proposta fosse infundada), presunção que a sociedade pode reverter, reafirmando explicitamente a confiança nos próprios ex-administradores”¹²⁶. Ou seja, por essa visão, nos casos em que a destituição resultou de deliberação minoritária, o administrador destituído poderia ser reeleito para o cargo, na mesma ou em subsequente assembleia – solução que, em termos práticos, não se afigura nada lógica (à destituição segue-se nova eleição e nova destituição, e assim sucessivamente). Pois bem, essa solução apresentada pela doutrina italiana impor-se-ia no direito brasileiro? A nosso ver, não. O administrador, uma vez destituído, não pode ser reeleito enquanto não for revogada ou anulada a deliberação que o afastou da administração¹²⁷, ou enquanto não prescrever a respectiva

125 Cf.: MASSIMO FRANZONI, *La responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, cit., n. 23, nota 223, p. 72; e FRANCO BONELLI, *La responsabilità...*, cit., n. 18, pp. 169-171, e *Gli amministratori...*, cit., p. 196.

126 FRANCO BONELLI, *La responsabilità...*, cit., n. 18, p. 170, e *Gli amministratori...*, cit., p. 196; trad. livre do Autor.

127 Tem razão GIANCARLO FRÈ e GIUSEPPE SBISÀ ao observarem que “come l’assemblea è libera di deliberare o meno l’azione di responsabilità contra gli amministratori, così essa può quando lo creda revocare la relativa deliberazione” (*Società per azioni*, cit., t. 1, p. 851). No entanto, essa revogação não poderá operar em prejuízo de terceiros, notadamente os substitutos processuais

pretensão indenizatória. Isso porque, se e enquanto isso não suceder, a posição do administrador impedido perante a companhia será, inegavelmente, de flagrante conflito de interesses – e esse conflito, diante da atual regra do § 3º, inc. II, do art. 147 da Lei das S/A (introduzido pela Lei n. 10.313/2001), impede-o de ser eleito para o cargo (“o conselheiro deve ter reputação ilibada, não podendo ser eleito, salvo dispensa da assembleia-geral, aquele que (...) II – tiver interesse conflitante com a sociedade”). O citado preceito refere-se diretamente a “conselheiro”, mas, a relevar mais essa tosca falha do débil legislador pátrio, é de tê-la remissivamente aplicável aos diretores (LSA, arts. 145 e 156). Na realidade, se pudesse vingar a orientação prevalente no direito italiano, o art. 159, § 2º, da Lei das S/A estaria sendo virtualmente reduzido à total inutilidade, quando em causa atos do controlador ou de seus prepostos.

7.3.1.4.2 Vinculação (subjéctiva e objectiva) da deliberação

Destinatários da deliberação assemblear. Os destinatários *imediatos* ou *diretos* da deliberação assemblear positiva da assembleia geral são, no plano interno, evidentemente os administradores, que a ela deverão dar pronto e integral cumprimento. Assim, se se tratar de companhia que adote o sistema dualista (ou dual) de administração (*vide* subitem 2.3), o conselho de administração deverá providenciar imediatamente a destituição e a substituição dos diretores impedidos (LSA, art. 142, II). Os diretores, novos ou que não foram impedidos e que detenham o poder de representação, deverão de tomar as providências para viabilizar a propositura da ação social (contratar advogados, providenciar a separação dos documentos apropriados, contratar pareceres etc.). Se, por convência, solidariedade ou desleixo, deixarem de fazê-lo com a necessária diligência, responderão pelos prejuízos experimentados pela companhia. Além dos administradores, são ainda destinatários *mediatos* ou *indiretos* da deliberação, dentre outros, os próprios acionistas, pois, quanto a eles, a deliberação positiva marca o início da fluência do prazo de precedência de 3 (três) meses, contados da própria assembleia, dentro do qual a companhia retém legitimidade exclusiva para propor a ação social e findo o qual se abre a qualquer acionista a possibilidade de fazê-lo em nome próprio, na condição de substituto processual (LSA, art. 159, § 3º). “O motivo de ordem prática dessa previsão legal”, nas palavras de LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, “é o de

que porventura tenham proposto a ação social; nesse caso, a demanda deverá ter prosseguimento. Aplicam-se, assim, os princípios gerais sobre a revogação de deliberações assembleares e de tutela à posição jurídica de terceiros (sobre a tutela da posição de terceiros diante da revogação da deliberação assemblear, *vide*: FILIPPO CHIOMENTI, *La revoca delle deliberazioni assembleari*, Milano: Giuffrè, 1975, pp. 192-193).

que, indiretamente, os danos causados à sociedade ‘pelos atos incriminados’ atingem aos acionistas, além de que a experiência mostra que o espírito de solidariedade entre os administradores leva-os muitas vezes a não acionar alguns de seus membros, não obstante a autorização assemblear¹²⁸.

Vinculação objetiva. A deliberação assemblear autoriza a companhia a propor a ação social contra os administradores designados, mas não delimita objetivamente a pretensão a ser exercida em juízo. A assembléia geral não necessita e, a rigor, nem tem condições de descrever todos os fatos pelos quais pretende responsabilizar judicialmente os administradores; basta que haja a autorização de processar. Seria absurdo que os limites da ação viessem a ser de antemão circunscritos pelo conteúdo da deliberação assemblear, certo de que, em muitos casos, a exata delimitação dos atos ilícitos, dos danos e de sua extensão resulta de averiguações que antecedem a propositura da ação. Se por acaso for feita alguma referência expressa a atos da administração na deliberação, a pretensão não fica a eles adstrita. Assiste total razão a LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, ao destacar que, “em nenhum momento, a lei dá qualquer importância ao mérito da decisão assemblear quanto aos fatos¹²⁹, pois “será na inicial que o autor legitimado – seja ele a sociedade autorizada pela assembléia, seja qualquer acionista também por ela ancilarmente autorizado, seja ainda uma minoria habilitada por força de lei, em face da deliberação contrária da assembléia – irá exprimir a sua pretensão, demarcando as fronteiras da *res in iudicium deducta*, sem obviamente ter que se restringir aos fatos levados à apreciação da assembléia, em que houve a referida deliberação¹³⁰. Acrescenta, ainda, o Professor Titular de Direito Comercial da Universidade de São Paulo, que a descrição fática porventura contida na deliberação assemblear não exerce qualquer influência na definição da legitimidade ativa, da companhia ou do acionista: “Nem se diga que a legitimidade para agir contra os administradores apenas ocorre para apreciar os atos expressamente levados ao conhecimento da assembléia, que, à vista deles, deliberou contrária ou favoravelmente à propositura da ação. Em primeiro lugar, cumpre lembrar que a *legitimitatio ad causam* diz respeito à titularidade da ação; é a pertinência subjetiva da ação; e, na hipótese, essa se dá simplesmente quando, provocada, a assembléia autoriza ou nega a propositura da ação. É apenas isso o que *expressamente* exige o art. 159

128 LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, A prévia deliberação... In: *Pareceres*, cit., v. 1, p. 463.

129 LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, A prévia deliberação... In: *Pareceres*, cit., v. 1, p. 469.

130 LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, A prévia deliberação... In: *Pareceres*, cit., v. 1, p. 469. Afinal, como ainda lembra o mesmo autor, “é ao ser deduzida em juízo que essa pretensão se transforma em pedido, cujas linhas se consolidarão; antes de formulada em juízo, a pretensão não tem, nem pode ter, perímetro demarcado” (op. cit., p. 465).

da lei do anonimato. Em segundo lugar, seria uma restrição odiosa que essa legitimidade se instaurasse apenas e tão-somente em relação aos fatos levados ao conhecimento da assembléia. A se admitir essa idéia, estaríamos colocando nas mãos de administradores pouco escrupulosos uma poderosa arma para se furtar de responsabilidade, pois as demonstrações financeiras e as contas dos exercícios via de regra não apontam fatos; limitam-se a registrá-los¹³¹. E, concluindo, o emérito comercialista causticamente verbera: “É um despropósito, que atenta contra os mais comezinhos princípios de direito processual, sustentar que, na ação social, o autor já encontra previamente demarcado pela assembléia geral o perímetro do objeto da demanda, que pretende propor¹³². Na Itália, MASSIMO FRANZONI explica que igualmente não se exige a menção específica de todos os ilícitos imputáveis ao administrador, na deliberação assemblear, nem a eles devem-se ater os indivíduos que forem promover a ação social¹³³. De conformidade com essa orientação, cita MASSIMO FRANZONI decisão do Tribunal de Milão de 9 de novembro de 1987, em cuja motivação se afirma, outrossim, que “da deliberação assemblear não é preciso nem mesmo se inferir a existência de um dano para a sociedade, esse sendo um pressuposto para a condenação do administrador, mas não uma condição para propor a ação¹³⁴. Indo além, FRANCO BONELLI registra que a ação pode ser fundada até em fatos diversos daqueles considerados na deliberação assemblear¹³⁵. Uma ressalva merece ser feita aqui: a deliberação assemblear não delimita o conteúdo da pretensão e, portanto, não precisa apresentar narração fática exaustiva; mas daí não se deve concluir que a deliberação possa prescindir de qualquer motivação, pois, sem ela, não haveria como controlar o próprio conteúdo dos votos proferidos pelos acionistas¹³⁶. Vale dizer, é necessário que, na deliberação, seja

131 LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, A prévia deliberação assemblear... In: *Pareceres*, cit., v. 1, p. 468.

132 LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, A prévia deliberação assemblear... In: *Pareceres*, cit., v. 1, p. 470. Do mesmo autor: Ação social derivada de responsabilidade civil dos administradores. In: *Pareceres*, cit., v. 1, pp. 707-709.

133 MASSIMO FRANZONI, com efeito, explica que “na deliberação assemblear não é exigida a menção específica a todas as imputações feitas aos administradores, podendo estas ser remetidas aos administradores que irão promover a ação, os quais podem, inclusive, acrescentar outras em relação àquelas indicadas pela assembléia” (*La responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, cit., n. 22, pp. 69-70; trad. livre do Autor).

134 MASSIMO FRANZONI, *La responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, cit., n. 22, nota 207, p. 69.

135 Cf.: FRANCO BONELLI, *La responsabilità...*, cit., n. 18, pp. 172-173, e *Gli amministratori...*, cit., p. 193.

136 Em termos práticos, parece correta a posição equilibrada de ADOLF BAUMBACH e ALFRED HUECK, afirmando que “a deliberação precisa descrever concretamente a pretensão de forma satis-

feita referência aos fatos pelos quais se pretenda responsabilizar o administrador, sem o que a deliberação imotivada ficaria praticamente imune a controle jurisdicional, abrindo larga porta ao abuso da minoria¹³⁷.

Vinculação subjetiva. Bem mais complexa e controvertida do que a questão analisada no parágrafo anterior é a de definir em que medida a deliberação assemblear vincularia subjetivamente a pretensão da companhia. Poderia ela voltar-se em juízo apenas contra aquelas pessoas nominadas pela assembléia geral ou, ao revés, o autor da ação social teria a faculdade de incluir no pólo passivo algum outro indivíduo (administrador ou não)? E o que dizer das hipóteses inversas: o autor da ação social poderia deixar de incluir no pólo passivo algum administrador porventura indicado na deliberação? Por fim, no caso de a deliberação ser genérica e não designar precisamente os administradores, a ação social seria inviável? Reconhecendo a dificuldade dessas questões, exemplarmente negligenciadas pela doutrina pátria e que, mesmo no exterior, são fruto de intenso debate, procurar-se-á enfrentá-las neste estudo, de maneira sistemática. (1) *Ação social proposta apenas contra algumas das pessoas referidas na deliberação assemblear:* A indicação de vários administradores contra os quais se tenha autorizado a propositura de ação social não tem o efeito de transformá-los em litisconsortes passivos necessários. Nada obsta, por isso, que, depois de concluídos os estudos técnicos (p. ex., dos advogados e dos auditores), a companhia ou o seu substituto processual incluam no pólo passivo apenas um ou alguns deles¹³⁸. Por exemplo, porque o administrador não mais

fatória (OLG Düsseldorf GmbHHR 95, 232), ou seja, designá-la de modo a ser pelo menos identificável. Para tanto é claro que não necessita o montante da pretensão ser especificado. Também o relato dos fatos não precisa ser especificado em detalhes, até porque muitas vezes o esclarecimento apenas pode ser dado no processo ou quando de sua preparação” (*GmbH-Gesetz*, 16. Aufl. München: C. H. Beck, 1996, § 46, II, n. 41, p. 835; trad. livre do Autor).

137 É fora de dúvida que a proposta de promoção de ação social de responsabilidade civil pode encobrir hipótese de abuso da minoria, que eventualmente deseja apenas tornar impedido o administrador (*vide* ERMANNO LA MARCA, *L'abuso di potere nelle deliberazioni assembleari*, Milano: Giuffrè, 2004, pp. 224-225). Aliás, a vagueza e a indeterminação fática dos atos imputados ao administrador constituem indícios a serem considerados na análise do caráter abusivo do ato: “La pretestuosità delle accuse mosse agli organi sociali si desume già dalla mancata deduzione, nel corso dell'assemblea del 10-6-1999, di motivi specifici posti a fondamento dell'azione di responsabilità sociale (...). La deliberazione ex art. 2393 c.c. non ha, quale contenuto necessario, la dettagliata elencazione di tutti i fatti di inadempimento imputati agli amministratori e sindaci e dei danni da essi derivati: tuttavia, l'assoluta genericità degli addebiti può in sé costituire un indizio dell'abusività dell'azione” (Trib. Roma, 16-2-2000, *Rivista di diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2000, II, 424 e segs.).

138 Tal não poderá ocorrer, apenas, quando os administradores não forem, todos eles, co-responsáveis pelos danos, já que a solidariedade não os transforma em responsáveis por danos causados exclusivamente pelo outro. Bem-vista essa situação, havendo pluralidade de danos não

reside no País e a sua citação por rogatória inviabilizaria financeiramente o processo ou retiraria toda a sua eficácia, pelas dificuldades próprias da execução de sentença ou, ainda, pelos efeitos deletérios do atraso. Ou, para aqui citar mais um exemplo, porque o administrador não tem bens livres e desembaraçados para responder pela condenação, e o atraso com a inclusão de mais um litisconsorte justifica a decisão de deixá-lo de fora. Ou, por fim, porque, depois de realizados os estudos, verificou-se que não há elementos de prova suficientes para obter a sua condenação. É bastante comum, aliás, que a perfeita individualização dos agentes só venha a se tornar evidente à vista das diligências preparatórias da propositura da ação. Nada obsta, por isso, seja deixado de fora um administrador, mesmo se nominado na deliberação assemblear. É claro que, no futuro, o administrador responsável por essa opção poderá ser chamado a prestar contas de seus atos, e se ela não se conformar ao padrão de diligência (LSA, art. 153), o responsável poderá responder civilmente. Mas isso, como se vê, nada tem que ver com a questão no plano processual, no qual nenhuma mácula poderá ser detectada no processamento da ação. Esse entendimento, aliás, é igualmente assente nos tribunais estrangeiros¹³⁹. Absurdo seria

imputáveis a todos os administradores, o correto será propor ações separadas e incluir nos respectivos pólos passivos somente aqueles que tenham isoladamente legitimidade para responder pelos danos. Se os administradores A e B causaram o dano 1; e se os administradores A e C causaram o dano 2; e o administrador C causou o dano 3, é claro que: (i) o administrador C não pode responder pelos danos 1 e 2, sozinho ou em litisconsórcio com A e B; (ii) o administrador B não pode responder pelos danos 2 e 3, sozinho ou em litisconsórcio com A e C; e assim por diante. Nesse exemplo, todavia, haveria uma situação de cúmulo (indevido) de ações, porque, em matéria de litisconsórcio, segundo lembra CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, “antes de saber se duas ou mais pessoas poderão estar juntas no mesmo lado da relação processual, precisa saber se cada uma delas poderia de algum modo estar naquele processo, naquela posição” (*Litisconsórcio*, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 1996, n. 37, p. 101). Diversamente, porém, nas situações referidas no texto, estamos pressupondo a pluralidade de agentes responsáveis, todos eles pelos mesmos danos. Do contrário, será de rigor separar as pretensões para então aplicar, para cada qual, as respectivas consequências.

139 Na Itália, destaca MASSIMO FRANZONI, entende-se que os administradores responsáveis pelas diligências necessárias à propositura da ação social “podem promover contra alguns apenas dos velhos administradores – Trib. Milano, 9-11-1987, in *Jur. com.*, 1988, II, p. 969, com nota de Preite, Observações ao Trib. Milano, 9 novembro 1987 (em tema de conflito de interesses do sócio e ação social de responsabilidade); Trib. Milano, 17-10-1988, na qual se assentou que ter agido somente contra alguns não significa renunciar, livrar, anular ou de qualquer modo limitar o direito de fazer valer em relação aos outros a responsabilidade pela gestão das operações contestadas” (*La responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, cit., n. 22 e nota 208, pp. 69-70). SANDRO MERZ entende que “a ação de responsabilidade pode ser legitimamente proposta pelos novos somente contra alguns dos administradores, inclusive quando a relativa deliberação assemblear refere-se genericamente a todos os administradores, sem excluir expressamente a responsabilidade de alguns membros do conselho de administração” (*Il*

que o autor da ação fosse obrigado a realizar uma escolha sabidamente infeliz ou, o que é pior, da qual possa resultar a própria condenação (por sucumbência) da companhia. Nessa escolha, não há de antever renúncia, transação ou perdão da responsabilidade do administrador, pois, enquanto não prescrita, sempre cabe ainda efetivá-la¹⁴⁰. (2) *Ação social proposta contra as pessoas referidas na decisão assemblear juntamente com terceiro (não-administrador)*: Apesar de não referidas na deliberação assemblear, como, aliás, nem precisam ser, o autor da ação social pode – e as particularidades do caso talvez até imponham essa decisão diligente – incluir no pólo passivo terceiras pessoas que, por participarem da prática do ilícito do administrador, são solidariamente responsáveis pela reparação dos danos causados (v.g., LSA, art. 158, § 5º; e CC, art. 942). Quanto a essa possibilidade, não há nada a censurar sob os prismas processual e material, pois são terceiros não-administradores, em relação aos quais nenhuma exigência de prévia deliberação poderia ser feita. (3) *Ação social proposta contra as pessoas referidas na decisão assemblear juntamente com terceiro (administrador)*: Sem dúvida, a questão mais complexa que se apresenta ao intérprete é saber se o autor da ação social pode, *motu proprio*, incluir no pólo passivo outro administrador, diverso daqueles designados na deliberação. A favor dessa possibilidade, seria invocável então a regra de solidariedade passiva, aqui já referida. No entanto, em primeiro lugar, o recurso às regras de solidariedade *ex delicto*, para incluir administrador no pólo passivo, como se já não estivesse vinculado previamente à companhia pela relação de administração, seria construção discutível. Em segundo lugar, contra a possibilidade de incluir o administrador estranho à deliberação, seriam invocáveis as regras do art. 159, *caput* e § 2º, da Lei das S/A, a primeira a exigir a prévia deliberação e a segunda a tornar impedido aquele contra o qual se tenha deliberado propor a ação (“o administrador ou administradores contra os quais deva ser proposta a ação”), tudo indicando pela indispensabilidade daquela deliberação. Além disso, se se admitir a iniciativa contra o administrador preterido na deliberação, ter-se-ia a (pelo menos) estranhável situação em que o indivíduo, ao mesmo tempo em que exerce a função de administrador, está sendo processado pela própria companhia (isso até pode ocorrer, no caso das ações *ut singuli*, mas, processualmente, nesses casos é o acionista quem figura como autor, e

codice pratico delle società, cit., p. 372; trad. livre do Autor). Com igual registro, GIANCARLO FRÉ e GIUSEPPE SBISÀ entendem que “a ação pode ser proposta contra todos os administradores ou contra alguns (inclusive se foi deliberada contra todo o conselho de administração) ou também contra um só deles” (*Società per azioni*, cit., t. 1, pp. 853-854; trad. livre do Autor). Ainda na mesma linha: FRANCO BONELLI, *La responsabilità...*, cit., n. 18, p. 171, e *Gli amministratori...*, cit., nota 261, p. 193.

140 Cf.: FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...*, cit., nota 261, p. 193.

não a companhia). Ademais, se nesse caso não houver vinculação ao conteúdo da deliberação, como seria possível controlar a iniciativa do acionista quando da propositura de ação *ut singuli*, em qualquer de suas modalidades, e obstar possa ele dirigi-la contra quem bem entender? Entendemos, em suma, que, ainda que seja viável incluir no pólo passivo da ação qualquer terceiro não referido na deliberação, não o é a inclusão de administrador contra o qual a companhia tenha deixado de se reportar no ato colegial. E se, ainda assim, o administrador for incluído? O juiz deverá proceder à redução subjetiva da relação processual, excluindo-o da lide. Salvo, é claro, se houver deliberação assemblear aditiva (por sugestão de acionista ou da própria administração) autorizando que também contra o administrador, preterido na anterior deliberação, a ação social venha a ser proposta. De rigor, em semelhante hipótese, a observância ao procedimento referido no art. 159, § 2º, da Lei das S/A (impedimento e substituição). (4) *Ação social proposta com base em deliberação assemblear genérica (sem designação nominal de administrador)*: Se a assembleia geral deliberar propor a ação contra os administradores (diretores ou membros do conselho de administração), sem designar nominalmente os seus titulares, a conclusão a ser extraída não é a de que a ação social seria inviável por indeterminação subjetiva (como assim foi decidido pelo TJRJ¹⁴¹), mas, pelo contrário, o

141 Em sentido contrário (entendendo que a deliberação circunscreve subjetivamente a pretensão): “A ação para responsabilizar os diretores da sociedade anônima há de ser proposta após a deliberação da Assembleia Geral onde resolva aquele órgão sua propositura contra aqueles que tenha como causadores de dano ao patrimônio social. Se a resolução da Assembleia é genérica, nela não se apontando especificada e designadamente os diretores a serem responsabilizados, falece à diretoria legitimação para, fazendo por ato próprio a indicação, ajuizar a ação contra esses e dela excluir outros” (TJRJ, AI s/n, 8ª CC, Rel. Des. FERNANDO CELSO GUIMARÃES, v. u., j. 24-8-1993, RJTJRJ 20/269), constando do voto do Relator: “Por isso mesmo e em perfeita harmonia com o *caput*, o § 2º alude ao administrador ou administradores contra os quais deverá ser proposta a ação, deixando extreme de dúvida que a assembleia geral deverá deliberar não só quanto ao ajuizamento da ação, como também decidir sobre quais os administradores que deverão ser acionados. É só ler e reler a primeira parte do § 2º: o administrador ou administradores contra os quais deve ser proposta a ação. Vale dizer, a assembleia geral indicará quais serão esses administradores. De notar-se para robustecer essa interpretação que o parágrafo, no final, impõe imediato impedimento dos administradores apontados e a sua substituição na mesma assembleia. Desenganadamente, pois, a assembleia geral a quem cabe autorizar ou deliberar sobre a propositura da ação deve: a) apontar o diretor ou diretores que devam ser responsabilizados e, conseqüentemente, acionados; b) declará-los impedidos; c) ato contínuo escolher outros nomes para substituir os impedidos. Daí resulta que não cabe à administração posterior escolher aqueles diretores que devam ser responsabilizados, senão fazer cumprir a deliberação assemblear, acionando aqueles nominalmente designados para responder. Se não há deliberação específica a respeito, se a assembleia geral omitiu-se em deliberar sobre qual ou quais diretores deviam responder e, pois, ser acionados, então falta à companhia legitimidade para agir em juízo, pois a escolha do réu ou réus não pode ser deixada ao alvedrio de outros diretores”.

que se há de entender é que a assembléia autorizou a propositura de ação contra todos os administradores, sem exceções; portanto, o autor da ação poderá agir contra um, algum ou todos os administradores, atendidas as regras especificadas na hipótese (1) *supra*. Ainda nessa hipótese de deliberação genérica, também é de rigor entender que houve impedimento (a impor a substituição) de todos os administradores, sem distinção. Em suma: a ação social pode ser proposta contra os administradores nominalmente designados na deliberação ou contra todos eles, se não houve especificação; pode o autor da ação social deixar de fora um ou alguns dos administradores, desde que os preteridos sejam litisconsortes passivos facultativos (co-devedor) e os que forem incluídos no pólo passivo tenham legitimidade para responder isoladamente pelos atos increpados; e, por fim, pode-se livremente incluir terceiro co-responsável. O que não é possível é dirigir a ação social contra administrador contra o qual não tenha havido a prévia deliberação assemblear, apesar de, nesse caso, em se verificando posteriormente pelos resultados das diligências preparatórias que o preterido é igualmente responsável pelos atos, nada impeça que a assembléia volte a se reunir e decida, em outro conclave, por processá-lo. Qualquer que seja a construção, porém, é claro que os riscos de desmandos e abusos sempre existirão, mas, a contrabalançá-los, há as regras de responsabilidade dos novos administradores pela própria escolha e, ademais, há ainda a responsabilidade do acionista controlador, porventura responsável indireto pela decisão tomada pelos novos administradores. O que não é possível é construir soluções tirando a patologia de seu nicho próprio: de exceção, e não de regra.

7.3.1.4.3 Protraição: recusa à deliberação ou deliberação declinatória

Adiamento da deliberação: apuração dos fatos. Em vez de aprovar ou rejeitar a proposta de promoção de ação social contra o administrador, poderão os acionistas deliberar relegar a apreciação da proposta para subseqüente assembléia geral a ser convocada. Essa deliberação não tem em si conteúdo negativo, pois representa efetiva recusa à deliberação (deliberação declinatória); *deliberar não deliberar* não significa rejeitar a proposta submetida à análise da assembléia geral¹⁴², mas somente que ela não foi apreciada. Não raras vezes, os acionistas podem entender que o assunto não se encontra devidamente esclarecido e, antes de tomar uma decisão açodada sobre assunto tão importante, optar por contratar empresa de auditoria, para realizar as averiguações prévias e emitir parecer, providência essa teoricamente legítima. Se a assembléia assim

decidir encaminhar o tema, no entretempo os administradores não estarão impedidos de continuar no exercício dos cargos, salvo, é claro, se preventivamente for deliberado pelos acionistas o afastamento daqueles sobre os quais recaem as suspeitas¹⁴³.

Adiamento da deliberação: abuso do controlador. O adiamento da análise da proposta de responsabilização dos administradores constitui teoricamente providência legítima. Mas poderá, também, encobrir o abuso da maioria interessada em impedir a responsabilização dos administradores, pois, sem a aprovação ou rejeição da proposta, nem a companhia nem os acionistas, como substitutos processuais, poderão agir. A recusa à deliberação, nesse sentido, constitui a fórmula perfeita para a perpetuação da impunidade dos administradores pela maioria obstrucionista¹⁴⁴. Pois bem: nesse caso, qual seria o remédio utilizável pela minoria, prejudicada pelos desmandos da maioria? Num caso concreto, à vista de semelhante situação, em que a assembléia geral dos acionistas em sucessivas ocasiões não decidiu nem contrária nem favoravelmente à propositura da ação social, limitando-se sucessivamente a relegar a apreciação da matéria para subseqüentes conclaves, os minoritários decidiram propor imediatamente a ação social e, ao serem confrontados com a alegação de que a matéria não haveria sido deliberada em assembléia, argumentaram que, na essência, os sucessivos adiamentos constituiriam uma implícita deliberação negativa, a legitimar pudessem atuar como substitutos processuais. Por maioria de votos, o TJRS acolheu a tese¹⁴⁵, aplaudida por NELSON EIZIRIK¹⁴⁶. Conquanto no caso concreto a solução pudesse até se revelar

143 Cf.: FÁBIO ULHOA COELHO, *A natureza subjetiva...*, cit., p. 24.

144 Esse é um caso evidente de obstrucionismo nas sociedades anônimas. Por isso, não se pode concordar com WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, quando, de forma pouco realista, afirmava que "o obstrucionismo não constitui aspecto relevante no que diz respeito às sociedades anônimas" (*Direito processual societário*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1989, n. 2.1.1.2, p. 183).

145 Cf.: "A ação de responsabilidade civil dos administradores, que cabe à companhia, passa aos acionistas que detêm 5% do capital se a assembléia geral delibera pela sua não promoção (art. 159, § 4º, da LSA). Compreendem-se como negativa da assembléia geral as deliberações evasivas, manifestamente protelatórias, certo que a maioria não pretende permitir em concreto qualquer responsabilidade, nem eventual instauração de procedimento judicial, nenhum (*sic*) seriam os direitos essenciais dos sócios e os da minoria, se não podem cuidar sequer de apurar fatos graves apontados" (TJRS, AI 31.353, 4º CC, Rel. Juiz MILTON DOS SANTOS MARTINS, m. v., j. 8-11-1978, JB 64/236). O prolator do voto vencido entendeu indispensável a negativa expressa.

146 Cf.: NELSON EIZIRIK, *Responsabilidade civil e administrativa do diretor de companhia aberta*, RDM 56/56. Indo além, MODESTO CARVALHOSA sustenta que a deliberação seria dispensável no caso de recusa em apreciar a matéria ou, inclusive, na hipótese de não-inclusão da matéria na ordem do dia. Afirma, por isso, que a ação *ut singuli* "pode ter como pressuposto a não deliberação da assembléia sobre tal proposta, ou seja, a recusa da assembléia de deliberar a respeito

142 A deliberação declinatória ou recusa à deliberação não constitui deliberação negativa (rejeição de proposta). WALDIRIO BULGARELLI, em parecer, apreciou a questão consistente em saber se "deliberação não deliberar é deliberar" (cf.: *Deliberar não deliberar é deliberar?* In: *Questões de direito societário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, pp. 83-93, e *Regime jurídico da pro- teção às minorias nas S/A*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 357-373).

justa e correta, é bem ver que, para esse problema, a Lei das S/A contempla outras soluções: a responsabilização civil do acionista controlador, que com o seu voto impede a apuração (e, *a fortiori*, a efetivação) de irregularidades cometidas pela administração (LSA, art. 117, § 1º, g) e, em situações excepcionalíssimas, a eventual anulação da deliberação assemblear declinatória cumulada com o pedido declaratório positivo, se o adiamento tiver resultado de decisão tomada com o voto decisivo de acionistas impedidos de votar a matéria. O problema na solução do tribunal gaúcho é dar margem ao próprio abuso da minoria em prejuízo da maioria (pois a ação mal-instruída da minoria poderá redundar em prejuízo da própria companhia, inviabilizando a reparação do dano social), sem se aludir à vagueza na determinação de um critério seguro: quantos adiamentos seriam necessários para configurar essa deliberação implícita? Na realidade, toda essa problemática poderia ser superada se o legislador pátrio eliminasse a exigência de prévia deliberação ou se previsse a legitimação extraordinária dos acionistas, no caso de a assembléia geral não analisar a matéria, a pedido de acionista, dentro de certo prazo fixado em lei.

7.3.2 Inserção de restrições e condicionamentos estatutários

Ilegalidade das restrições ou condicionamentos estatutários. Os estatutos não podem introduzir restrições ou condicionamentos para o exercício da ação social, além daqueles previstos em lei¹⁴⁷. Na vigência de nossas leis acionárias anteriores, certos autores chegaram a sustentar a validade dessas restrições¹⁴⁸. Mas, segundo corretamente observou TULLIO ASCARELLI, em lição

to. Nesse caso, o acionista poderá agir diretamente contra os administradores. 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 a deliberação a respeito” (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, cit., v. 3, p. 380).

147 Cf.: No mesmo sentido: J. C. SAMPAIO DE LACERDA, *Manual das sociedades por ações*, 3. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1974, n. 261, p. 160; JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, *Responsabilidade...*, cit., p. 80; P. R. TAVARES PAES, *Responsabilidade dos administradores de sociedades*, cit., n. 22, p. 60; MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, p. 390; e WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, *Direito processual societário*, cit., n. 2.1.1.7, p. 135, e *Comentários...*, cit., v. 2, p. 717.

148 Nesse sentido, *vide*: SPENCER VAMPRE, *Tratado elementar de direito comercial*, cit., v. 2, p. 289; e ROBERTO BOVE, *Responsabilidade dos gestores das sociedades anônimas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1958, n. 76, p. 61. O STF decidiu que “se não resulta de dispositivo exposto, também não nega vigência a qualquer disposição federal o acórdão que subordina à prévia autorização da assembléia geral a ação contra diretor da sociedade anônima, por atos lesivos contra esta” (STF, RE 75.884-GB, 1ª T., Rel. ALIOMAR BALEEIRO, v.u., j. 18-6-1973, RTJ 66/586).

que continua perfeitamente aplicável à lei atual, “no direito brasileiro deve-se negar, já à vista do art. 78 do DL n. 2.627 e do seu parágrafo único, serem lícitas cláusulas estatutárias que visem limitar a responsabilidade dos diretores ou ditar prazos de decadência ou encurtar os prazos de prescrição quanto ao exercício da ação por parte da sociedade ou do acionista ou subordinar a ação do acionista – no exercício da ação social – à prévia deliberação da assembléia ou a uma prévia comunicação a esta (‘clause prohibitive’ e ‘clause d’avis’, consoante a jurisprudência francesa), embora a cláusula respeite apenas à hipótese em que o ilícito dos diretores não constituir crime”¹⁴⁹. O art. 78 e seu parágrafo único, do Decreto-lei n. 2.627/40, correspondem ao art. 109 e seu § 2º, da vigente Lei das S/A. A leitura do art. 159, *caput* e respectivos parágrafos, da lei vigente é por si só suficiente para destacar o caráter imperativo de seus comandos, a tornar inválida qualquer disposição estatutária que tenha por objetivo impedir ou condicionar a efetivação da responsabilidade do administrador. Assim o é também noutros países¹⁵⁰. Portanto, não é possível majorar o quórum de deliberação (como visto no subitem 7.3.1.2.1) nem inserir qualquer espécie de limitação estatutária à efetivação da responsabilidade civil do administrador¹⁵¹.

Ilegalidade do pacto de não-promoção da ação de responsabilidade civil contra antigo administrador. São nulos de pleno direito, por infringirem lei imperativa e por estarem viciados por conflito de interesses, os pactos pelos quais os adquirentes de ações ou os atuais acionistas se comprometem a não propor

149 TULLIO ASCARELLI, Responsabilidade dos diretores para com terceiros. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, cit., nota 8, p. 523.

150 Há regras expressas declarando a invalidade das restrições estatutárias: (i) no art. 74º, n. 1º do CSC de Portugal (cf.: NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anônima*, cit., n. 6.2.4.1, p. 95); e (ii) no art. L. 225-253 do CCom fr. (cf.: GEORGES RIPERT e RENÉ ROBLOT, *Traité de droit commercial*, cit., t. 1, n. 1.376, p. 1.052; MAURICE COZIAN e ALAIN VIAUDIER, *Droit des sociétés*, cit., n. 361, p. 166; JOSEPH HAMEL, GASTON LAGARDE e ALFRED JAUFFRET, *Droit commercial*, cit., t. 1, v. 1, n. 664, p. 412; YVES GUYON, *Droit des affaires*, cit., n. 462, p. 505; e PAUL LE CANNU, *Droit des sociétés*, cit., n. 480, p. 286). Na Alemanha, quando admitido o exercício da *actio pro socio* (fora do direito acionário, advirta-se, desde já), entende-se também que “os sócios que representarem a maioria do capital não podem impedir por meio de uma decisão majoritária o exercício da *actio pro socio*” (KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl. Köln: Carl Heymanns, 2002, § 21, IV, p. 638; trad. livre do Autor). No mesmo sentido: ADOLF BAUMBACH e ALFRED HUECK, *GmbH-Gesetz*, 16. Aufl. München: C. H. Beck, 1996, § 13, IV, n. 33, p. 187.

151 Na proposta de 5ª Diretiva do Conselho das Comunidades Europeias a matéria está a receber o mesmo tratamento, seja em relação ao quórum (art. 15, 2), seja no tocante à inadmissibilidade de condicionamentos (art. 17) (*vide*: ANTONIO MENEZES CORDEIRO, *Direito europeu das sociedades*, cit., p. 689).

ação de responsabilidade civil contra antigos administradores¹⁵². Embora essas estipulações possam amiúde aparecer em contratos de compra e venda de ações e, sobretudo, de ações de controle, são, porém, inválidas.

7.3.3 Espécies de ações sociais de responsabilidade

Ações sociais reguladas na Lei das S/A. A vigente Lei das S/A faz referência a três modalidades distintas de exercício da ação social: (1) a ação social *ut universi* (LSA, art. 159, *caput*); (2) a ação social *ut singuli* substitutiva ou por substituição processual derivada, que poderá ser proposta por qualquer acionista, em nome próprio, quando a companhia deixar de fazê-lo dentro do prazo de 3 (três) meses contados da deliberação assemblear que a aprovar (LSA, art. 159, § 3º); e (3) a ação social *ut singuli* derivada ou por substituição processual originária, movida por acionista ou grupo de acionistas titular de ações representativas de pelo menos 5% (cinco por cento) do capital social, na hipótese em que a assembléia geral deliberar não promovê-la (LSA, art. 159, § 4º). Além delas, a Lei de Recuperação de Empresas e Falência (Lei n. 11.101/2005) ainda contempla (4) a ação social falimentar (LRF, art. 82). Não existe, no direito brasileiro, previsão para o exercício de ação social sub-rogatória por credores. Nos itens seguintes analisar-se-á cada uma delas, mas vale, desde já, registrar que, em todas as hipóteses, a pretensão exercitável será sempre a mesma¹⁵³; o que pode variar é a parte ativa processual e as condições para a legitimação do autor. Portanto, em todas elas: (a) a propositura de ação social dependerá da existência de prévia deliberação assemblear; (b) o prazo prescricional para o exercício da pretensão será sempre o mesmo; (c) o montante da condenação reverterá sempre a favor da sociedade, ainda quando proposta por substituto processual; e (d) o foro competente será sempre o mesmo – exceção feita à ação social falimentar, para a qual prevalecem regras diversas (não é

necessária a prévia deliberação, o prazo prescricional é diverso e o foro competente é o próprio do juízo da falência).

Origem. Os qualificativos *ut universi* e *ut singuli*, para designarem respectivamente a ação social proposta em nome da sociedade ou do acionista, por substituição processual daquela, são correntes nas doutrinas, nacional e estrangeira, e as suas origens, aparentemente, estariam em duas decisões da Corte de Apelação de Paris, de 20 de janeiro de 1883 e de 6 de maio de 1885, que as teriam empregado pioneiramente e que, depois, ganharam ampla aceitação¹⁵⁴. Contudo, e não por razões desconectadas do amplo desenvolvimento industrial e capitalista, foi no direito norte-americano que as ações sociais encontraram o seu campo fértil e onde são conhecidas por ações diretas e ações derivadas (*derivative suits*). A ação derivada teria sido admitida no direito norte-americano a partir de uma decisão de 1855 da Suprema Corte, no caso “Dodge v. Woolsey”¹⁵⁵.

7.3.3.1 Ação social “ut universi” (companhia)

Visão geral. A ação proposta contra os administradores pela própria sociedade, tendo por fim a reparação de dano diretamente experimentado em seu patrimônio (LSA, art. 159, *caput*), é designada em doutrina por ação social *ut universi*. Salvo nos casos de falência ou em que o controle da companhia é vendido a novo grupo – que, por isso, passa a ter interesse próprio na recomposição do patrimônio social –, não é usual que a própria companhia venha a processar os seus antigos administradores, pois, de certa forma, isso representa um reconhecimento por parte do controlador de que errou ao escolher pessoa inábil ou desonesta para administrar os negócios¹⁵⁶. A ação social *ut universi* não representa, por isso, um instrumento efetivo de proteção da minoria.

152 Cf.: FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...*, cit., p. 198 (com indicação jurisprudencial).

153 A observação é de LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES: “Seja a ação social promovida *uti universi* ou *uti singuli*, ou seja, ainda a ação social *uti singuli* proposta em virtude da inação dos administradores, ou por ação de uma minoria qualificada, trata-se sempre da mesma e idêntica ação social, variando apenas a titularidade da iniciativa processual. Pois uma ação é idêntica a outra, conforme dispõe o Código de Processo Civil, quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido (art. 301, § 2º). Ora, é o que ocorre na espécie. A *causa petendi* é a mesma: o prejuízo causado ao patrimônio social por fatos imputáveis aos administradores, subordinados à reparação nas condições previstas no art. 158 da lei do anonimato. Aí se configuram o fato e o fundamento do pedido (CPC, art. 282, III). Idêntico é também o *petitum*: a indenização respectiva, devida sempre à companhia (CPC, art. 282, IV)” (A prévia deliberação assemblear... In: *Pareceres*, cit., v. 1, pp. 463-464.). Na realidade, trata-se em tese da mesma pretensão.

154 Cf.: P. R. TAVARES PAES, *Responsabilidade dos administradores de sociedades*, cit., n. 21, pp. 57-58; e CRISTIANO GRAEFF JR., *Compêndio...*, cit., p. 248.

155 DODGE V. WOOLSEY, 18. How. 331, 15 L.Ed. 401 (1855). Vide: MELVIN ARON EISENBERG, *Corporations and other business organizations: cases and materials*, cit., p. 641; e NELSON EIZIRIK, *Inexistência...* In: *Aspectos modernos...*, cit., p. 70.

156 Sobre o ponto: ALBERTO TOFFOLETTO, *Diritto delle società: manuale breve* (obra coletiva), 2. ed., Milano: Giuffrè, 2005, § 97, p. 227; FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...*, cit., p. 194, e *La responsabilità...*, cit., n. 18, pp. 158-160 (afirmando: “è illusorio pensare que la maggioranza assembleare, che sceglie, nomina e sostiene, quando anche non si identifica con, gli amministratori, possa realmente essere il mezzo attraverso il quale si possano evitare e reprimere gli illeciti degli amministratori e si possa efficacemente assicurare una gestione corretta e diligente”); e BEN PETTET, *Company law*, 2nd ed., Harlow: Pearson Longman, 2005, n. 9.2, p. 162.

7.3.3.2 Ação social "ut singuli" (ação social dos sócios)

Introdução. Diz-se que a ação social é *ut singuli* (conhecida por ação social dos sócios¹⁵⁷) quando, em vez de a própria sociedade figurar no pólo ativo da ação, é o acionista ou grupo de acionistas quem, na condição de substituto processual, propõe a ação em nome próprio, buscando a condenação do administrador a recompor o dano experimentado pela própria companhia, a quem reverterem os resultados positivos da ação.

Substituição processual como remédio contra a inércia. A ação social *ut singuli* é marcada pela presença do instituto da substituição processual. Trata-se de um poderoso mecanismo para tentar contornar a inércia da administração em promover a ação, quando ela é aceita, ou os conluíus entre os acionistas, para postergá-la¹⁵⁸. MAURICE COZIAN e ALAIN VIANDIER anotam que "les intérêts sont rarement enclins à tresser la corde qui servira à les pendre; le débat de conscience, s'il existe est facilement tranché en cas de relêve des dirigeants sociaux, le successeur n'ayant aucune raison d'épargner son prédécesseur; restent les hypothèses, fréquentes, où les dirigeants sont demeurés en place malgré le préjudice causé à la société. Comment assurer alors la défense du patrimoine social? La réponse est fournie par l'action sociale *ut singuli*, c'est-à-dire l'action sociale intentée par les actionnaires eux-mêmes, (...) pour le compte de la société"¹⁵⁹. Diz-se, por isso, que a ação social *ut singuli* constitui um "braço vingador da sociedade" (*bras vengeur de la société*)¹⁶⁰.

Objeto da ação. Por meio da ação social *ut singuli*, o acionista não busca unicamente a reparação da quota-parte do prejuízo da sociedade, proporcional à sua participação no capital social; o que se pede, concretamente, é a reparação de todo o prejuízo experimentado pela sociedade¹⁶¹. Ao final do processo, os

resultados da condenação cabem à companhia¹⁶². Note-se que ela participa exclusivamente do resultado positivo da ação; se o acionista decair em seu pedido, para ela não há qualquer ônus financeiro. As ações sociais *ut singuli*, tal como atualmente concebidas, são, por isso, raras, pois nem sempre é fácil encontrar acionista que, sem mirar qualquer ganho adicional, esteja disposto a custear o processo¹⁶³. Para contornar esse inconveniente, na Inglaterra o tribunal tem o poder de ordenar que os custos do processo sejam, em dadas circunstâncias, suportados pela própria companhia (*Wallersteiner v. Moir*)¹⁶⁴. Na Alemanha (Ak + G § 147(2)) há remédio análogo. Mas, no direito brasileiro, não há nada semelhante e, por isso, na prática, o mais comum é o acionista simplesmente esquecer o passado e salvaguardar o futuro, vendendo as suas ações...

Defesas e exceções oponíveis. Na ação social *ut singuli*, o administrador (réu) pode invocar todas as exceções pessoais que teria contra a própria companhia¹⁶⁵ e, de modo inverso, não pode pretender se prevalecer de defesa eventualmente oponível ao acionista.

Modalidades. A Lei das S/A, segundo assinalado, contempla duas espécies distintas de ação social *ut singuli*: a substitutiva (ou por substituição pro-

reparação de todo o dano sofrido pela sociedade, beneficiária de toda a indenização (art. 245). Com tal providência, diz BERDAH, o legislador preferiu restaurar a verdadeira função da ação social exercida a título individual. Esse é o sistema da lei brasileira, tanto no caso do § 3º quanto no caso do § 4º do art. 159 da Lei 6.404" (*Responsabilidade...*, cit., p. 83).

162 Cf.: PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, cit., t. 50, § 5.332, p. 409; M. NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anônima*, cit., n. 6.2.4.1., p. 96; ALFREDO LAMY FILHO e JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA, *A Lei das S.A.*, cit., p. 600; e JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, *Responsabilidade...*, cit., p. 82.

163 Valem, no particular, as agudas observações de MAURO RODRIGUES PENTEADO: "Convenhamos que, nesses termos, a tutela é por demais precária por reclamar raro aguerrimento e, mesmo, substancial disponibilidade econômica do acionista prejudicado, para desencadear uma batalha judicial da qual os administradores e o acionista controlador soem participar lançando mão de recursos da própria empresa" (*Dissolução e liquidação de sociedades*, Distrito Federal: Brasília Jurídica, 1995, n. 70, p. 177).

164 A partir do precedente fixado no julgado *Wallersteiner v. Moir* de 1975 [1975] QB 373, os tribunais ingleses passaram a ter o poder de ordenar que os custos do litígio sejam suportados pela sociedade, qualquer que seja a decisão final da causa, contanto que o acionista esteja de boa-fé e que a sua iniciativa em promover individualmente a ação social aparente seja do interesse da sociedade. Essa medida será normalmente pedida pelo acionista ao início do litígio, mas também poderá sê-lo apenas ao final (sobre o ponto, vide: BEN PETTET, *Company law*, cit., n. 12.6, pp. 220-221).

165 M. NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anônima*, cit., n. 6.2.4.1, p. 96.

157 FRAN MARTINS, Prescrição de ação de responsabilidade civil... In: *Novos estudos...*, cit., p. 160.

158 Cf.: ALFREDO LAMY FILHO e JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA, *A Lei das S.A.*, cit., p. 599; JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA, *Direito societário*, 8. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, n. 164, p. 426; e TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedade por ações*, cit., v. 2, n. 643, p. 329.

159 MAURICE COZIAN e ALAIN VIANDIER, *Droit des sociétés*, cit., n. 746-747, pp. 249-250. Com semelhante registro: PAUL LE CANNU, *Droit des sociétés*, cit., n. 479-480, pp. 285-286.

160 ESTELLE SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés: droits français et anglais*, Paris: LGDJ, 1998, n. 295, p. 170.

161 O registro tem razão de ser, porquanto, como lembra JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, "no direito francês, anterior à lei de 1966, a jurisprudência se orientava no sentido contrário, ou seja, desautorizando a indenização integral dos prejuízos sofridos pela sociedade, na hipótese de ações sociais promovidas por acionistas contra administradores faltosos, muito embora tais acionistas tivessem requerido a consignação do produto indenizatório à própria sociedade. Na nova lei de 1966, no entanto, explicitou-se que os acionistas estariam habilitados a exigir a

cessual derivada), e derivada (ou por substituição processual originária), reguladas, respectivamente, nos §§ 3º e 4º do art. 159 da Lei das S/A¹⁶⁶, e a seguir estudadas.

7.3.3.2.1 Ação social “ut singuli” (por substituição processual derivada) ou ação social substitutiva

Introdução. A primeira hipótese de ação social *ut singuli* é aquela proposta por acionista, depois de escoado o prazo de precedência assegurado à companhia. Na lei acionária anterior, o prazo era de 6 (seis) meses¹⁶⁷; na vigente, passou a ser de 3 (três) meses. Pretendeu o legislador, com isso, evitar os conluíus da maioria e proteger o acionista de eventual desídia ou complacência dos novos diretores para com os seus antecessores.

Não se exige quórum mínimo. A referida ação social *ut singuli* poderá ser proposta por qualquer acionista, sem exigir a lei acionária percentual acionário mínimo, pois, nessa situação, o que sobreleva considerar “não é bem o seu interesse particular, de valor insignificante até, se apenas uma ação possuir, que entra a defender, mas o geral ou coletivo, ou seja, o interesse social”¹⁶⁸.

Prazo de precedência: contagem e efeitos de seu decurso. O prazo de 3 (três) meses fixados no art. 159, § 3º, da Lei das S/A é simples prazo de preferência ou prioridade, e não de prescrição¹⁶⁹ e muito menos de decadência. “O prazo de que se trata”, assinalava PONTES DE MIRANDA, “não é preclusivo da

legitimação ativa da sociedade por ações. É prazo para que nasça a legitimação ativa de qualquer acionista”¹⁷⁰. Por essa razão, o transcurso do trimestre outro efeito não tem senão autorizar possam os acionistas ingressar com a ação sem que, para tanto, tenham de solicitar qualquer autorização para a companhia¹⁷¹. Nada obsta que a própria companhia venha a propor a ação, depois de passados 3 (três) meses (ação social *ut universi*), embora, nessa hipótese, o substituto poderá tê-lo feito anteriormente e, assim, operar-se a litispendência¹⁷². O prazo legal conta-se a partir da própria assembléia, e não a partir da publicação de sua ata¹⁷³ – como ordinariamente ocorre com o prazo decadencial para a propositura de ação anulatória de deliberação. É razoável entender, com GIL COSTA CARVALHO, que, se, em vez de propor a ação social de responsabilidade

166 ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO entende que apenas a ação social exercitável pelo sócio isoladamente seria verdadeira ação *ut singuli*; a proponível por minorias “e a que, por vezes, se chama também ação *ut singuli*” seria “uma ação social *ut singuli* imprópria” (*Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lisboa: Lex, 1997, § 6, p. 109).

167 Na Argentina também se prevê o mesmo prazo de 3 (três) meses (LSC, art. 277). Em Portugal, o prazo de precedência e de abertura de legitimação extraordinária aos acionistas é de 6 (seis) meses (CSC, art. 75º, n. 1). Na Alemanha, a ação social deve ser proposta em idêntico prazo (AktG, § 147), mas não há previsão da ação *ut singuli*; o remédio é outro. Por fim, na Suíça, o mesmo prazo prevalece para balizar o exercício da ação social após a outorga do quitus (OR, art. 758, 2).

168 WALDEMAR MARTINS FERREIRA, *Compêndio de sociedades mercantis*, 2. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, v. 3, § 78, p. 203.

169 Cf.: “O prazo previsto no art. 159, § 3º, da Lei n. 6.404, de 15-12-1976, não se refere à prescrição do direito de propor a ação, tratando-se de prazo, ou para propositura de ação de responsabilidade contra diretores, por parte da sociedade anônima, ou de legitimação concorrente de acionista, se a ação não for proposta por aquela, no prazo de três meses” (TJSP, Ap. 23.534-4, 8ª Câmara. Dir. Priv., Rel. Des. ANTÔNIO RODRIGUEZ, v.u., j. 18-12-1996). No mesmo sentido, ainda: TARJ, Ap. 9.777/78, 3ª CC, Rel. Juiz SÉRGIO MARIANO, m.v., j. 19-10-1978, JB 64/193.

170 PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, cit., t. 50, § 5.332, p. 409. No mesmo sentido (prazo não é preclusivo): EGBERTO LACERDA TEIXEIRA e JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, São Paulo: José Bushatsky, 1979, v. 2, § 25, n. 162, p. 479; JOSÉ WALDECY LUCENA, *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*, Rio de Janeiro: Renovar, p. 361; MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, cit., v. 3, p. 376; OSCAR BARRETO FILHO, *Medidas judiciais...*, cit., p. 17; OSMAR BRINA CORRÊA-LIMA, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima*, Rio de Janeiro: Aide, 1989, p. 113; P. R. TAVARES PAES, *Responsabilidade dos administradores de sociedades*, cit., n. 22, p. 59; SYLVIO MARCONDES, *Problemas de direito mercantil*, São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 245; TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedade por ações*, cit., v. 2, n. 644, p. 330; LUCIOLA FABRETE LOPES NERILO, *Responsabilidade civil...*, cit., n. 3.5.1, p. 173; e GIL COSTA CARVALHO, *Comentários à Lei das Sociedades por Ações*, cit., p. 495.

171 J. C. SAMPAIO DE LACERDA era enfático: “A ação proposta pelo acionista, neste caso, independe de autorização da diretoria, do conselho de administração ou da assembléia” (*Comentários...*, cit., v. 3, p. 211).

172 O TJSP entendeu que, proposta a ação social *ut singuli* antes de decorrido o prazo de precedência, deve-se considerar sanado o vício por aplicação da regra do art. 462 do CPC, se, durante esse intervalo, a própria companhia não propôs a ação (cf.: TJSP, Ap. 12.795-1, 5ª CC, Rel. Des. NOGUEIRA GARCEZ, v.u., j. 4-6-1981, *RJTJESP* 74/184). A *contrario sensu*, parece legítimo e, sem dúvida, jurídico, extrair a lógica inferência de que, se a ação social *ut singuli* for proposta antes do prazo de que trata o art. 159, § 3º, da Lei das S/A, continuará intacta a possibilidade de a companhia iniciá-la no período dentro do qual a lei lhe assegurou absoluta precedência; se assim o fizer, a demanda que em juízo haverá de ser extinta, acaso se verifique a hipótese de litispendência (e não de continência ou conexão) será, sempre e sempre, a do afoito acionista, e jamais a da sociedade, mesmo que aquela demanda tenha precedido esta; até mesmo porque, a entender-se de outra forma, estar-se-ia escancarando as portas da Justiça para a fraude processual e transformando a legitimação ativa *ad causam* do acionista – que, nesta hipótese, é inegavelmente extraordinária, concorrente e subsidiária – em incompreensível legitimação extraordinária exclusiva... contra o texto expresso da lei.

173 Cf. (o prazo de precedência conta-se a partir da data da assembléia e não do arquivamento e publicação da respectiva ata): WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, *Comentários...*, cit., v. 2, p. 724.

civil, a companhia ajuizar, ainda dentro do prazo legal, alguma medida cautelar de cunho preparatório, não será possível cogitar da sua inércia e, portanto, também não haverá como admitir a iniciativa substitutiva do acionista¹⁷⁴.

Presunção absoluta de que o acionista atua em prol da companhia. Nesse caso da ação social *ut singuli* (= ação social por substituição processual derivada ou ação social substitutiva), houve uma precedente deliberação assemblear favorável à propositura da medida contra os administradores. A sociedade expressou a sua vontade de fazê-lo, ainda que, por outra razão qualquer, não o tenha feito dentro do prazo fixado na lei acionária. Ainda assim, vige a presunção absoluta de que o acionista, atuando como substituto processual, age verdadeiramente em conformidade com o interesse social: não há dissonância entre a propositura da ação social, de um lado, e o interesse social expresso pela maioria social¹⁷⁵, de outro.

Tutela do minoritário? Pelos mesmos motivos assinalados anteriormente para a ação social *ut universi*, a ação social de que estamos aqui a tratar é *avis rara* em nossos tribunais, já que a deliberação assemblear positiva é algo que dificilmente se detecta na prática societária.

7.3.3.2.2 Ação social “ut singuli” (por substituição processual originária) ou ação social derivada

Previsão legal. A segunda hipótese de ação social *ut singuli* no direito acionário brasileiro é a da ação proposta por acionistas que representem pelo menos 5% (cinco por cento) do capital social, quando a assembléia geral delibera não propor ação social em nome da companhia (LSA, art. 159, § 4º)¹⁷⁶. Essa ação social corresponde à verdadeira ação social minoritária ou ação social derivada de outros países¹⁷⁷. Cuida-se, aqui sim, de instrumento de tutela do

acionista minoritário, porquanto a minoria age mesmo contra a vontade expressa pela maioria. Apesar de criticável, não se percebe nenhuma inconstitucionalidade na fixação desse percentual¹⁷⁸.

A minoria não atua como órgão secundário. LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, MODESTO CARVALHOSA e NELSON EIZIRIK afirmam que, ao propor a ação social derivada (LSA, art. 159, § 4º), a minoria institucionalizar-se-ia como órgão social secundário: órgão *social*, pois a sua atuação seria presumidamente voltada à defesa do interesse social; e órgão *secundário* (ou subsidiário), porque a minoria agiria somente em segundo lugar, depois de positivado o desinteresse da companhia¹⁷⁹. Não nos parece precisa, entretanto, essa qualificação: aceitamos que o acionista ou grupo de acionistas possa ser considerado órgão secundário nos casos em que propõe a ação social de forma substitutiva (LSA, art. 159, § 3º), agindo em consonância com o interesse social expresso pela maioria dos acionistas presentes à assembléia geral que decidiu propor a ação. No entanto, na hipótese em que a ação social é proposta de forma derivada, *contra a vontade manifestada pela maioria dos acionistas em assembléia geral*, não há como supor possa a minoria ser propriamente órgão da sociedade, sob pena de ter-se de admitir a existência de conflitos intra-orgânicos na “disléxica” manifestação da vontade social. Tem razão, por isso, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO ao bem anotar que, “em caso de decisão assemblear contrária à propositura da ação, o exercício desta, pelos acionistas legitimados, não representa a expressão da vontade social, manifestada na assembléia, razão pela qual não se pode dizer que tais acionistas, ao ajuizarem a medida judicial, o façam representando a sociedade, como seus órgãos”¹⁸⁰. E, precisamente porque a maioria dos acionistas manifestou-se pre-

174 GIL COSTA CARVALHO, *Comentários à Lei das Sociedades por Ações*, cit., p. 496.

175 NELSON EIZIRIK ainda acrescenta que “não há como se cogitar, na hipótese do § 3º do art. 159, de ‘strike suit’, uma vez que o interesse da companhia em mover a ação é evidente. Na ação judicial da espécie, não há dúvida de que o acionista está atuando, embora em nome próprio, no interesse da companhia. Trata-se, conforme refere a doutrina, de hipótese de legitimação extraordinária, sob a forma de substituição processual, posto que o interesse em jogo é evidentemente o da sociedade, agindo o acionista como parte apenas em sentido formal” (Inexistência... In: *Aspectos modernos...*, cit., p. 71).

176 O mesmo percentual de 5% (cinco por cento) é o adotado em Portugal (cf.: M. NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anônima*, cit., n. 6.2.4.1, p. 95).

177 A ação derivada “gets its name from the idea that shareholder’s right do sue is derived from the company’s right” (BEN PETTET, *Company law*, cit., n. 12.6, p. 220).

178 OSMAR BRINA CORRÊA-LIMA aparentemente não está convencido da constitucionalidade dessa limitação, não obstante reconheça que “nos Estados Unidos, a Suprema Corte julgou constitucional uma exigência semelhante da lei das sociedades anônimas do Estado de New Jersey, questionada no caso Cohen *versus* Beneficial Industrial Loan Corp” (*Responsabilidade civil...*, cit., p. 117).

179 Vide: LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *A prévia deliberação assemblear...* In: *Pareceres*, cit., v. 1, p. 463, e *Ação social derivada...* In: *Pareceres*, cit., v. 1, p. 706; MODESTO CARVALHOSA, *Responsabilidade civil de administradores e de acionistas controladores perante a Lei das S/A*, RT 699/40, e *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, cit., v. 3, p. 381; e NELSON EIZIRIK, *Inexistência...* In: *Aspectos modernos...*, cit., p. 69, e *Responsabilidade civil...*, cit., p. 56.

180 JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, *Responsabilidade...*, cit., p. 81. Esta posição é algo surpreendente, considerando que o mesmo autor defende a ocorrência de impedimento dos administradores na ação social *ut singuli* por substituição originária (cf. JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, *Impedimento de administração em ação social “ut singuli”*, RDM 46/23-28).

viamente de forma contrária à propositura da ação social, é relativa a presunção de que, na hipótese prevista no art. 159, § 4º, da Lei das S/A, o móvel da atuação da minoria seja a defesa do interesse social¹⁸¹, e não a obtenção de vantagens indevidas ou a retaliação.

“*Strike suits*”. Em capítulo próprio da história societária norte-americana, a excessiva facilitação à propositura de ações derivadas pelos sócios (*derivative suits*) trouxe, como conseqüência indesejada, o abuso e a desvirtuação do instituto, que se transformou em fonte de chantagem. Movidos somente pelo desejo de obter ganhos econômicos pessoais, certos indivíduos, litigantes profissionais (“*impugnatori di professione*”¹⁸²), especializaram-se em detectar falhas cometidas na gestão das companhias para, na seqüência, adquirirem as ações destas mesmas companhias e, com isso, poderem então processar os seus administradores, auferindo, assim, resultados financeiros expressivos por conta de acordos celebrados: na maioria dos casos, as ações do litigante profissional eram revendidas aos administradores ou à própria companhia, por valores bem superiores aos de mercado. As ações derivadas assim propostas tornaram-se conhecidas por *strike suits* (literalmente, ações de combate), e um dos litigantes profissionais mais famosos foi Clarence Verner, que patrocinou rumorosa e vultosa questão contra a “Continental Securities Company”¹⁸³. Depois dele, essa prática prejudicial, característica de abuso da minoria, popularizou-se, e os seus impactos sobre a administração das companhias foram bastante expressivos. Visando coibi-la, por isso, a legislação societária norte-americana passou a impor limites à propositura da ação derivada. “As principais restrições”, segundo explica NELSON EIZIRIK, “são as seguintes: a) o autor da ação deve ser titular dos direitos de acionistas à época em que ocorreram os fatos que ele denuncia judicialmente, ou seja, ele não pode procurar eventuais

ilegalidades na atuação dos administradores para depois comprar as ações; b) o acionista deve esgotar todas as possibilidades de reparação dos danos no âmbito da companhia antes de ingressar em juízo; e c) o acionista deve prestar caução, garantindo o pagamento das custas processuais”¹⁸⁴. Presentemente, em várias legislações estrangeiras são previstas restrições à iniciativa minoritária: ou transformando a ação derivada em direito de minoria (como ocorre em nosso país); ou exigindo a propriedade contemporânea das ações à época dos fatos lesivos ou da assembléia geral que aprecie tais fatos ou, ainda, exigindo a prestação de caução¹⁸⁵. Como quer que seja, o fenômeno das *strike suits* não teve apenas a dimensão negativa que se costuma colocar em evidência; o seu lado positivo foi o de ter, de forma pragmática, estimulado muitos administradores, temerosos de incorrer em uma responsabilidade que pudesse ser efetivada por acionistas minoritários, a realizarem uma administração correta, diligente e ausente de conflito de interesses¹⁸⁶.

“*Strike suits*” e o direito brasileiro. No direito acionário brasileiro, a ação social derivada constitui verdadeiro direito de minoria, exercitável por acionista ou grupo de acionistas que reúna ações representativas de pelo menos 5% (cinco por cento) do capital social (ou o percentual inferior que, nas companhias abertas, a CVM fixar por escala). A Lei das S/A não inibiu a iniciativa daqueles que tenham adquirido as suas ações após a prática dos atos lesivos¹⁸⁷ nem deu ao juiz poderes para impor a prestação de caução *judicatum solvi* fora dos casos previstos em lei. Portanto, ainda que entre nós o

184 NELSON EIZIRIK, Inexistência... In: *Aspectos modernos...*, cit., pp. 70-71. No mesmo sentido: MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, cit., v. 3, pp. 377-379.

185 *Vide*, no direito norte-americano: ROBERT CHARLES CLARK, *Corporate Law*, cit., §§ 15.2-15.5, pp. 640-655; e MELVIN ARON EISENBERG, *Corporations and other business organizations: cases and materials*, cit., pp. 657-667. No direito inglês, porém, o requisito da propriedade contemporânea das ações não é exigido para a propositura de ações pelos acionistas. “What this means” (explica BEN PETTET – “is that a shareholder can buy shares in a company after a non-ratifiable breach of duty has occurred, and the seek to litigate it” (*Company law*, cit., n. 12.5, p. 218). No entanto, segundo lembra ROBERT R. PENNINGTON, se o alienante estava impedido de propor a ação derivada por ter prestado aquiescência ao ato questionado, o adquirente também não poderá exercê-la (*Pennington's company law*, 7th ed., London: Butterworths, 1995, p. 869).

186 O registro aparece em FRANCO BONELLI (*Gli amministratori...*, cit., nota 274, p. 203).

187 Em situação análoga e para evitar abusos (da indústria do recesso), o legislador pátrio exigiu a propriedade contemporânea das ações como condição para o exercício do direito de recesso (LSA, art. 137, § 1º): o intuito foi evitar que, comprando as ações no mercado por valor inferior ao patrimonial, pudesse ao depois retirar-se da sociedade com lucro nessa operação. A mesma exigência é prevista para o exercício do direito de eleição de administrador por votação em separado (LSA, art. 141, § 6º).

181 Bem-vistas as coisas, porém, a própria presunção de que a maioria expressou a vontade social é relativa, por não ser possível excluir a hipótese de conflito de interesses a inquirir a deliberação. “Una maggioranza inquinata dal conflitto di interesse non è una vera maggioranza, ma soltanto un gruppo che ha degradato la votazione a una prova di forza dalla quale è uscito vittorioso” (LUIGI MENGONI, *Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interesse nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni*. In: *Rivista delle Società*, 1956, v. 1, pp. 834 e segs. Apud WALDIRIO BULGARELLI, *Fiscalização de companhia*. In: *Problemas de direito empresarial moderno*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 185).

182 GASTONE COTTINO, *Diritto commerciale*, cit., v. 1, t. 2, n. 120.2, pp. 434-435.

183 Sobre as *strike suits*, confirmam-se: NELSON EIZIRIK, Inexistência de impedimento do administrador na ação social “ut singuli”. In: *Aspectos modernos de direito societário*, Rio de Janeiro: Renovar, 1992, pp. 70-71; MODESTO CARVALHOSA, *Responsabilidade civil...*, cit., p. 40, e *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, cit., v. 3, p. 379; e LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *Ação social derivada...* In: *Pareceres*, cit., v. 1, p. 714.

instituto possa ser utilizado como *strike suit*, não vemos como admitir em nosso país que uma ação social derivada possa ter o seu processamento obstado ou ficar condicionado à prestação de cônica caução, diante do fato de o juiz entender que o seu autor não está sendo impelido pela defesa do interesse da companhia, mas por interesse próprio. Semelhante análise não tem espaço no direito brasileiro, inclusive porque o autor da ação não pode transgredir sobre direitos que não lhe tocam. Em termos empíricos, aliás, a realidade do foro demonstra que o principal problema das ações sociais de responsabilidade civil não está no seu exercício abusivo, mas, simplesmente, na completa falta de exercício.

7.3.3.2.1 Inexistência de impedimento

A ação social derivada: o administrador ficaria impedido “opes actionis”? A Lei das S/A prevê o impedimento do administrador contra o qual a assembléia geral tenha *aprovado* a propositura de ação de responsabilidade civil (LSA, art. 159, § 2º). Teria esse mesmo efeito o simples ajuizamento de ação social derivada (LSA, art. 159, § 4º), por acionista ou grupo de acionistas que represente pelo menos 5% (cinco por cento) do capital social? Em estudo provocante, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO analisou especificadamente essa questão e respondeu-a afirmativamente, concluindo que a simples propositura da ação derivada tornaria o réu impedido de continuar a exercer o seu cargo de administrador e, com isso, imporá à assembléia geral proceder a sua substituição. A essas conclusões chegou o renomado comercialista, após decompor e comparar os elementos da demanda (partes, pedido e causa de pedir) da ação social *ut universi* e da ação social derivada, constatando que, em ambas as hipóteses, estar-se-ia teoricamente perante uma mesma demanda (já que, na ação social derivada, embora o acionista seja parte em sentido processual, é a própria companhia quem continua a ser parte da relação jurídica material) e essa identidade de demandas imporá a aplicação analógica da regra de impedimento: “demonstrada a identidade substancial entre a ação social de responsabilidade, ajuizada por acionistas *ut singuli*, e a ação social que compete diretamente à companhia, não há como recusar ao primeiro caso a aplicação do disposto no § 2º, do art. 159, que prevê o impedimento dos administradores réus desta última demanda. Trata-se, tão-somente, de proceder à *analogia legis*, para integrar a omissão que, a respeito, se observa no § 4º do mesmo artigo, uma vez que subjaz a uma e outra norma a mesma *ratio*”¹⁸⁸. E ainda acrescentou: “Em ambos os casos, o conflito de interesse se instaura entre a companhia e o administrador-réu, o que impõe, em qualquer hipótese, o afastamento deste último, até que a demanda chegue ao

fim”¹⁸⁹. Curvando-se a esse entendimento, VERA HELENA DE MELLO FRANCO e RACHEL SZTAJN, em recente obra, sustentam que a propositura de ação social derivada importaria no impedimento dos réus, “eis que a ação social é uma, quer quando exercida pela companhia, quer quando pelo acionista”, e, chamando a atenção para a dificuldade prática de conseguir o afastamento voluntário do administrador (supostamente) impedido, ainda indicam que, em caso de resistência, “a única via que resta é a judicial”¹⁹⁰. Sem embargo da autoridade dos citados estudiosos, não podemos aderir a essa exegese, pelas razões a seguir expostas.

Refutação da tese do impedimento “opes actionis”. A propositura da ação social derivada não torna o réu impedido de exercer a função de administrador da companhia¹⁹¹. Pois, se é fato que, entre a ação social *ut universi* e a ação social derivada, existe (ou pode existir) identidade de demandas, não é menos exato que o impedimento do administrador não constitui efeito da propositura da ação social pela companhia, mas é lógica decorrência, implícita e necessária, da deliberação assemblear que aprova a promoção da ação social (deliberação positiva)¹⁹². Tanto assim que a substituição do administrador é *imediate* (“deverão ser substituídos na mesma assembléia”), sem ficar deferida para o momento do ajuizamento da ação social¹⁹³. E, em termos práticos, nem poderia ser diferente, visto que, em não poucas vezes, serão os próprios substitutos que deverão diligenciar a promoção da ação social contra os impedidos. Contudo, esse impedimento do administrador, não se verifica no caso de a assembléia geral deliberar não promover a ação social, porquanto, nessa situação, é a própria companhia que, pela voz da maioria dos acionistas, estará expressando a

189 JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, *Impedimento...*, cit., pp. 23-28. Curiosamente, como se observou, apesar de defender a posição exposta no texto, o citado autor entende que, na ação social derivada, a minoria não pode ser reputada órgão social, pois o exercício desta ação “não representa a expressão da vontade social, manifestada na assembléia, razão pela qual não se pode dizer que tais acionistas, ao ajuizarem a medida judicial, o façam representando a sociedade, como seus órgãos” (*Responsabilidade...*, cit., p. 81).

190 VERA HELENA DE MELLO FRANCO e RACHEL SZTAJN, *Manual de direito comercial*, cit., v. 2, n. 4.4.2, pp. 208-209.

191 Nesse sentido (propositura de ação social derivada não torna o réu impedido de continuar a exercer cargo de administração perante a companhia): LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *Impedimento de voto em assembléia*. In: *Pareceres*, cit., v. 2, p. 772; NELSON EIZIRIK, *Inexistência...*. In: *Aspectos modernos...*, cit., p. 75; e FÁBIO ULHOA COELHO, *A natureza subjetiva...*, cit., p. 26, e *Curso de direito comercial*, São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2, p. 261.

192 Ou seja, “é a deliberação de ajuizar a medida que acarreta o impedimento (daí a necessidade de ser o administrador substituído na mesma assembléia), não o ajuizamento da ação” (NELSON EIZIRIK, *Temas de direito societário*, cit., n. 06, p. 102).

193 Cf.: NELSON EIZIRIK, *Inexistência...*. In: *Aspectos modernos...*, cit., p. 76.

188 JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, *Impedimento...*, cit., pp. 23-26.

manutenção do vínculo de confiança em relação à atual administração social¹⁹⁴. Logo, seria uma inominável violência supor que a simples atuação em juízo da minoria pudesse tornar a sua vontade vinculante à maioria, em flagrante desrespeito ao princípio majoritário que governa as companhias e com total menosprezo à competência privativa da assembléia geral de acionistas para dispor sobre a nomeação, a destituição e o afastamento dos administradores¹⁹⁵. De mais a mais, se é verdade que, ao propor a ação social *ut universi* (LSA, art. 159, *caput*) ou a ação social *ut singuli* diante da inércia da companhia (LSA, art. 159, § 3º), o autor da ação atua presumivelmente de forma alinhada com o interesse social (entendido este como o interesse comum dos sócios *ut socii*), o mesmo não se pode afirmar no caso da ação social derivada (LSA, art. 159, § 4º), na qual, ao menos em um primeiro instante, o seu autor volta-se *contra* a própria vontade social expressa pela maioria. Daí assistir total razão a NELSON EIZIRIK, quando lembra que, “na hipótese da ação social de que trata o § 4º do art. 159, a presunção de que o acionista está defendendo o interesse social é *relativa*, de vez que a vontade social foi manifestada em sentido contrário”¹⁹⁶. Pelo expos-

to, pode-se concluir que o impedimento do administrador *nunca* resulta da propositura da ação social, seja qual for a sua modalidade; decorre, isto sim, apenas e tão-somente da deliberação positiva que aprova a propositura da ação social.

Remédios e medidas para afastar o administrador. A propositura de ação social não permite que os substitutos processuais, só por isso, pretendam afastar o administrador-réu¹⁹⁷. Em condições normais, nem mesmo o Poder Judiciário pode afastá-lo, visto que essa é uma incumbência exclusiva do órgão social e o juiz não tem poderes para substituir a vontade dos sócios¹⁹⁸. Tão-somente em situações excepcionais e desde que provocado (CPC, arts. 2º e 262), o juiz poderá afastar o administrador, se a providência tiver amparo em lei (v.g., LRF, art. 64) ou, então, em caráter emergencial (CPC, art. 798), na pendência ou em caráter preparatório de ação anulatória ou cominatória¹⁹⁹ – p. ex., até que o órgão social competente pela eleição (e destituição) do administrador venha a deliberar sobre a prática de atos graves imputados ao administrador;

194 A razão do impedimento do administrador de sociedade anônima, consoante explica MODESTO CARVALHOSA, “reside na perda de confiança dos acionistas no desempenho e na conduta do administrador indigitado. No caso de a ação ser proposta por acionistas minoritários, tendo a assembléia geral manifestado a vontade social de não responsabilizar o administrador, fica evidente que a maioria acionária mantém o vínculo de confiança necessário a sua manutenção no cargo. Entendimento contrário possibilitaria o absurdo de que, a qualquer tempo, acionistas minoritários promovessem a destituição de administradores contra a vontade da maioria, ao proporem uma ação de responsabilidade civil. Apenas na hipótese de deliberação assemblear, aprovando o ajuizamento dessa ação, o administrador ficará impedido” (Responsabilidade civil de administradores e de acionistas controladores perante a Lei das S/A, RT 699/41). No mesmo sentido: NELSON EIZIRIK, Responsabilidade civil dos administradores da sociedade anônima. In: *Sociedade anônima: I Ciclo de Conferências para Magistrados*, São Paulo: IBCB, s/d, p. 265, e Inexistência... In: *Aspectos modernos...*, cit., p. 75. Com semelhante argumentação no direito estrangeiro, confira-se: JESUS RUBIO, *Curso de derecho de sociedades anónimas*, cit., n. 153, p. 303.

195 Cf.: NELSON EIZIRIK, Inexistência... In: *Aspectos modernos...*, cit., p. 77 (acrescentando, ainda, o seguinte: “Trata-se de competência privativa da Assembléia, único órgão a quem compete deliberar se existe ou não conflito de interesses entre a companhia e o administrador. Entender que caberia o impedimento pelo simples fato de ingressar a minoria com ação judicial contra o administrador, contra o entendimento da Assembléia Geral, seria o mesmo que aceitar, no plano político, o cabimento do *impeachment* de qualquer funcionário público (mesmo do Presidente da República) pelo fato de assim o desejar a minoria parlamentar, contra o voto majoritário do Congresso (...). O interesse social passaria a ser ditado pela vontade do acionista minoritário, em subversão total ao princípio da deliberação majoritária na sociedade anônima” (op. et loc. cit.).

196 NELSON EIZIRIK, Inexistência... In: *Aspectos modernos...*, cit., p. 72. Do mesmo autor, ainda: *Temas de direito societário*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, n. 06, p. 102.

197 Cf.: TJSP, AI 174.174-4, 10ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. RUY CAMILO, v.u., j. 13-2-2001, RJTJESP 240/228 e RT 789/237. Em sentido diverso (concedendo o afastamento cautelar na pendência da ação social derivada): TJSC, AI 7.551, 4ª CC, Rel. Des. ANSELMO CERELLO, v.u., j. 3-6-1993; e TJSC, AI 7.551-EDcl, 4ª CC, Rel. Des. ANSELMO CERELLO, v.u., j. 23-9-1993 (embora, no caso, aparentemente a recusa à propositura da ação social tenha resultado do cômputo de votos dos impedidos, obstando a incidência da regra do art. 159, § 2º, da LSA).

198 Cf.: TJSP, Ap. 92.021-1, 2ª CC, Rel. Des. FORTES BARBOSA, m.v., j. 7-6-1988, RJTJESP 114/259; TACSP, MS 222.729, 4ª CC, Rel. Juiz GONÇALVES SANTANA, v.u., j. 2-3-1977, JUTACivSP-Lex 44/143; e TJRJ, Ap. 11.459, 7ª CC, Rel. Des. WELLINGTON PIMENTEL, v.u., j. 10-4-1980. Sobre o tema, em doutrina, confirmam-se: CUNHA PEIXOTO, *A sociedade por cota de responsabilidade limitada*, Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 1, n. 361, pp. 327-329; WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, *Comentários...*, cit., v. 2, pp. 690-691; e OCTAVIO MENDES, *Direito comercial terrestre*, São Paulo: Saraiva, 1930, p. 261 (para quem “os administradores das sociedades anônimas só podem ser destituídos pela assembléia geral. Aos juizes e tribunais não cabe esse direito”).

199 Cf.: TJSP, MS 162.769, 3ª CC, Rel. Des. LAFAYETTE SALLES, v.u., j. 28-9-1967, RT 392/143; TJSC, AI 5.399, 2ª CC, Rel. Des. RUBEM CORDOVA, v.u., j. 12-6-1990, DJ 12-7-1990 (com ampla fundamentação); e TJSC, AI 7.551, 4ª CC, Rel. Des. ANSELMO CERELLO, v.u., j. 3-6-1993. Alternativamente, admitiu-se, através de cautelar inominada, a nomeação de co-gestor para fiscalizar os negócios da companhia (cf.: TJRS, AI 585.018.450, 1ª CC, Rel. Des. TÚLIO MEDINA MARTINS, v.u., j. 11-6-1985, RJTJRS 118/206). Em doutrina, confirmam-se também: GALENO LACERDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. 8, t. 1, pp. 237-239; LUIZ FERNANDO C. PEREIRA, *Medidas urgentes no direito societário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, n. 5.6, pp. 247-256; OVIDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 447; PINTO FERREIRA, *Medidas cautelares*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983, p. 222; e SYDNEY SANCHES, *Poder cautelar geral do juiz*, RT 587/15.

ou na hipótese em que a sua posse era, de alguma forma, ilegal (por problemas na eleição ou em virtude de impedimento legal que o obstava de exercer a função); ou, ainda, na hipótese em que o seu impedimento (e consequente afastamento) do cargo foi obstado, em virtude de votos proferidos por acionistas que não poderiam ter participado da votação, mas que, ainda assim, votaram e os seus votos foram decisivos para rejeitar a proposta de promoção da ação social etc. O que não se admite é, em condições de normalidade, a intervenção do Poder Judiciário na vida da sociedade para substituir a vontade da maioria dos sócios, afastando quem foi legitimamente guindado ou mantido no cargo²⁰⁰. Por evidente, nada impede que o autor da ação social derivada dê a conhecer à assembléia geral os termos de sua demanda, de tal modo que, se à maioria dos sócios afigurar conveniente, o réu possa ser afastado, temporária ou definitivamente, de sua função²⁰¹; neste caso, todavia, o afastamento não se dará por força da simples propositura da ação ou da incabível interferência do Poder Judiciário no funcionamento da companhia; mas resultará, exclusivamente, da soberana decisão majoritária dos acionistas. Em outros países, as coisas podem se passar de forma diferente, mas é porque neles a lei também é outra.

7.3.3.2.2 Redução do percentual pela CVM

Nas companhias fechadas, a ação social derivada só pode ser proposta por acionista ou grupo de acionistas que represente pelo menos 5% (cinco por cento) do capital social (LSA, art. 159, § 4º). Nas companhias abertas, a congregação de uma minoria qualificada de 5% (cinco por cento) de acionistas pode ser praticamente impossível, sobretudo em mercados com grande dispersão acionária (ou excessiva concentração), inviabilizando, assim, o exercício da ação social²⁰². Para evitar que isso ocorra, a Lei das S/A prevê a possibilidade de a Comissão de Valores Mobiliários reduzir esse percentual, mediante fixação de escala em função do capital social (LSA, art. 291). Ainda hoje, a autarquia não ditou regulamentação geral específica para o exercício da ação social derivada. Quando vier a fazê-lo, convém que simultaneamente trate do

200 Não obstante, decidiu-se admissível a destituição judicial de liquidante convencional: “Dispõe o § 2º do art. 208 da Lei n. 6.404/76 que o liquidante deve ser destituído pelo órgão que o nomeou, o que não impede que seja ele destituído judicialmente por justa causa (descumprimento dos deveres previstos no art. 210 da Lei n. 6.404/76) e independentemente da origem de sua nomeação (estatutária ou assemblear)” (STJ, REsp 789.612-SC, 3ª T., Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, v.u., j. 19-9-2006, DJU 2-10-2006, p. 277).

201 Cf.: NELSON EIZIRIK, *Inexistência...*, In: *Aspectos modernos...*, cit., p. 77.

202 “Nella grande impresa ad azionariato diffuso”, explica GASTONE COTTINO, “la percentuale del quinto del capitale sociale è spesso percentuale di controllo o si avvicina alquanto ad essa” (*Diritto commerciale*, cit., v. 1, t. 2, n. 120.2, p. 436).

direito de autoconvocação de assembléia geral pelos acionistas (LSA, art. 123, par. ún., c), visto que a prévia deliberação assemblear é ato condicionante do próprio exercício da ação social derivada.

7.3.3.2.3 Redução judicial do percentual

Se para as companhias abertas com elevada dispersão acionária a Lei das S/A previu a possibilidade de ser reduzido o percentual para a propositura de ação social derivada (LSA, arts. 159, § 4º, e 291), faltou contemplar análogo remédio para a situação inversa: a alta concentração das ações em companhia fechada. De fato, suponha-se uma companhia em que o grupo controlador detenha mais de 95% (noventa e cinco por cento) do capital social e, por haver eleito o administrador, rejeite a propositura de ação social de responsabilidade civil. Em semelhante hipótese, qual seria o caminho a ser seguido pelos minoritários? Propor a ação social derivada, sem reunir aquele percentual mínimo de 5% (cinco por cento)? A leitura da ementa de um precedente do STJ leva à impressão de que a Corte de Direito Federal teria admitido essa última solução, mas, bem analisado aquele caso, nele se procurou colocar em causa *cumulativamente* a responsabilidade do réu como administrador da companhia e controlador de grupo de sociedade, de modo que, à vista dessa particularidade, o que o citado tribunal concretamente decidiu foi apenas que, para a ação social de responsabilidade civil contra o controlador de grupo de sociedades, a Lei das S/A expressamente ressaltou a atuação de *qualquer* acionista, desde que prestada caução às custas (LSA, art. 246, § 1º, b), sem exigir a prévia deliberação assemblear – diante do que, à vista do duplo fundamento daquele caso em análise, a ação poderia ter prosseguimento²⁰³. Fiando-se no mencionado precedente do STJ, o TJSP, por sua vez, decidiu possível o processamento da ação de responsabilidade civil contra determinado acionista que era cumulativamente administrador e controlador de companhia, independentemente de prévia deliberação assemblear²⁰⁴. Sucede que, nesse último caso analisado pela Corte paulista,

203 Cf.: STJ, REsp 16.410, 4ª T., Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, v.u., j. 14-12-1992, DJU 16-5-1994, p. 11.771, RSTJ 59/221. No prosseguimento desse caso, porém, o réu apenas poderia ser condenado a recompor os danos causados à companhia na condição de controlador, e não aqueles referentes à sua atuação como administrador! É que, concretamente, havia cúmulo de demandas; e não é porque o autor tem legitimidade para processar certa pessoa como controladora que essa mesma pessoa possa, cumulativamente, ser condenada como administradora da companhia: são posições orgânicas distintas; com responsabilidades também diversas.

204 Vide: TJSP, Ap. 233.731-4/5-00, 10ª Câmara. Dir. Priv., Rel. Des. RUY CAMILO, v.u., j. 4-2-2003, BAASP, 2338/2835-j. Em outro caso, admitiu-se que o acionista minoritário da sociedade controladora pudesse propor ação social de responsabilidade civil contra o administrador

não estava em discussão a responsabilidade do controlador em *grupo* de sociedades e, sendo assim, a solução haveria de ser outra: é que, salvo no grupo de sociedades, a Lei das S/A não regulou o cabimento da ação *social* contra controlador. Logo, se no caso não houve prévia deliberação assemblear, não havia como dar prosseguimento à ação social fundada na responsabilidade de administrador (LSA, art. 159, *caput*) nem à ação *social* por danos suportados pela companhia em razão de abuso do controlador, já que, pelos danos sociais, apenas a própria companhia poderia agir em juízo; não, porém, o acionista em defesa de direito alheio (CPC, art. 6º). Logo, no caso do submetido à apreciação do tribunal paulista, só restava ao acionista prejudicado direcionar a discussão sob o prisma de eventual impedimento de voto *ou*, então, positivamente atender as exigências legais para propor a ação social *ou*, ainda, propor ação individual, contra o administrador e o controlador, pois, nas duas situações, a Lei das S/A não previu percentual mínimo nem condicionou a demanda à prévia deliberação assemblear. Entretanto, pelas ações individuais de responsabilidade civil, o autor poderia apenas pedir a reparação por danos diretos sofridos em seu patrimônio, e não por danos reflexos, decorrentes de danos sociais.

Em suma, se o acionista não reúne o percentual mínimo para a propositura de ação social derivada, quando esse é exigido por lei, não cabe ao juiz prescindir da prévia deliberação assemblear nem do piso mínimo de legitimação extraordinária, principalmente porque a Lei das S/A contém ferramentas para contornar os abusos da maioria²⁰⁵. A primeira delas é o impedimento de voto do acionista administrador (e a possibilidade de anular a deliberação tomada com o seu voto decisivo e, mais do que isso, estabelecer o seu resultado favorável, por intermédio da ação declaratória assemblear positiva). A segunda é a própria responsabilidade civil do acionista controlador²⁰⁶. A pura e sim-

da controlada, independentemente de prévia deliberação assemblear da controlada, sob o argumento de que isso seria, na prática, impossível (vide: TJSP, AI 95.409-1, 4ª CC, Rel. Des. MORETZSOHN DE CASTRO, v.u., j. 4-2-1988, RJTJESP 112/383).

205 No direito argentino, é cabível a propositura de ação social derivada por parte de acionistas que representem 5% (cinco por cento) do capital social e tenham se oposto à extinção da responsabilidade dos administradores por ato de aprovação da gestão, renúncia ou transação; mas, se o percentual mínimo não é reunido, a iniciativa judicial é excluída: "La acción ejercida por uno o más accionistas, cuando no se haya reunido aquel porcentaje mínimo, queda absolutamente excluída, sin perjuicio de ejercer la acción individual que faculta el art. 279, de la ley societaria" (CLAUDIA CECILIA FLAIBANI, *Ley de sociedades comerciales: comentada y anotada*, Buenos Aires: Heliasta, 1999, p. 897).

206 A ação de indenização contra o controlador pode ser proposta por uma vasta gama de interessados, como os acionistas minoritários (não-controladores) da própria sociedade ou de uma controlada, os titulares de outros valores mobiliários emitidos pela companhia, o administrador, o terceiro credor da companhia etc. (vide: FÁBIO KONDER COMPARATO, Acionista contro-

ples desconsideração do piso mínimo previsto em lei traz, ademais, o risco de abusos pela minoria, além de tornar virtualmente como direitos essenciais todos e quaisquer direitos que, pela lei, são apenas de minoria.

7.3.3.3 Ação social na falência

Ação social falimentar. Decretada a falência da companhia, a responsabilidade dos administradores será apurada no próprio juízo da falência, independentemente da realização do ativo e da prova da sua insuficiência para cobrar o passivo, conforme prevê o art. 82 da Lei de Recuperação de Empresas e Falências (LRF). No regime da antiga Lei de Falências (DL n. 7.661/45), que possuía regra semelhante à atual²⁰⁷, os estudiosos entendiam válida idêntica iniciativa da massa falida, representada pelo síndico²⁰⁸. No regime vigente, o administrador judicial nomeado poderá, uma vez evidenciada a prática de ato ilícito pelos ad-

lador. In: *Sociedade anônima: I Ciclo de Conferências para Magistrados*, São Paulo: IBCB, s/d, p. 53). Sobre o tema, vide, ainda: MASSIMO FRANZONI, *La responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, cit., n. 22, p. 69.

207 O art. 6º do Decreto-lei n. 7.661/45, preceituava: "Art. 6º A responsabilidade solidária dos diretores das sociedades anônimas e dos gerentes das sociedades por cotas de responsabilidade limitada, estabelecida nas respectivas leis; e dos sócios comanditários (Código Comercial, art. 314), e a do sócio oculto (Código Comercial, art. 305), serão apuradas, e tornar-se-ão efetivas, mediante processo ordinário, no juízo da falência, aplicando-se o disposto no art. 50, § 1º. Parágrafo único. O juiz, a requerimento do síndico, pode ordenar o sequestro de bens que bastem para efetivar a responsabilidade". Silenciava a lei antiga a respeito do acionista controlador.

208 J. X. CARVALHO DE MENDONÇA indagava e respondia: "No caso de falência da sociedade, a massa falida pode promover esta ação social? Sim, independentemente da deliberação da assembléia dos acionistas, porque a sociedade ficando privada da administração dos bens não pode resolver sobre a propositura de ações. A falência não modifica a natureza jurídica dos direitos e das obrigações que formam parte da massa. A ação social é um dos elementos do patrimônio e o seu exercício devolve-se à massa representada pelos liquidatários. Estes decidem soberanamente se há conveniência na propositura da ação longa e difícil, ou se melhor é renunciá-la ou transigir" (*Tratado...*, cit., v. 4, n. 1.228, p. 82). No mesmo senso: JOÃO EUNÁPIO BORGES, *Curso de direito comercial terrestre*, 5. ed., 4. tir., Rio de Janeiro: Forense, 1991, n. 491, p. 497; JOSÉ DA SILVA PACHECO, *Processo de falência e concordata*, 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1988, n. 151, p. 185, e n. 150, p. 184; NELSON ABRÃO, *Sociedade por quotas de responsabilidade limitada*, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, n. 63, p. 113; TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedade por ações*, cit., v. 2, n. 644, p. 330, e *Comentários à Lei de Falências*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1962, v. 1, n. 57, p. 90; WALTER T. ÁLVARES, *Direito falimentar*, São Paulo: Sugestões Literárias, 1966, v. 1, n. 148-150, pp. 140-143; e WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA e SÍLVIA MARINA L. BATALHA DE RODRIGUES NETTO, *Falências e concordatas*, 3. ed., São Paulo: LTr, 1999, n. 6.1, pp. 178-179. Ainda sobre o ponto da legitimidade do síndico (embora versando acerca da ação de responsabilidade civil de administrador de instituição financeira), confirmam-se: STJ, REsp 15.362-SP, 3ª T., Rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, m.v., j. 23-3-1999, DJU 19-4-1993, p. 6.676; e STJ, REsp 21.245-SP, 4ª T., Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, v.u., j. 4-10-1994, DJU 31-10-1994, p. 29.500, RSTJ 67/310.

ministradores da falida, propor a ação de responsabilidade civil em nome da massa falida (LRF, art. 22, II, *i, l, n e o*). A ação qualifica-se como *social*, pois o seu objeto imediato é a recomposição do patrimônio social lesado (do falido) e, por conseqüência, a integração da massa objetiva²⁰⁹. A ação social de responsabilidade civil proposta pela massa falida, por exceção à regra geral analisada no subitem 7.3.1 *supra*, não fica a depender de prévia deliberação assemblear²¹⁰, não só porque a LRF não a exigiu, mas porque, uma vez decretada a falência, a companhia perde a administração de seus bens e os acionistas ficam impedidos de decidir a seu respeito: não podem, por isso, propor eles próprios, ou a falida, ação social contra os seus administradores²¹¹. Os credores também não contam

com regra de legitimação extraordinária, de sorte que, em caso de inércia do administrador, a omissão deverá ser submetida ao órgão falencial próprio, e será solucionada com a eventual destituição do administrador relapso²¹². Havendo demanda social em curso antes da falência, com o decreto de quebra o processo fica automaticamente suspenso (CPC, art. 265, I) e o administrador judicial deverá ser pessoalmente intimado para assumir a representação processual da massa (LRF, art. 76, par. ún.) e dar prosseguimento à ação²¹³, que continuará no juízo por onde estiver a tramitar, sem deslocamento para o juízo da falência. Cabe indagar: *quid juris*, se a ação em curso estiver sendo patrocinada por substituto processual? A nosso ver, ciente da quebra, o juiz da causa deverá também ordenar a intimação do administrador judicial, para que a massa possa, assim, se entender conveniente, integrar o pólo ativo, já que o interesse da coletividade concursal é manifesto e não se torna menos digno de proteção apenas porque a iniciativa processual estava a cargo de substituto processual²¹⁴; mas, nesse caso,

209 Portanto, em caso de encerramento da falência ou de pagamento de todo o passivo da falida, os resultados da ação social falimentar deverão ser atribuídos à (antiga) sociedade falida (LRF, art. 153), que não se extingue automaticamente pela falência: a falência é apenas causa de sua dissolução (LSA, art. 206, II, *c*; e CC, art. 1.044), mas a sua extinção ocorre somente com o cancelamento de seu registro perante o órgão do Registro de Empresas, finda a liquidação (LSA, art. 219, I; e CC, art. 51, § 3º); até lá, persiste a sua personalidade jurídica (e, portanto, a sua titularidade patrimonial). É por isso que não se justifica que, ao término da falência, os bens arrecadados e acaso não-alienados, ou o dinheiro resultante da realização do ativo, sejam entregues diretamente aos sócios da falida, como vem sendo cogitado por vários estudiosos (p. ex.: RACHEL SZTAJN, *Comentários à Lei de Recuperação de Empresas e Falência* – Paulo F. C. Salles de Toledo e Carlos Henrique Abrão (Coords.), 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, p. 453; FÁBIO ULHOA COELHO, *Comentários à nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas*, 4. ed., São Paulo: Saraiva, 2007, n. 332, p. 384; JOSÉ DA SILVA PACHECO, *Processo de recuperação judicial, extrajudicial e falência*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, n. 296, pp. 345-346; e ALEXANDRE HUSNI, *Comentários à nova Lei de Recuperação de Empresas e de Falências* – Newton de Lucca e Adalberto Simão Filho (Coords.), São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 558). A lei concursal indica claramente que o saldo deverá ser entregue à falida (LRF, art. 153) e, ainda que assim não o declarasse, a liberação a favor dos sócios não se legitimaria, porquanto, durante a falência, o patrimônio continua sendo da falida e, ao seu término, ela reassume a administração do acervo restante. Logo, cabe ao administrador entregar os bens tão-somente à falida, na pessoa de seu representante legal. Se, pelo contrário, o administrador judicial entregá-los diretamente aos sócios da falida, estará promovendo a dissolução irregular da sociedade e, com isso, sujeitando-se a responder pessoalmente. O art. 83, § 2º, da LRF (“não são oponíveis à massa os valores decorrentes de direito de sócio ao recebimento de sua parcela do capital social na liquidação da sociedade”) parece reforçar nosso entendimento no sentido de não ser possível a transformação sucessiva da falência em liquidação da companhia, com todas as demais complexas operações necessárias (inclusive o concurso entre os titulares de ações preferenciais com prioridade no reembolso de capital (LSA, art. 17, II), titulares de ações ordinárias, titulares de ações de fruição (LSA, art. 44, § 5º) etc.

210 Cf. (ação social na falência não depende de prévia deliberação assemblear): J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado...*, cit., v. 4, n. 1.228, p. 82.

211 Nos tribunais (regime anterior): “Em regime de falência, é a massa falida parte legítima para, com apoio no art. 121, § 1º, do Decreto-lei n. 2.627, de 1940, demandar a responsabilidade dos diretores e membros do Conselho Fiscal pelos prejuízos que a sua atuação causou à sociedade” (TJSP, Ap. 80.734, 2ª CC, Rel. Des. DIMAS DE ALMEIDA, v.u., j. 30-4-1957, RT 267/234).

“O acionista, ainda que majoritário e ex-diretor presidente, não tem legitimidade ‘ad causam’ e ‘ad processum’ para ajuizar ação em nome da empresa que se encontra em regime de liquidação extrajudicial. Impossibilidade de se pleitear em nome próprio direito alheio. Aplicação do art. 6º do CPC. O liquidante é o único representante da empresa, competindo-lhe, exclusivamente, sua representação judicial” (TARJ, AI 20.694, 2ª CC, Rel. Juiz MIGUEL PACHÁ, v.u., j. 4-6-1981, JB 64/198). “Ilegitimidade ativa *ad causam* do falido para propor ações em nome próprio na defesa de interesses pertinentes à massa falida. Segundo o art. 12, III, do CPC, cumulado com art. 63, XVI, da antiga Lei de Falências, que corresponde ao art. 22, III, ‘c’ da nova lei, compete ao síndico representar os interesses da massa falida em juízo. Os arts. 36 e 40 da antiga lei de falências e o 103 da nova lei, embora permitam ao falido praticar atos de conservação dos bens da massa falida, bem como intervir no processo em que ela seja parte ou interessada, não lhe conferem legitimidade extraordinária” (TJRJ, Ap. 2005.001.48250, 1ª CC, Rel. Des. MARIA AUGUSTA VAZ M. DE FIGUEIREDO, v.u., j. 4-4-2006).

212 Em sentido contrário (regime anterior), JOSÉ DA SILVA PACHECO afirmava que, “se o síndico não propõe a ação, pode propô-la qualquer credor ou sócio” (*Processo de falência e concordata*, cit., n. 150, p. 184). SÉRGIO CAMPINHO notícia, na mesma linha, que “o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, a nosso ver acertadamente, já decidiu que a ação para tornar efetiva a responsabilidade das pessoas indicadas no antigo art. 6º, do Decreto-lei n. 7.661/1945, hoje art. 82, pode ter como legitimado ativo *ad causam* o credor habilitado no passivo falimentar, na hipótese de omissão do síndico, leia-se, administrador judicial, hodiernamente” (*Falência e recuperação de empresa*, 2. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2006, n. 121, pp. 212-213). A solução indicada não tinha respaldo em texto expresso de lei (CPC, art. 6º).

213 Cf. (regime anterior): JOSÉ DA SILVA PACHECO, *Processo de falência e concordata*, cit., n. 151, p. 185, e n. 154, p. 187.

214 Nesse sentido: “Sociedade anônima. Ação de responsabilidade dos administradores por prejuízos causados à empresa. Propositura pelos acionistas, ante a recusa de fazê-lo a empresa, segundo decisão tomada em assembleia. Lei 6.404/76, arts. 159, § 4º, e 287, II, b. Falência decretada no curso do processo, sem intervenção da massa falida e do Ministério Público. Sentença de procedência em parte. Recursos interpostos pelos autores e réus. Anulação” (TJSP, Ap. 237.538-4/3-00, 4ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. J. G. JACOBINA RABELLO, v.u., j. 5-9-2002).

o substituto não é afastado do pólo ativo da ação, que prossegue depois de instaurado litisconsórcio ativo ulterior.

Ação individual falimentar. O administrador judicial é representante da massa falida, mas não é substituto processual dos credores ou de terceiros. As ações individuais de responsabilidade civil contra os administradores da sociedade falida deverão ser propostas pelos próprios indivíduos que foram diretamente prejudicados.

Regras procedimentais. O art. 82 da LRF tem repercussões de ordem processual, analisadas em outra parte deste estudo (no Capítulo 8). Assim, qualquer que seja o seu valor, o rito adotado é o comum ordinário. A competência do juízo da falência é fixada para a ação social. E, de forma um tanto quanto surpreendente, admite-se possa o juiz, de ofício ou a requerimento das partes interessadas, ordenar a indisponibilidade dos bens dos réus, em quantidade compatível com o dano provocado, até o julgamento final da ação de responsabilização (LRF, art. 82, § 2º).

Prescrição. Sobre o prazo prescricional especial da pretensão exercitável pela ação social falimentar, *vide* subitem 6.5.3.

7.3.3.4 Inexistência de ação social sub-rogatória do credor

A tutela judicial dos credores contra os ilícitos praticados pelo administrador de companhia. Embora seja assente que a atuação dos administradores deve, em certa medida, pautar-se pela observância de interesses externos à companhia (LSA, art. 154, *caput*) e apesar de ser evidente que os ilícitos perpetrados na gestão social podem causar danos diretos aos terceiros (conforme indicado no subitem 4.2.3), a vigente Lei das S/A falhou ao não prever mecanismos adequados para que esses terceiros, notadamente os credores sociais, possam perseguir em juízo a reparação de danos sociais, dos quais resultam reflexos notáveis em suas posições individuais. Realmente, se o patrimônio social constitui desenganadamente a garantia direta dos credores (CC, art. 391; e CPC, art. 591), não há como negar, ao menos no plano do direito material, que eles são diretamente interessados em ver preservada a consistência do patrimônio de seu devedor, inclusive sancionando os atos que o afetem e agindo em busca de sua reparação. Apesar disso, a Lei das S/A não lhes deferiu legitimidade para agir em juízo e, sendo assim, o mero interesse econômico não é suficiente para que, na ausência de expresse texto legal, possam agir em juízo na defesa de interesse alheio (CPC, art. 6º). Daí o asserto inicial de que a Lei das S/A não previu mecanismos adequados para a tutela da posição de terceiros, na medida em que, pelo sistema da lei acionária, a eles apenas assiste a faculdade de propor ação individual de responsabilidade civil contra o administrador (LSA, art. 159, § 7º), para se verem ressarcidos por danos *diretos* que por acaso tenham sofrido, mas não lhes

foi reconhecida a possibilidade de propor ação para recompor o patrimônio social de seu devedor²¹⁵. Em direito comparado, há interessantes mecanismos de tutela da posição dos credores sociais, por atos lesivos ao patrimônio da companhia praticados pelos seus administradores.

A ação social (sub-rogatória ou direta) dos credores em direito comparado. Atento aos interesses dos credores sociais na preservação da integridade do patrimônio da companhia, várias legislações estrangeiras têm reconhecido a possibilidade de os credores agirem com vistas a obterem a recomposição do patrimônio social atingido por atos ilícitos de seus administradores (CC it., art. 2.394; AktG § 93(3); e CSC, art. 78º). Essa faculdade não é ilimitada e, por isso, a ação social do credor só pode ter por objeto o sancionamento de violações cometidas pelos administradores às regras legais referentes à integridade do patrimônio e do capital sociais. A particularidade dessa ação é que o credor social age preventivamente no seu próprio interesse (o interesse em ver cumprida a prestação pelo devedor), na medida em que, entre os atos lesivos ao patrimônio social e a situação pessoal dos credores, não há relação direta e imediata; há, tão-somente, uma relação indireta de causa e efeito, por ser a integridade do patrimônio social a garantia do credor. Ou seja, o que fundamenta a ação do credor é a lesão à expectativa da prestação²¹⁶, lesão essa que, não fosse a expressa previsão legal, não seria passível de tutela. Por tal razão, os doutrinadores estrangeiros têm discutido se essa ação seria uma verdadeira ação direta dada ao credor social ou, pelo contrário, se ela nada mais seria do que uma modalidade específica de ação sub-rogatória – isto é, de ação atribuída ordinariamente ao devedor, mas cujo exercício é diretamente deferido ao credor, na consideração de que a inércia do obrigado lhe possa então acarretar um prejuízo direto²¹⁷. Outro ins-

215 Cf.: “Cuida-se de demanda que encerra uma ação de responsabilidade civil, através da qual sociedade anônima pretende ressarcir-se dos prejuízos que sofreu por atos de seu administrador (...). E, neste caso, a legitimidade ativa é exclusiva da companhia administrada ou de seus acionistas, como claramente expressa o art. 159 e parágrafos, da Lei de Sociedades Anônimas então em vigor (Lei n. 6.404, de 15-12-1976), e não de terceiros, que eventualmente, em face de relações jurídicas com aquela, tenham sofrido prejuízos” (TJRJ, Ap. 13.955/2004, 14ª CC, Rel. Des. MARLAN DE MORAES MARINHO, v.u., j. 5-4-2005).

216 Referindo-se à ação dos credores, FRANCESCO GALGANO adverte que “el daño injusto que, en nuestro caso, los administradores ocasionan, es la lesión de la expectativa de prestación de los acreedores sociales, ya que el patrimonio de la sociedad es, en la sociedad por acciones, la única garantía que la sociedad ofrece a sus propios acreedores” (*Derecho comercial* – trad. Jorge Guerrero, Colombia: Temis, 1999, v. 2, n. 10.14, p. 377).

217 A ação sub-rogatória do credor tem previsão genérica no direito italiano (CC it., art. 2.900) e no direito francês (CC fr., art. 1.166). Sob o ponto de vista da legitimação processual, é discutível se, ao propor ação sub-rogatória, o credor atuaria como substituto processual do devedor (cf.: ENRICO TULLIO LIEBMAN, *Manual de direito processual civil*, 2. ed., Rio de Janeiro:

trumento de defesa da posição dos credores sociais previstos em leis estrangeiras é o dever (civil e penalmente sancionável) de o administrador convocar a assembléia geral e, se for o caso, declarar autofalência no caso de sobreendividamento ou perda de mais da metade do capital social (OR, arts. 725 e 725a; e AktG § 92).

Remédios no direito vigente. A vigente Lei das S/A e as que a antecedem não contemplaram a ação social dos credores; somente a ação social da companhia ou dos acionistas que muito indiretamente serve de tutela para os credores (sobretudo se se considerar que certos atos prejudiciais aos interesses dos credores podem ser até mesmo benquistos pelos acionistas, como a distribuição de dividendos fictícios). E, não havendo no sistema do Código Civil sequer cláusula geral sobre a ação sub-rogatória, a iniciativa dos credores é inadmissível: seja porque, nesse caso, os credores sociais estariam pleiteando direito alheio em nome próprio sem autorização legal (CPC, art. 6º), seja porque a ação individual, a única para a qual se legitimam, presta-se à reparação de danos diretamente experimentados pelos credores (LSA, art. 159, § 7º) e não serve para recompor os reflexos de danos sociais – como assim haveriam de se qualificar os danos que lhes poderiam advir do não-pagamento de seu crédito como consequência de atos dos administradores lesivos ao patrimônio da companhia ou, em termos mais amplos, danos derivados do descumprimento de regras sobre a tutela do patrimônio social²¹⁸. Trata-se, como se vê, de

Forense, 1985, v. 1, n. 74, p. 160) ou, pelo contrário, se estaria defendendo, preventivamente, interesse próprio (cf.: OVIDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, v. 1, p. 78).

218 Ao tratar da responsabilidade civil dos administradores perante terceiros, TULLIO ASCARELLI entende ser necessário, primeiramente, “distinguir entre a violação das normas estabelecidas para a tutela dos interesses dos terceiros e a das normas estabelecidas no interesse do acionista. Do fato de ser, uma norma, estabelecida para a tutela do interesse dos terceiros, decorre, parece-me, a consequência de deverem, os diretores, que a violem, ser responsáveis para com os terceiros; de poderem, os terceiros, agir contra os diretores, com uma ação direta, que não pode ser prejudicada por deliberações da assembléia ou pela inércia da sociedade e dos seus acionistas. Este ponto de vista se justifica observando que os acionistas de uma sociedade podem até ter interesse em violar as normas ditadas para a tutela do interesse dos terceiros. Isto demonstra quanto seria inoportuna, neste caso, a ausência de uma ação direta dos credores. As normas ditadas no interesse dos terceiros são aquelas que visam a integridade do capital social: tal, antes de mais nada, a que proíbe a distribuição de dividendos fictícios; a que proíbe a emissão de ações abaixo do valor nominal; a que disciplina, no interesse dos terceiros, a redução do capital social; a que impõe a constituição da reserva legal e a indisponibilidade desta; a que proíbe aos diretores tomar empréstimos da sociedade; as que disciplinam a veracidade de balanços, contas, relatórios; prospectos; a que proíbe à sociedade negociar com as suas ações. Isto se coaduna, aliás, com o fato de serem elas corroboradas com sanções penais (cf. art. 177 Cód. Pen.); estas sanções encontram justamente explicação no fato de se tratar de normas ditadas no inte-

clara iniquidade e de grande falha de nossa lei acionária, a clamar por urgente solução²¹⁹. Enquanto isso não suceder restam aos credores duas vias somente. A primeira delas é a ação social falimentar (LRF, art. 82), proposta em nome da massa falida pelo administrador judicial (com vistas a obter a recomposição do patrimônio social), se e quando falida a companhia e desde que a correlata pretensão não esteja encoberta pela prescrição trienal. A segunda alternativa é a da eventual ação de responsabilidade civil contra o acionista controlador (LSA, art. 117), mas, para tanto, será necessário que o prejudicado prove não só o abuso do controlador, mas a relação direta de causa a efeito entre o abuso e o prejuízo experimentado pelo credor. Como se percebe, é tarefa das mais complicadas²²⁰. Registre-se, porém, não ser de hoje que a doutrina mais abalizada lembra que a responsabilização do controlador deveria ser mais visitada pelos credores sociais prejudicados²²¹.

resse dos terceiros. Violando estas normas incorrem, os diretores, em responsabilidade para com os terceiros” (Responsabilidade dos diretores para com terceiros. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, cit., pp. 524-526). Contudo, no mesmo estudo, TULLIO ASCARELLI reconhece que, nas situações em análise, “terá, entretanto, a ação, como objeto não um ressarcimento direto aos terceiros, mas a reconstituição do patrimônio social” (op. cit., pp. 527-528).

219 Quando ainda estava em discussão o projeto de lei que viria posteriormente a se transformar na atual Lei das S/A, ORLANDO GOMES sugeriu fosse concedido aos credores sociais o exercício de ação social sub-rogatória (Responsabilidade dos administradores de sociedades por ações, RDM 8/12).

220 O seguinte exemplo talvez baste para demonstrar as dificuldades envolvidas. No direito pátrio, o devedor em crise econômico-financeira que julgue não atender aos requisitos para pleitear a sua recuperação judicial tem o dever legal de requerer em juízo a sua autofalência (LRF, art. 105); se deixar de fazê-lo e continuar a exercer a sua empresa inviável, poderá, com isso, prejudicar os credores de determinada classe (p. ex., porque a continuação da empresa trouxe, como consequência, o aumento do passivo de créditos de classe superior no concurso, tornando agora impossível o recebimento dos créditos dos credores da classe inferior, por falta de bens a liquidar). Nessa situação, o atraso no decreto de autofalência foi prejudicial aos credores da classe inferior e o ato tanto poderá ser imputável aos administradores, se porventura não submeteram a proposta à assembléia geral, ou ao acionista controlador, que, com o seu voto, impediu a concessão da autorização assemblear exigida por lei (LSA, art. 122, IX). Pois bem, seria cabível a ação social falimentar contra o administrador? Mas, nesse caso, qual teria sido o dano experimentado pela sociedade? O caminho seria, então, o da ação individual? Todavia, não seria o dano experimentado pelos credores da classe inferior um dano indireto ou meramente reflexo, resultante da insuficiência patrimonial? A ser assim, não estaria igualmente obstada a ação do credor contra o controlador? Como se vê, as questões envolvidas são das mais complexas.

221 FÁBIO KONDER COMPARATO de há muito lembra que “fora da organização societária (aí, portanto, com desconsideração da personalidade jurídica (pode agir o terceiro credor da companhia, sobretudo em caso de falência ou liquidação administrativa forçada, coisa que os advogados em geral ignoram. E, no entanto, seria o mais normal, o mais óbvio. A empresa tornou-se

7.4 AÇÃO INDIVIDUAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRA ADMINISTRADORES

Introdução. Até o presente momento, vimos estudando as ações sociais de responsabilidade civil. Agora, far-se-á referência à ação individual, que é a ação proposta pelo acionista ou por algum terceiro qualquer, credor social ou não, contra o administrador da companhia, e que tem por objeto não a reparação de dano sofrido ao patrimônio da sociedade, mas, sim, dano sofrido diretamente no seu patrimônio. O que se deve entender por dano direto? O dano sofrido pelo indivíduo que não seja corolário daquele sofrido pela companhia. A Lei das S/A refere-se expressamente à ação individual (LSA, art. 159, § 7º). Mas, considerando que a ação individual só tem cabimento nos casos em que se positivar dano direto ao patrimônio do lesado, e não dano meramente reflexo decorrente do dano social, a sua propositura tem sido rara²²².

Fundamento. Quer seja proposta pelo acionista quer por terceiro, a ação individual de responsabilidade civil tem natureza extracontratual. Nas palavras de JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, “o fundamento do pleito indenizatório do acionista é de natureza delitual, *ex lege*, não havendo sentido, em nosso direito, questionar-se sobre tal embasamento do pedido do prejudicado, à vista dos deveres legais dos administradores, enumerados pelo diploma societário. Na doutrina estrangeira, verificam-se vacilações, mas prevalece a natureza delitual de dita ação, admitida por Ripert, no direito francês, e por Fiorentino, no direito italiano, sobre as concepções contratualistas, que supõem obrigação convencional dos administradores de não causarem prejuízos aos acionistas. A lei alemã, porém, não comporta tal tipo de dúvida, ao prescrever que os acionistas somente podem exigir o ressarcimento direto dos administradores com fundamento em ato ilícito. Também de natureza extracontratual é o fundamento das ações de terceiros prejudicados (não acionistas) pela violação dos deveres legais dos administradores”²²³.

insolvente por uma política desastrosa, de quem? Do controlador. Mas só se procura agir contra o administrador. O administrador é um pobre coitado, não tem onde cair morto. Então, nada se promove, e fica-se aguardando melhor oportunidade. É perfeitamente possível equacionar-se a responsabilidade civil do controlador de uma grande organização financeira que, por atos aventureiros ou excessivamente especulativos, tenha provocado a insolvência” (Acionista controlador. In: *Sociedade anônima...*, cit., p. 53).

222 Para MASSIMO FRANZONI, “è un’azione difficilmente proponibile, posto che il danno normalmente si produce in capo alla società, in seguito alla mala gestio degli amministratori” (*La responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, cit., n. 26, p. 83).

223 JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, *Responsabilidade...*, cit., p. 84.

Diferenças em relação à ação social. Ao contrário da ação social, a ação individual: (i) tem por objeto a reparação de dano individual diretamente experimentado pelo prejudicado, e não se presta, assim, a reparar o dano suportado pela companhia; (ii) para a sua propositura, a lei não exige (nem os estatutos podem exigir-lo) deliberação ou autorização da assembléia geral²²⁴; (iii) não se requer participação acionária mínima nem a obediência a prazo de precedência, pois não estão em análise interesses da sociedade, mas sim pretensões individuais do acionista ou de terceiro qualquer²²⁵; e (iv) a aprovação das demonstrações financeiras e das contas da administração, e a ratificação dos atos de gestão pela assembléia geral de acionistas, não impedem a propositura da ação individual²²⁶. Quanto a esse último aspecto, vale registrar que os acionistas que tenham votado favoravelmente à aprovação das contas não ficam impedidos de propor ação individual, dada a diversidade da natureza e da titularidade das pretensões envolvidas em cada caso.

7.4.1 Impossibilidade de utilização em caso de dano indireto

O dano social sempre causa dano individual indireto ao acionista, porém não legitima a propositura de ação individual. Os danos sociais, isto é, aqueles sofridos pela companhia, sempre acabam por se traduzir em dano indireto para os seus acionistas: *seja* porque as ações são bens de segundo grau (pois, por equivalência patrimonial, refletem no seu valor as oscilações patrimoniais, positivas ou negativas, da companhia), de modo que todo prejuízo experimentado pela companhia pode gerar a diminuição do valor das ações; *seja*, ainda,

224 Cf.: FRAN MARTINS, *Ação individual de responsabilidade civil...* In: *Novos estudos...*, cit., p. 145; P. R. TAVARES PAES, *Responsabilidade dos administradores de sociedades*, cit., n. 21, p. 59; e WALDIRIO BULGARELLI, *Apostamentos...*, cit., p. 98. Nos tribunais: “Frente ao teor do que dispõe o § 7º do art. 159 da Lei das Sociedades Anônimas, detém o acionista, independentemente de qualquer deliberação da assembléia, direito de ação individual diretamente contra o administrador objetivando reparar lesão ou prejuízo pessoal” (TJRS, AI 70003102969, 19ª CC, Rel. Des. GUINTEHER SPODE, v.u., j. 30-11-2004, RT 835/358).

225 JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, *Responsabilidade...*, cit., p. 83.

226 Cf.: ALOYSIO LOPES PONTES, *Sociedades anônimas*, 3. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1954, v. 2, n. 451, p. 584; e TULLIO ASCARELLI, *Responsabilidade dos diretores para com terceiros*. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, cit., p. 522). Em sentido diverso, afirmando que, “se a assembléia aprovar as suas contas, o seu abrigo é total, em face dos credores” (WALTER T. ÁLVARES, *Direito comercial*, São Paulo: Sugestões Literárias, 1969, v. 2, n. 402, p. 420). Esta última posição era somente defensável na vigência do Decreto n. 434, de 4 de julho de 1891, cujo art. 111 assim dispunha: “A ação poderá ser intentada conjuntamente por dois ou mais acionistas, não podendo, porém, referir-se a atos e operações já julgados por assembléias gerais”. Mas, a nosso ver, mesmo então não nos parece que a pretensão dos credores pudesse ficar obstada pela prática de ato do qual não foram partes (*res inter alios acta aliis nec nocet nec prodest*).

porque o prejuízo da companhia pode afetar o lucro social e, com isso, diminuir o montante do lucro distribuível aos acionistas sob a forma de dividendos²²⁷. Todavia, esses são danos diretos experimentados pela sociedade e que, de forma indireta, atingem os acionistas: não individualmente, mas como membros do ente coletivo, na exata proporção de suas participações no capital da sociedade. A reparação desses danos indiretos jamais pode ser pedida por meio da ação individual, pois: (1^o) se o patrimônio diretamente lesado é o da companhia, a admissão da iniciativa individual importaria em negar a personalidade e a titularidade patrimonial da pessoa jurídica; (2^o) a ação individual é reservada àquele que tenha sido *diretamente prejudicado* por ato de administrador (LSA, art. 159, § 7^o), o que, evidentemente, significa, *a contrario sensu*, que dita ação não se presta à reparação de quem foi *indiretamente prejudicado*; e (3^o) a admissão da propositura de ação individual, no caso de dano indireto, importaria em tornar definitivo, perpetuar, o dano social, que assim ficaria sem ressarcimento (o resultado da ação individual não reverte para a sociedade), em claro prejuízo para os credores da companhia, que têm no patrimônio social a garantia geral de seus créditos (CC, art. 391; e CPC, art. 591); e (4^o) a atribuição da indenização por dano social indiretamente aos acionistas implicaria proceder à entrega a estes últimos de resultados que, por lei, apenas lhe poderiam ser distribuídos atendidas as regras cogentes sobre distribuição de dividendos (LSA, art. 201) ou, ainda, ao fim do processo de liquidação (LSA, art. 215), obedecidas as preferências legais e a partilha universal do produto entre todos os sócios, e não exclusivamente entre os que se dispuseram a agir em juízo. De que a ação individual não se presta à reparação de danos indiretos é ponto sobre o qual não grassa nenhuma divergência, quer em nossa doutrina²²⁸, quer em nossa jurisprudência²²⁹, sendo, ainda, princí-

pio universalmente assente, tanto na Itália²³⁰ como na França²³¹, na Espa-

ciais aos acionistas. Vista a relação processual sob tais circunstâncias, máxime se se considerar a expressa disposição do art. 123 do Dec.-lei n. 2.627/40, é evidente que se configura, no caso, a hipótese do art. 267, § 3^o, do CPC. Os autores são partes ilegítimas para proporem ação de indenização contra os réus com base na má administração da sociedade. Os autores carecem da ação prevista no art. 123 do Dec.-lei n. 2.627/40" (TJRS, Ap. 25.418, 2^o CC, Rel. Des. CARLOS IGNÁCIO SANT'ANNA, v.u., j. 11-11-1976, *RJTJRS* 68/214). "Acionista da sociedade mercantil, a qual, por sua vez, é acionista de outra entidade comercial, não tem legitimidade para acionar administradores desta última para haver indenização por eventuais danos causados à empresa da qual participa. A ação prevista no art. 159, § 7^o, da Lei de Sociedades Anônimas aplica-se ao sócio ou ao terceiro diretamente prejudicado pelo ato do administrador" (TJPR, Ap. 584/89, 4^o CC, Rel. Des. WILSON REBACK, v.u., j. 27-6-1990, *RT* 683/132). Em sentido diverso (admitindo que o ex-sócio possa pedir o reflexo do dano social): "O ex-sócio minoritário tem legitimidade ativa para postular, através de ação indenizatória, a apuração de atos praticados pelo administrador judicial e pela sócia majoritária durante o processo de dissolução que tenham causado prejuízos à sociedade, bem como o ressarcimento dos danos que tenha sofrido em face dos reflexos financeiros incidentes na sua cota do capital social" (TJSC, Ap. 98.016425-7, 3^o CC, Rel. Des. EDER GRAF, v.u., j. 21-3-2000). Ainda em sentido diverso e liberal: "Não submetida a lesão patrimonial causada à companhia por seus administradores à assembleia de acionistas, visando a aprovação para a propositura de ação social, não afasta a possibilidade do acionista minoritário propor outra ação que não a social (§ 7^o do art. 159 da Lei n. 6.404), em nome próprio e visando a proteção de direito próprio, mesmo que, para isso, tenha que obter o retorno ao patrimônio da companhia daquilo que, por ato lesivo praticado pelos administradores, saiu do patrimônio dela" (TJRJ, Ap. 7.460/2004, 15^o CC, Rel. Des. NILTON MONDEGO DE C. LIMA, v.u., j. 28-7-2004).

230 Seguem nessa linha, na Itália, as opiniões de FRANCESCO GALGANO (*La società per azioni*, cit., n. 13, p. 303, *Derecho comercial*, cit., v. 2, n. 10.14, p. 381, e *Il nuovo diritto societario*, cit., n. 13, p. 287), GIORGIO CIAN e ALBERTO TRABUCCHI (*Commentario breve al Codice Civile*, cit., p. 2.437), GASTONE COTTINO (*Diritto commerciale*, cit., v. 1, t. 2, n. 121.1, p. 437), GIUSEPPE FERRI (*Manuale di diritto commerciale*, cit., n. 229, p. 400), GIANCARLO FRÈ e GIUSEPPE SBISA (*Società per azioni*, cit., t. 1, p. 865), FRANCO BONELLI (*Gli amministratori...*, cit., pp. 213-214 e 222-224, e *La responsabilità...*, cit., n. 20, p. 199) e ALBERTO TOFFOLETTO (*Diritto delle società: manuale breve* (obra coletiva, cit., § 99, p. 230), entre tantos outros. A Corte de cassação italiana, em 28 de fevereiro de 1998, assentou: "O dano ressarcível ex art. 2395" (= ação individual) "é apenas aquele incidente diretamente sobre o patrimônio do terceiro, do credor ou do sócio por efeito do comportamento doloso ou culposo do administrador no exercício de sua função; não porém o dano que fere o patrimônio da sociedade e, apenas em via mediata e reflexa, aquele do terceiro ou do sócio. Em outros termos, enquanto no caso da ação individual o dano deve incidir diretamente sobre o patrimônio do terceiro ou do sócio, nas duas outras hipóteses" (= ação social ou por violação de regras sobre a integridade do patrimônio social) "ele prejudica, imediatamente, o patrimônio social e apenas em via mediata e reflexa incidente sobre aquele do simples sócio ou credor" (em Foro it., 1998, I, c. 3246, pp. 3.249-3250, e em Il fall., 1999, p. 255, com nota de G. M. ZAMPERETTI).

231 Cf.: PAUL LE CANNU, *Droit des sociétés*, cit., n. 481, p. 287; JOSEPH HAMEL, GASTON LAGARDE e ALFRED JAUFFRET, *Droit commercial*, cit., v. 1, t. 1, n. 663, p. 411; MAURICE COZIAN e ALAIN VIANDIER, *Droit des sociétés*, cit., n. 362, p. 117; YVES GUYON, *Droit des affaires*, cit., t. 1, n. 462, p. 505; e ESTELLE SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence...*, cit., n. 291, p. 168.

227 Vide: ALFREDO LAMY FILHO e JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA, *A Lei das S.A.*, cit., p. 599; e MODESTO CARVALHOSA, *Comentários...*, cit., v. 2, p. 369.

228 A doutrina clássica ou moderna é convergente quanto ao ponto: ALFREDO LAMY FILHO e JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA, *A Lei das S.A.*, cit., p. 602; ALOYSIO LOPES PONTES, *Sociedades anônimas*, cit., v. 2, n. 451, p. 584, e n. 452, p. 585; FRAN MARTINS, *Ação individual de responsabilidade civil...* In: *Novos estudos...*, cit., p. 145; J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado...*, cit., v. 4, n. 1.229, p. 83, e n. 1.232, p. 84; LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *Comentários...*, v. 2, n. 232, p. 227; MODESTO CARVALHOSA, *Responsabilidade civil...*, cit., p. 41, e *Comentários...*, cit., v. 2, p. 365; NELSON EIZIRIK, *Responsabilidade civil dos administradores da sociedade anônima*. In: *Sociedade anônima...*, cit., p. 264; e SPENCER VAMPRE, *Tratado elementar de direito comercial*, cit., v. 2, p. 288; entre tantos outros.

229 Nesse sentido: "Não basta a repercussão indireta ou oblíqua para legitimar o pedido, pelo acionista, que visa pedir indenização em caráter pessoal (...). As alegações constantes da inicial referem-se a atos praticados em prejuízo da empresa. Atos desastrosos que levaram a sociedade à autofalência. Atos diretamente perniciosos aos interesses sociais, e indiretamente prejudi-

nha²³², na Argentina²³³, em Portugal²³⁴, na Suíça²³⁵, nos Estados Unidos da América²³⁶ e em vários outros países.

Dano individual indireto: reparação indireta pela ação social. Na realidade, os danos individuais indiretos (que são danos sociais diretos) são ressarcidos unicamente de forma indireta. Vale dizer, assim como o prejuízo experimentado pelo acionista é indireto, a reparação também é indireta, por meio da reparação do dano social: propondo a ação social, sob a forma *ut universi* ou *ut singuli*, os resultados dessa ação são ao final deferidos à companhia (LSA, art. 159, § 5º); e com isso, recomposto o patrimônio social, dá-se indiretamente a reparação do dano sofrido pelo acionista, com a recomposição do valor de suas participações societárias.

Dificuldades na identificação dos danos diretos e indiretos. Na prática, porém, nem sempre é fácil diferenciar corretamente os danos diretos e indiretos²³⁷, sobretudo quando eles vêm habilmente disfarçados por uma intencional exposição obscura dos fatos na petição inicial. De toda sorte, não constitui dano individual o fato de as participações societárias dos sócios terem sofrido

queda de cotação²³⁸. Também não o é o desvio social cometido pelo administrador da sociedade que venha a redundar em distribuição inferior de dividendos²³⁹. Na prática, aliás, não são frequentes os danos individuais diretos – os quais, em geral, não resultam de faltas cometidas na gestão da empresa, mas de atos ilícitos praticados contra os acionistas (como aqueles exemplificados no subitem 4.2.3). Na espécie, avulta a necessidade de o juiz exigir do autor da ação de indenização a perfeita individuação dos danos experimentados (conforme explicado mais adiante, no subitem 8.4), a fim de evitar que os acionistas possam burlar a regra de legitimação para a ação social ou haver para si numerário que, corretamente, deveria ser vertido para a sociedade.

7.4.2 Espécies de ações individuais

A ação individual de responsabilidade civil contra administrador poderá ser proposta por qualquer pessoa que tenha sofrido um dano direto em seu patrimônio. Em nosso direito, o acionista e o terceiro são tratados da mesma forma²⁴⁰.

7.4.2.1 Ação individual do acionista

A ação individual do acionista poderá ser proposta naquelas hipóteses em que o acionista sofra prejuízo direto, que não seja reflexo do dano sofrido pela companhia. Neste estudo, apresentam-se várias hipóteses em que isso pode suceder (no subitem 4.2.2, *supra*).

O sócio da acionista. O sócio da acionista da companhia não pode pretender responsabilizar os administradores desta última por danos experimentados por aquela acionista, já que, nesse caso, estaria a pleitear em nome próprio direito da acionista (CPC, art. 6º). Quem pode promover a ação referida no art. 159, § 7º, da LSA, é a própria acionista diretamente prejudicada, não o seu

232 Cf.: JESUS RUBIO, *Curso de derecho de sociedades anónimas*, cit., n. 155, p. 305; e MANUEL BROSETA PONT, *Manual de derecho mercantil*, 9. ed., Madrid: Tecnos, 1991, p. 293.

233 Cf.: CLAUDIA CECILIA FLAIBANI, *Ley de sociedades comerciales: comentada y anotada*, cit., p. 899 (lembrando que a ação individual destina-se a “reparar los daños directos ocasionados a los socios o terceros, pero no los indirectos por menoscabo del patrimonio social”). Nos tribunais: “Debe distinguirse entre la acción individual de la acción social de responsabilidad ejercida por el socio individualmente, la que se origina por un daño en el patrimonio del socio, producido a través de la figura societaria. Esta acción, de carácter individual no tiende a la indemnización de los daños causados al socio, a través del patrimonio social (daños secundarios), sino a indemnizarle los daños directamente sufridos por el demandante en su patrimonio. La acción individual de responsabilidad se refiere a los daños que el accionista reciba personalmente y no a los restantes del mayor daño sufrido por la sociedad” (C.N.Com., Sala B, junio 13-991, “Noel, Carlos c/ Noel y Cía. S.A.”).

234 Cf.: NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anônima*, cit., n. 6.2.4.3, p. 100; e PEDRO CAETANO NUNES, *Responsabilidade civil dos administradores perante os accionistas*, Coimbra: Livr. Almedina, 2001, pp. 44-45.

235 Cf.: WALTER A. STOFFEL, *Klagen und Einreden in der Organverantwortlichkeit*. In: *Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates – La responsabilité des administrateurs* – obra coletiva, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1994, pp. 18-19; e PETER WIDMER e OLIVER BANZ, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Obligationenrecht II* – art. 530-1186 OR – obra coletiva, 2. Aufl. Basel, Genf, München: Helbing & Lichtenhahn, 2002, pp. 1109-1110.

236 Cf.: MELVIN ARON EISENBERG, *Corporations and other business organizations: cases and materials*, 9th ed., New York: Foundation Press, 2005, p. 653.

237 Cf.: FRANCO BONELLI, *La responsabilità...*, cit., n. 20, p. 199.

238 Nesse sentido (França): Cass. com., 26-1-1970, Recueil Dalloz-Sirey 1870, 618, com notas de J. GUYÉNOT; *Juris-classeur périodique – générale* 1970. II. 16385, com notas de Y. GUYON; *Revue des sociétés*, 1970, 476; Cass. com. 4-3-1986, Bulletin des arrêts de la Cour de cassation – chambres civiles IV, n. 42; e Cass. com., 1º-4-1997, Bulletin Joly – sociétés, julho de 1997, § 248, p. 641, com notas de J.-F. BARBIÉRI.

239 Nesse sentido (França): *Cour d’appel de Paris*, 6-12-2002, Bulletin Joly – sociétés, 2003, § 92, p. 474, com notas de J.-F. BARBIÉRI.

240 A interpretação de MASSIMO FRANZONI para o direito italiano é igualmente válida no direito pátrio: “A norma, após ter lembrado que legitimados ativos são o sócio e o terceiro, não dita uma disciplina diferente para um ou para o outro, deixando deste modo entender que não é a qualificação subjetiva a condição para promover a ação, mas o fato de ter sofrido um dano pela atividade ilícita dos administradores” (*La responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, cit., n. 26, p. 84; trad. livre do Autor).

sócio²⁴¹. O prejuízo porventura experimentado pelo sócio da acionista (em razão do dano diretamente sofrido pela acionista) seria meramente reflexo ou indireto. E do mesmo modo como a acionista não pode utilizar-se da ação individual para obter o ressarcimento de seu dano indireto, não pode o seu sócio utilizar-se de ação individual contra a companhia, pleiteando a reparação do seu dano meramente indireto, conseqüência do dano direto experimentado pela acionista.

7.4.2.2 Ação individual do terceiro

O terceiro – credor social ou não – poderá agir contra o administrador. Para tanto, é necessário apenas que possa imputar diretamente ao administrador a prática de ato ilícito. Mesmo depois de decretada a falência da companhia, o terceiro preserva a sua legitimação para agir contra os administradores²⁴².

7.5 A APLICAÇÃO DAS REGRAS DA LEI ACIONÁRIA ÀS SOCIEDADES LIMITADAS

As sociedades limitadas encontram-se atualmente reguladas no direito brasileiro nos arts. 1.052 a 1.087 do Código Civil e, nas omissões de tais regras, são a elas aplicáveis as normas da sociedade simples, embora possa o contrato social prever a sua regência supletiva pelas normas da sociedade anônima (CC, art. 1.053, *caput* e par. ún.). Se o contrato social prever a regência supletiva da limitada pelas regras da anônima, a aplicação dos institutos da ação social de responsabilidade civil e da substituição processual da sociedade pelos sócios será construção de fácil assimilação e, nesse caso, será imperiosa a observância dos requisitos e pressupostos destacados neste estudo²⁴³. O que dizer, no en-

tanto, se o contrato social silenciar ou mesmo expressamente prever a aplicação subsidiária à sociedade limitada das regras da sociedade simples (sociedade não-empresária)? Considerando que não existem na disciplina da sociedade simples regras específicas sobre a efetivação da responsabilidade do administrador, cabe indagar: a ação social contra o administrador da sociedade limitada ficaria a depender de prévia deliberação dos quotistas? Poderia o sócio, ainda assim, agir na condição de substituto processual da sociedade, se a ação não for proposta no prazo de três meses contados daquela deliberação? Poderiam quotistas titulares de participações societárias representativas de pelo menos 5% (cinco por cento) do capital social propor a ação social derivativa? Para essas e outras questões conexas, infelizmente, a lei civil não fornece respostas certas, de sorte que, em mais essa área, abriu-se campo fértil para as discussões²⁴⁴.

Realmente, a disciplina societária do Código Civil não contempla o instituto da ação social nem regula hipóteses de substituição processual da sociedade pelos sócios, de modo que, se o contrato social da sociedade limitada não prever a sua regência supletiva pelas normas da sociedade anônima, faltará *via remissiva direta* para recorrer aos preceitos da Lei das S/A, de forma subsidiária

n. 4.3, p. 229, e *A responsabilidade do administrador da sociedade limitada*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, n. 3.5, p. 83; e ROBSON ZANETTI, *Manual da sociedade limitada*, Curitiba: Juruá, 2007, pp. 228-229. Nos tribunais: TJPR, AI 318.266-9, Ac. 3.023, 10ª CC, Rel. Des. WILDE DE LIMA PUGLIESE, v.u., j. 23-2-2006; e TJPR, AI 106.732-3, Ac. 19.937, 4ª CC, Rel. Des. LAURO LAERTES DE OLIVEIRA, v.u., j. 27-2-2002.

244 Quando ainda se encontrava em vigor no direito pátrio a antiga lei de regência das sociedades por quotas de responsabilidade limitada (Decreto n. 3.708, de 10-1-1919), os estudiosos sempre encontraram, na caledoscópica redação de seu art. 18 ou em outros preceitos, argumentos ou, para os céticos, pretextos, para invocar subsidiariamente as regras da Lei das S/A e, de forma iterativa, sustentaram a aplicação das ações sociais *ut singuli e ut universi* de responsabilidade civil; ou, quando assim não agiram, procuraram defender outras soluções que a tanto equivaliam (vide: CARLOS FULGÊNCIO DA CUNHA PEIXOTO, *A sociedade por cota de responsabilidade limitada*, Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 1, n. 269, p. 336; EGBERTO LACERDA TEIXEIRA, *Sociedades limitadas e anônimas no direito brasileiro: estudo comparativo*, São Paulo: Saraiva, 1987, p. 48; JOSÉ WALDECY LUCENA, *Das sociedades por quotas...*, cit., n. 10, pp. 358-365; NELSON ABRÃO, *Sociedade por quotas de responsabilidade limitada*, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, n. 63, p. 113; e DANIELA ZAITZ, *Responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas e por quotas de responsabilidade limitada*, RT 740/32). O panorama, porém, modificou-se sensivelmente com o advento do Código Civil de 2002 – sobre o qual talvez aqui se pudesse dizer com maior propriedade exatamente aquilo que, no passado, WALDEMAR MARTINS FERREIRA (*Sociedades por quotas*, 5. ed., São Paulo: Monteiro Lobato, 1923, n. 326, p. 299) afirmou sobre o revogado Dec. n. 3.708/1919, que, ao final, mostrou-se bastante profícuo: “Estamos a ver nele uma sementeira de decepções. E também de demandas”...

241 Cf.: “Acionista de sociedade mercantil, a qual, por sua vez, é acionista de outra entidade comercial, não tem legitimidade para acionar administradores desta última para haver indenização por eventuais danos causados à empresa da qual participa. A ação prevista no art. 159, § 7º, da Lei das Sociedades Anônimas aplica-se ao sócio ou ao terceiro diretamente prejudicado pelo ato do administrador” (TJPR, Ap. 584/89, 4ª CC, Rel. Des. WILSON REBACK, v.u., j. 27-6-1990, RT 683/132).

242 Cf.: TULLIO ASCARELLI, *Responsabilidade dos diretores para com terceiros*. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, cit., nota 27, p. 527.

243 Cf. (admitindo a utilização da ação social de responsabilidade civil prevista na LSA, se prevista a aplicação subsidiária da lei acionária ao contrato social): VERA HELENA DE MELLO FRANCO, *Manual de direito comercial*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, v. 1, n. 2.12, p. 263; FÁBIO TOKARS, *Sociedades limitadas*, São Paulo: LTr, 2007, n. 11, p. 299; LUCILA DE OLIVEIRA CARVALHO, *A administração da sociedade limitada e o novo Código Civil*. In: *Direito da empresa no novo Código Civil* – Frederico Viana Rodrigues (Coord.), Rio de Janeiro: Forense, 2004,

ria: seja porque o art. 1.053, par. ún., do Código Civil só autoriza essa aplicação subsidiária, se o contrato social a previr (e a hipótese de que estamos a tratar é exatamente aquela em que tal não sucedeu); seja porque a Lei das S/A tampouco é lei supletiva ao Código Civil, mas, antes, é exatamente o contrário daquilo que em lei se estabeleceu (CC, art. 1.089). Nesta quadra, inviabilizada a aplicação subsidiária, restaria ao intérprete somente o recurso à analogia (analogia legis)²⁴⁵, como forma de *suprimento da lacuna da lei* (LICC, art. 4^o); no caso, a lacuna encontrar-se-ia não na disciplina específica das sociedades limitadas (CC, arts. 1.052 a 1.087), mas no próprio Código Civil. Ainda assim, a construção é assaz conflituosa.

De fato, o recurso à analogia pressupõe, em primeiro lugar, que a disposição legal seja, por sua natureza, suscetível de extensão e, em segundo lugar, que no caso omissivo se verifique perfeita paridade de razões que governam as disposições no caso expresso da lei²⁴⁶. O seu fundamento repousa na identidade da *ratio legis*, expressa no princípio segundo o qual, onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de direito (*ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*). A analogia constitui forma de auto-integração do sistema jurídico (a lacuna encontra-se na lei, e não no sistema) e, nessa linha, é “processo revelador de normas implícitas”²⁴⁷. Entende-se que o método analógico não teria aplicação em relação ao direito excepcional ou singular²⁴⁸ (pois, em relação a este, que encerra exceções, os casos não previstos submetem-se à regra geral).

245 A analogia, recorde-se com VICENTE RÃO, “consiste na aplicação dos princípios extraídos da norma existente a casos outros que não os expressamente contemplados, mas cuja diferença em relação a estes, não seja essencial; consiste, isto é, na aplicação desses princípios aos casos juridicamente iguais, ou iguais por sua essência” (*O direito e a vida dos direitos*, São Paulo: Max Limonad, 1952, v. 1, t. 2, n. 379, p. 602). A analogia legis “ocorre quando a norma é aplicada ao caso por ela não previsto mas que é parte da mesma matéria do caso contemplado” (op. cit., p. 604).

246 OSCAR TENÓRIO, *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro*, 2. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, n. 174, p. 111.

247 MARIA HELENA DINIZ, *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro interpretada*, São Paulo: Saraiva, 1994, p. 109. MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES registrava, com fina beleza, que “a sua fonte não é a vontade do legislador, senão os supremos princípios da igualdade jurídica” (*Curso de direito civil*, 3. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, v. 1, n. 94, p. 177).

248 Cf.: CARLOS MAXIMILIANO, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 2. ed., Rio Grande do Sul: Editora Globo, 1933, n. 245, p. 231; MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, *Curso de direito civil*, 3. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1960, v. 1, n. 97, p. 180; OSCAR TENÓRIO, *Lei de Introdução ao Código Civil brasileiro*, 2. ed., Rio de Janeiro: Borsoi, 1955, n. 176, p. 112; e ARNOLDO WALD, *Curso de direito civil brasileiro*, 6. ed., 2. tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, v. 1, n. 41, p. 72.

A mais séria impugnação que se poderia opor ao recurso à aplicação analógica do instituto da ação social e, em especial, das ações sociais *ut singuli*, no caso de que estamos a tratar, é de que as hipóteses de substituição processual encerrariam verdadeiro direito singular e não poderiam resultar da analogia, mas somente da lei: “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei” (CPC, art. 6^o). CELSO NEVES, aderindo a essa perspectiva, sustentou que “a fórmula negativa do enunciado dá ênfase à excepcionalidade da permissão, de um direito estrito, infensa, portanto, a aplicações analógicas ou extensivas”²⁴⁹. Sem embargo dessa douta opinião, parece-nos possível, com apoio nas lições consistentes de ARRUDA ALVIM, concluir possam as hipóteses de substituição processual decorrer da lei ou do sistema jurídico²⁵⁰, e, no caso, a analogia não mais seria do que um modo de inferir a regra implícita existente no próprio sistema jurídico²⁵¹. Aliás, os tribunais pátrios, em mais de uma oportunidade, inferiram as hipóteses de legitimação extraordinária a partir da análise do próprio sistema jurídico²⁵². Dentro dessa linha, não parece existir óbice intransponível à aplicação dos institutos do art. 159 da Lei n. 6.404/76 às sociedades limitadas que não prevejam em contrato social a aplicação subsidiária das normas da sociedade anônima²⁵³. Assim entendem, entre outros estudiosos, ALFREDO DE ASSIS

249 CELSO NEVES, *Legitimação processual e a nova Constituição*, RP 56/52.

250 A substituição processual resulta da lei, mas, em certas situações, poderá decorrer do próprio sistema jurídico (cf.: ARRUDA ALVIM, *Código de Processo Civil comentado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, v. 1, n. 4.1, p. 428, e *Tratado de direito processual civil*, 2. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, v. 1, n. 3, p. 515). Lembre-se que, durante o processo legislativo, o atual art. 6^o do CPC sofreu mudança de redação, para o fim de excluir a palavra “expressamente”, com o que se evidenciou a desnecessidade da previsão legal expressa.

251 JOSÉ WALDECY LUCENA informa que, na França e na Argentina, os tribunais admitiram o recurso à analogia para legitimar a ação social *ut singuli* (*Das sociedades por quotas...*, cit., n. 10, p. 359).

252 Assim, por exemplo, ao reconhecer ao chefe de equipe cirúrgica a possibilidade de cobrar em juízo a totalidade dos honorários correspondentes aos serviços prestados pelos seus colaboradores (STJ, REsp 73.049-SP, 4^o T., Rel. Min. RUY ROSADO DE AGUIAR, v.u., j. 13-11-1995, DJU 18-12-1995, p. 44.587).

253 E nos demais tipos societários, em especial na sociedade simples e na sociedade em nome coletivo: seria cabível a *actio pro socio* e, caso positivo, aplicar-se-ia o art. 159 da LSA? Talvez se pudesse cogitar do uso da *actio pro socio* contra os administradores e, aliás, sem as restrições previstas na lei acionária. É que, sobretudo nos tipos societários em questão, os deveres de colaboração e de lealdade manifestam-se de maneira mais marcante do que nas sociedades de capitais: os sócios obrigam-se a contribuir para o exercício da atividade econômica não apenas perante a sociedade, mas, de maneira recíproca, perante os demais sócios; os sócios, portanto, obrigam-se perante os demais a contribuir a favor da sociedade. Essa particularidade, diversa-

GONÇALVES NETO, FÁBIO ULHOA COELHO, HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS, VERA HELENA DE MELLO FRANCO e JOSÉ WALDECY LUCENA²⁵⁴ – sendo que este último autor entende que o percentual da participação societária para legitimar a ação social derivada (LSA, art. 159, § 4º) e o prazo de preferência para a propositura da ação social pela sociedade (LSA, art. 159, § 3º) seriam *ius dispositivum*, a admitir regulação diversa no contrato social.

As sociedades limitadas regidas pelas regras das sociedades simples podem ser aplicados, por analogia, os preceitos da Lei das S/A sobre o acionista controlador e a efetivação de sua responsabilidade civil²⁵⁵, inclusive em caso de grupo de sociedades. A disciplina do poder de controle constitui outra lacuna do Código Civil, para cujo suprimento é mister utilizar a analogia.

No direito alemão, a GmbHG não prevê expressamente o cabimento da ação social dos sócios (§ 43)²⁵⁶; discute-se, todavia, se o seu exercício poderia ser

mente do que sucedia no regime anterior, encontra-se claramente estabelecida na própria definição legal de sociedade dada pelo art. 981 do CC: “Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados”. Por isso, o sócio-administrador que, atuando de maneira ilícita, causa prejuízo à sociedade, falta com os deveres de lealdade e colaboração para com todos os demais e a sociedade. Assim, o sócio que ingressa em juízo para obter a reparação dos danos causados não estaria fazendo outra coisa senão exigir o cumprimento, o adimplemento, a correta satisfação da obrigação que o sócio-faltoso assumiu não só perante a sociedade, mas, também, perante os demais pares (“reciprocamente se obrigam”). Não haveria, aí, uma substituição processual plena. Essa mesma construção, aliás, talvez pudesse até mesmo ser transposta para determinadas sociedades limitadas, uma vez verificadas as suas características concretas e as da respectiva administração social. A tese é polêmica, e as idéias ficam aqui lançadas para reflexão.

254 Vide: ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, *Lições de direito societário*, cit., v. 1, n. 115, pp. 263-264; FÁBIO ULHOA COELHO, *A sociedade limitada no novo Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 2003, p. 53; HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, *Curso de direito comercial*, São Paulo: Malheiros, 2006, v. 2, n. 5.10.10, p. 462; MANOEL DE QUEIROZ PEREIRA CALÇAS, *Sociedade limitada no novo Código Civil*, São Paulo: Atlas, 2003, n. 8.1.2, pp. 144-145; JOSÉ WALDECY LUCENA, *Das sociedades limitadas*, 5. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2003, pp. 463-469; e VERA HELENA DE MELLO FRANCO, *Manual de direito comercial*, cit., v. 1, n. 2.12, p. 263. Ainda no mesmo sentido são, aparentemente, as lições de LUCILA DE OLIVEIRA CARVALHO (*A responsabilidade do administrador da sociedade limitada*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, n. 3.5, p. 85), TARSIS NAMETALA SARLO JORGE (*Manual das sociedades limitadas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, n. 28.17, p. 293) e OSMAR BRINA CORRÊA-LIMA (*Sociedade limitada*, Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 102). Em sentido contrário: FÁBIO TOKARS, *Sociedades limitadas*, cit., n. 11, pp. 297-298.

255 Cf.: FÁBIO KONDER COMPARATO, *Acionista controlador*. In: *Sociedade anônima...*, cit., pp. 50-51.

256 GmbHG, § 43: (1) Os gerentes devem colocar, nos negócios da sociedade, o cuidado de um comerciante ordenado. (2) Os gerentes que violam as suas obrigações respondem, solidaria-

admitido através do recurso ao instituto da *actio pro socio* (cuja origem remota está no direito romano, mas que, a partir do Império, foi recebida pelos tribunais alemães)²⁵⁷. Na França, o cabimento da ação social *ut singuli* é expressamente admitido em qualquer sociedade, salvo regra especial em contrário (CC fr., art. 1843-5, acrescentado pela Lei de 5-1-1988)²⁵⁸. Em Portugal, a regulamentação encontra-se na parte geral, aplicável a todas as sociedades.

7.6 AS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRA ADMINISTRADORES NOS GRUPOS DE SOCIEDADES

Grupos de sociedades: noções introdutórias. A vigente Lei das S/A inscreve-se entre os diplomas pioneiros na regulamentação jurídica do fenômeno dos grupos societários. Atrás apenas da *Aktiengesetz* alemã de 1965, foi a segunda lei acionária no mundo a regulá-los de maneira sistemática²⁵⁹, não obstante o fenômeno da estruturação de grupos de sociedades tenha as suas raízes em tempos remotos²⁶⁰. Foi só com a sua intensificação a partir da segunda me-

mente, perante a sociedade. (3) Eles estão, em especial, obrigados a indenizar quando, contra o disposto no § 30, efetuarem pagamentos à custa do patrimônio da sociedade, necessário para a manutenção do capital social, ou quando, contra o disposto no § 33, tenham sido adquiridas quotas próprias da sociedade. As prescrições do § 9(1) aplicam-se à pretensão de indenização. Na medida em que a indenização seja necessária, para a satisfação dos credores da sociedade, os gerentes não ficam exonerados pelo fato de terem agido em execução de uma deliberação dos sócios. (4) As pretensões baseadas nas disposições anteriores prescrevem em cinco anos.

257 Pelo recurso à *actio pro socio*, o sócio pode exercer, em nome próprio, pretensão da sociedade (cf.: KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl. Köln: Carl Heymanns, 2002, § 21, IV, pp. 641-642; MARCUS LUTTER e PETER HOMMELHOFF, *GmbH-Gesetz*, cit., § 43, n. 26, p. 553; e ADOLF BAUMBACH e ALFRED HUECK, *GmbH-Gesetz*, cit., § 13, IV, n. 32, p. 186, e § 43, IV, n. 21, p. 806). No entanto, embora aceita a possibilidade de o sócio exercitar pretensões sociais contra outros sócios, o entendimento francamente majoritário é no sentido de que não poderia o sócio exercer pretensão social contra terceiro ou contra administrador (“nicht gegenüber Dritten, auch nicht Geschäftsführer”), segundo anotam ADOLF BAUMBACH e ALFRED HUECK (op. cit., § 13, IV, n. 34, p. 187), fazendo referência às opiniões de ROTH (*GmbH-Gesetz Kommentar*), ROWWEDER (*GmbH-Gesetz, Kommentar*) e SCHOLZ/EMMERICH (*Kommentar zum GmbH-Gesetz*).

258 Cf.: PAUL LE CANNU, *Droit des sociétés*, cit., n. 480, p. 286; e YVES GUYON, *Droit des affaires*, cit., t. 1, n. 462, p. 504.

259 O DL n. 2.627/40 fazia apenas tímida referência ao fenômeno da coligação de sociedades (art. 135, § 2º). Outras leis – como a CLT e as Leis n. 4.137/62, 4.595/64 (Lei Bancária), 4.728/65 e 6.024/74 – também faziam alusão apenas circunstancial a institutos próprios dos grupos de sociedades. Em tempos mais recentes, porém, a Lei n. 8.884, de 11 de junho de 1994 (Lei Antitruste), em seu art. 15, refere-se expressamente “a quaisquer associações de entidades ou pessoas, constituídas de fato ou de direito”.

260 Confira-se, a esse respeito, o curioso estudo de FÁBIO KONDER COMPARATO, intitulado Na proto-história das empresas multinacionais: o Banco Médici de Florença (in: *Direito empresa-*