

3.2 DEVERES, PROIBIÇÕES E ATRIBUIÇÕES

Apesar de não ter criado regulamentação rígida e específica para guiar a atuação e o poder decisório dos administradores (ditando o que poderiam, não poderiam ou deveriam fazer concretamente diante de cada situação da vida negocial), o legislador pátrio nem por isso foi econômico ou sintético na definição dos deveres²¹. Antes, pelo contrário, esforçou-se em ofertar “enumeração minuciosa, e até pedagógica dos deveres dos administradores” (como frisado na Exposição de Motivos), com o claro propósito de não permitir que certas condutas pudessem ficar impunes, supostamente porque não teriam sido expressamente sancionadas²². Daí por que, mesmo correndo o risco de ser tachado de “prolixo e repetitivo”²³, o legislador deliberadamente optou por ser detalhista e esmiuçar ao máximo os padrões de comportamento desejados, nos arts. 153 a 158 da lei acionária. E, por isso, não deveria merecer críticas²⁴.

3.2.1 Os deveres gerais destacados na lei acionária

Os principais deveres gerais dos administradores de companhia encontram-se arrolados nos arts. 153 a 158 da Lei das S/A e são os seguintes: (i) dever de diligência (LSA, art. 153); (ii) dever de dar cumprimento às finalidades das atribuições do cargo (LSA, art. 154); (iii) dever de lealdade (LSA, art.

21 É ponto pacífico na doutrina a impossibilidade de serem positivamente enumerados todos os atos que, dentro das suas funções normais, podem ser validamente praticados pelos administradores (cf.: FRAN MARTINS, Poderes dos administradores nas sociedades anônimas. In: *Direito societário: estudos e pareceres*, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 112). Entende-se, pois, que, salvo as restrições estabelecidas na lei ou nos estatutos, os administradores podem validamente praticar todos os atos compreendidos no objeto social.

22 Com autoridade, OSCAR BARRETO FILHO testemunhou que “em nossa experiência profissional, em trinta anos de lides forenses, sempre verificamos a resistência dos tribunais à aplicação, nesta matéria, dos princípios gerais hauridos na legislação comparada, enquanto não incorporados a texto expresso de direito positivo (...). Esta circunstância talvez explique a orientação adotada pelo legislador de 1976” (Medidas judiciais da companhia contra os administradores, RDM 40/11). Nesse sentido, é possível, com OSMAR BRINA CORRÊA-LIMA, reconhecer na atitude do legislador, de esmiuçar regras concretas ainda quando elas sejam apenas desdobramentos de outras de maior abstração, uma “demonstração de desconfiança” (*Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima*, Rio de Janeiro: Aide, 1989, pp. 55-56). Ainda assim, dá para censurar o legislador?

23 A crítica é de ATILA DE SOUZA LEÃO ANDRADE JR. (*Comentários ao novo Código Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 4, n. 8.9.1, p. 273).

24 A censura que se poderia fazer à Lei das S/A é de que as suas normas não são efetivas (cf. SÉRGIO MARQUES DA CRUZ, *Sociedades anônimas: responsabilidade da Administração e do Conselho Fiscal*, RAASP 16/59), embora, quanto a isso, não seja razoável imputar ao legislador culpa exclusiva por problemas claramente estruturais do Poder Judiciário e de formação dos profissionais da área jurídica.

155); (iv) deveres próprios sobre conflito de interesses (LSA, art. 156); (v) dever de sigilo (LSA, art. 155, §§ 1º a 4º); (vi) dever de informar (LSA, art. 157); e (vii) dever geral de vigilância (LSA, art. 158, §§ 1º e 4º). De acordo com a concepção do direito inglês, são deveres de índole fiduciária. Dentre eles, somar, com ALFREDO LAMY FILHO e JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA, que o dever de maior amplitude é o de diligência, sendo que os demais, a rigor, constituem “meros desdobramentos e exemplificações do padrão de comportamento dos administradores definido pela lei em vigor”²⁵.

Deveres específicos. Afora esses deveres (amplos e gerais) destacados na lei acionária, outros muitos deveres específicos, aplicáveis a hipóteses determinadas, encontram-se mencionados em vários outros preceitos, que serão referidos adiante (no subitem 3.2.2).

Deveres implícitos. Além dos deveres expressos, há os deveres implícitos (como o de cumprir os estatutos e as deliberações válidas da assembleia geral e do conselho de administração), dedutíveis de normas gerais ou mesmo de princípios societários. Estes, assim como os deveres expressos, se forem descumpridos e disso resultarem prejuízos à companhia, gerarão igualmente o dever de indenizar²⁶.

Deveres individuais. Os deveres dos administradores os obrigam para com a companhia, de forma individual, ainda quando eles integrem órgão coletivo e não tenham, *de per se*, atribuições individualmente exercitáveis²⁷.

Deveres para com a companhia. Os deveres de índole fiduciária (como os de diligência e lealdade), pelo texto da lei, obrigam os administradores para com a companhia, apenas²⁸. Em princípio, portanto, não existe o dever de lealdade do administrador para com o sócio²⁹, a não ser indiretamente (isto é, na

25 ALFREDO LAMY FILHO e JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA, *A Lei das S.A.*, cit., p. 235. Com igual registro: ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lisboa: Lex, 1997, § 3º, p. 40; EGBERTO LACERDA TEIXEIRA e JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, São Paulo: Bushatsky, 1979, v. 2, § 25, n. 157, p. 471; e OSMAR BRINA CORRÊA-LIMA, *Responsabilidade civil...*, cit., p. 65, e *Sociedade anônima*, 3. ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 181.

26 Cf.: FÁBIO ULHOA COELHO, A natureza subjetiva da responsabilidade civil dos administradores de companhia, *Revista de Direito da Empresa* 1/23.

27 Cf.: L. C. B. GOWER, *Gower's principles of modern company law*, cit., p. 599.

28 Como explica L. C. B. GOWER, “the fiduciary duties are owed to the company and to the company alone (...). In general, the directors owe no duties to the individual members as such or, *a fortiori*, to a person who has not yet become a member – such as a potential purchaser of shares in it” (*Gower's principles of modern company law*, cit., p. 599).

29 Cf.: MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, p. 296.

medida em que o interesse do sócio identifique-se com aquele da própria sociedade), como dever geral de lealdade societária.

Passemos, pois, à análise dos principais deveres destacados na lei acionária³⁰.

3.2.1.1 Dever de diligência

O dever de diligência (*Sorgfaltspflicht* ou *duty of care*), previsto no art. 153 da Lei das S/A, expressa-se na regra segundo a qual “o administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”. Manteve-se o mesmo padrão vigente no art. 116, § 7º, da antiga lei acionária brasileira (DL n. 2.627/40)³¹, o qual, na essência, acolheu o critério do *bonus pater familias* de filiação romanística³².

Em outros países, o padrão de comportamento adotado na caracterização do dever de diligência tem sido diverso. Na Itália, por exemplo, até a reforma societária de 2003, fazia-se referência à diligência própria de mandatário³³

30 Para uma visão geral dos deveres gerais (deveres ético-sociais) dos administradores no direito brasileiro, vide: RUBENS REQUIÃO, *A ética na administração da sociedade anônima*. In: *Aspectos modernos de direito comercial*, São Paulo: Saraiva, 1980, v. 2, pp. 45-54; RENATO VENTURA RIBEIRO, *Dever de diligência dos administradores de sociedades*, São Paulo: Quartier Latin, 2006; e FLÁVIA PARENTE, *O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

31 Decreto-lei n. 2.627, de 26 de setembro de 1940, art. 116, § 7º: “Os diretores deverão empregar, no exercício de suas funções, tanto no interesse da empresa, como no do bem público, a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar, na administração de seus próprios negócios”. Fórmula semelhante à nossa prevalece no direito chileno, que “consagra la regla de que los directores deben emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios” (CARLOS GILBERTO VILLEGAS, *Tratado de las sociedades*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1995, n. 4.6, p. 144).

32 Cf.: J. C. SAMPAIO DE LACERDA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, São Paulo: Saraiva, 1978, v. 3, p. 190; e RENATO VENTURA RIBEIRO, *Dever de diligência dos administradores de sociedades*, São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 244; entre tantos outros.

33 CC it., art. 2.392, 1ª parte (antes da Reforma de 2003): “Responsabilità verso la società. Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dall’atto costitutivo con la diligenza del mandatario (...)”. O legislador italiano, ao contrário do que uma leitura afoita do preceito poderia equivocadamente sugerir, não pretendeu afirmar que o administrador sendo mandatário da sociedade (concepção essa de há muito ultrapassada pelas teorias organicistas), mas, de fato, apenas pretendeu dispor que, no exercício de sua função, deve adotar o mesmo grau de diligência do mandatário. GASTONE COTTINO, a propósito, é incisivo: “L’art. 2392 si limita a statuire che l’amministratore deve adempiere ai doveri a lui imposti dalla legge e dall’atto costitutivo con la diligenza del mandatario. L’amministratore esercita perciò mansio- ni proprie del mandatario ma non è un mandatario tout court” (*Diritto commerciale*, 4. ed., Padova: CEDAM, 1997, v. 1, t. 2: *Le società*, n. 111, p. 404). Também FRANCESCO GALGANO

e, na atualidade, é feita alusão “à diligência requerida pela natureza de sua função e de sua específica competência” (CC it., art. 2.392)³⁴. Já na Alemanha, o legislador adota o critério da diligência de diretor de empresa consciencioso (AktG de 1965, § 93)³⁵, mais específico e consentâneo com a importância das grandes companhias na economia. Em Portugal, há menção à diligência “de um gestor criterioso e ordenado” (CSC, art. 64³⁶). Na Argentina, menciona-se a lealdade e a diligência “de un buen hombre de negocios” (LSC, art. 59³⁷). Na Suíça, é feita alusão à necessidade de atuar “com toda diligência” (mit

acentua que “la remisión a la diligencia del mandatario se reduce, por este motivo, a la aclaración de que la diligencia exigida al administrador de sociedades por acciones es la normal y ordinaria, y non una diligencia especial de mayor o menor intensidad” (*Derecho comercial*, v. 2 – tradução de Jorge Guerrero, Colombia: Temis, 1999, n. 10.12, pp. 374-375). Nessa linha: 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. 11, p. 294; GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano: Giuffrè, 1956, p. 184; e GIANCARLO FRÈ e GIUSEPPE SBISÀ, *Società per azioni*, 6. ed. Bologna: Zanichelli, 1997, t. 1, p. 839. Em sentido contrário, RENATO VENTURA RIBEIRO afirma que, “na Itália, os administradores de sociedades anônimas são considerados mandatários” (*Dever de diligência...*, cit., p. 236).

- 34 CC it., art. 2.392, 1ª parte: “Responsabilità verso la società. Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dallo statuto con la diligenza richiesta dalla natura dell’incarico e dalle loro specifiche competenze (...)”.
- 35 AktG de 1965: “§ 93 (1) Os membros da diretoria devem empregar, em sua condução dos negócios, o zelo de um administrador diligente e consciencioso (...)”. No original: “§ 93 (1) Die Vorstandsmietglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden (...)”. A regra provém da AktG de 1937, § 84. O padrão germânico acabou influenciando reformas legislativas em vários países. Na Espanha, conforme anotou JOAQUÍN GARRIGUES, a diligência foi tipificada “en la ley recurriendo por una parte al concepto de ‘comerciante ordenado’, en sustitución del ‘buen padre de familia’” (*Curso de derecho mercantil*, Bogotá: Temis, 1987, t. 2, p. 183).
- 36 CSC, art. 64º: “Dever de diligência. Os administradores ou diretores de uma sociedade devem atuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores”. O preceito em questão foi modificado pelo Decreto-lei n. 76-4/2006, de 29 de março, que veio a incluir a seguinte regra: “1. Os gerentes ou administradores da sociedade devem observar: a) Deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado; e b) Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores”.
- 37 LSC, art. 59: “Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión”.

aller S
Na Ing
fas pel
o seu co
de-se q
um dire
sição se
E
tado pe
gência⁴¹
homem
petência
todo ad

- 38 OR, a
führu
Gesell
assim
diligên
- 39 A regr
Apud
- 40 Cf.: ER
CHARL
ainda:
reason
- 41 Antes
“meno
cui am
ziari e p
LO FRÈ
- 42 PAULO
leira “n
mercant
qualque
(Código
sob um
do admi
presarial
Administ
centa: “I
lidade da
ligada a c
cial. Assi
são cada
evidenter

aller Sorgfalt), sem referência expressa a padrão comparativo (OR, art. 717)³⁸. Na Inglaterra, decidiu-se que um diretor deve exhibir na execução de suas tarefas pelo menos o grau de diligência que pode ser esperado de uma pessoa com o seu conhecimento e experiência³⁹. E, nos Estados Unidos da América, entende-se que “a regra mais justa e satisfatória é o grau de cuidado e diligência que um diretor ordinariamente prudente deveria razoavelmente exercer numa posição semelhante sob circunstâncias similares”⁴⁰.

Entre nós, não têm sido poucas as críticas endereçadas ao *standard* adotado pela Lei das Sociedades por Ações para a caracterização do dever de diligência⁴¹. Ao colocar em evidência a necessidade de agir com a diligência de homem ativo e probo, o legislador teria desconsiderado as exigências de competência, formação teórica e experiência profissional, exigidas atualmente de todo administrador de empresa⁴², na medida em que atributos como honesti-

38 OR, art. 717, 1: “Die Mietglieder des Verwaltungsrates sowie Dritte, die mit der Geschäftsführung befasst sind, müssen ihre Aufgaben mit *aller Sorgfalt* erfüllen und die Interessen der Gesellschaft in guten Treuen wahren”. Ou seja: “Os membros do conselho de administração, assim como os terceiros que se ocupam da gestão, devem exercer suas atribuições com toda a diligência necessária e velar segundo a boa-fé pelos interesses da sociedade”.

39 A regra encontra-se no precedente *Re City Equitable Fire Insurance Co. Ltd.* ((1925)Ch. 407). Apud EDUARDO SALOMÃO NETO, *O “trust” e o direito brasileiro*, cit., n. 5.1.3, p. 115.

40 Cf.: EDUARDO SALOMÃO NETO, *O “trust” e o direito brasileiro*, cit., n. 5.1.3, p. 115; e ROBERT CHARLES CLARK, *Corporate Law*, New York: Aspen Law & Business, 1986, § 3.4, p. 123. Vide, ainda: MBCA 9.30(a) (“director’s duty to act in good faith, with due care, and in manner he reasonably believes to be in the best interests of the corporation”).

41 Antes de 2003, a doutrina italiana também criticava o padrão legal de conduta, julgando-a “meno aderente alla realtà specialmente se la si riferisce alle società di maggiori dimensioni, la cui amministrazione richiede una visione e un apprezzamento dei fenomeni economici, finanziari e politici che vanno assai oltre alle qualità tradizionali del *bonus pater familias*” (GIANCARLO FRÈ e GIUSEPPE SBISÀ, *Società per azioni*, cit., t. I, p. 839).

42 PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO, comentando o preceito, entende que a lei brasileira “nesse ponto ficou atrás, até, do Código Comercial. Este, com efeito, ao tratar do mandato mercantil, dispõe que o mandatário deve empregar ‘na sua execução a mesma diligência que qualquer comerciante ativo e probo costuma empregar na gerência dos seus próprios negócios’ (Código Comercial, art. 142). Os textos, aparentemente próximos, na verdade distinguem-se sob um aspecto de muita relevância: a Lei das Sociedades por Ações não toma como parâmetro do administrador um empresário, e sim um cidadão qualquer, que exerça ou não atividade empresarial, podendo, pois, não ter nenhuma prática na administração de empresa” (*O Conselho de Administração na sociedade anônima*, 2. ed., São Paulo: Atlas, 1999, n. 2.6.1, pp. 54-55). E acrescenta: “Deveria o legislador ter adotado fórmula referencial que levasse em conta a profissionalidade da gestão de empresa. Esta é uma atividade que cada dia mais se torna complexa, sendo ligada a conhecimentos específicos que dificilmente podem ser obtidos apenas na prática comercial. Assim, embora não haja nenhuma reserva de mercado, o fato é que as grandes companhias são cada vez mais administradas por profissionais da administração de empresas. O fenômeno, evidentemente, não pode ser ignorado” (op. et loc. cit.).

dade, boa vontade e diligência de homem ativo e probo não são, *de per se*, suficientes para assegurar o desempenho apropriado das funções de administrador⁴³. De certo, poder-se-ia ter adotado padrão referencial de conduta (e não de investidura!) mais adequado ao exercício de atividade empresarial (LSA, art. 2º, § 2º, e CC, art. 982, par. ún.)⁴⁴. Quando menos, somente para exigir do administrador o “cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração *de negócios de terceiros*”. É que, se certas concessões e assunções de riscos são admissíveis e corriqueiras na condução dos próprios negócios, o mesmo não se pode aceitar quando estão em jogo interesses de terceiros⁴⁵.

43 Cf.: FRAN MARTINS, *Comentários...*, cit., v. 2, t. 1, n. 682, p. 363; e MODESTO CARVALHOSA, *Comentários...*, cit., v. 3, p. 266. A essa crítica, que traz implícita a exigência de que o administrador tenha formação universitária, poder-se-ia responder, não sem razão, que, em vários rincões de nosso País, faltam pessoas com formação superior; e a eventual rigidez do legislador acabaria apenas por aumentar os custos das sociedades, que seriam compelidas a contratar administradores estranhos ao quadro social (e é previsível o emprego maciço de prestanomes), sem que disso resulte necessariamente o aumento de eficiência da empresa. Na realidade, quando o porte e a importância da empresa estiverem a demandar administrador com maior grau de instrução na condução dos negócios, será o próprio mercado – ser moderno e onipresente, a quem ninguém foi apresentado, mas todos conhecem – que imporá a exigência, e não o legislador. Nessa matéria, o descompasso entre a lei e a realidade produziu, no passado, situações anedóticas, como a de um anúncio, publicado no periódico *Times*, com o seguinte conteúdo: “Titled person required to add distinction to the Board of a Wine Company. No responsibility, investment or participation. Firm very sound” (Apud ANDRÉ TUNC, *Le droit anglais des sociétés anonymes*, 4. ed., Paris: Economica, 1997, n. 91, p. 135).

44 Sem embargo, há quem entenda que o *standard* brasileiro seria superior ao das leis congêneres estrangeiras: “Com a ufania de brasileiro, a mim parece que a nossa fórmula supera as demais porque mais completa. A diligência do homem ativo e honrado aplicada na condução dos próprios negócios, necessariamente será maior do que a de qualquer ‘pessoa razoavelmente normal, qualificada no exercício de funções análogas’, ou a de ‘um homem ordenado’ ou de um ‘gerente de negócios ordenado e consciencioso’, ou a de um ‘ordenado comerciante e representante leal’ ou de pessoa ‘leal e com a diligência de um bom homem de negócios’” (CRISTIANO GRAEFF JR., *Compêndio elementar das sociedades comerciais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 235). Apesar de não partilharmos dessa opinião, ela bem demonstra a relatividade e, concretamente, a pouca importância que o *standard* legal tem, em si mesmo considerado; o que importa, sobretudo, é a regra que dele o juiz possa extrair, e nisso as várias fórmulas não oferecem soluções díspares.

45 Nesse sentido deve ser compreendida a crítica endereçada por WALDIRIO BULGARELLI, afirmando que a regra “é totalmente inócua em termos de eficiência, pois se o administrador cuidar mal dos seus negócios não se quer que da mesma forma aja com a companhia” (*Manual...*, cit., n. 7.10, p. 160). A assunção excessiva de riscos no desempenho da função de administrador, por exemplo, constitui hipótese de violação do dever de diligência (cf.: ROLF WATTER, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Obligationenrecht I* – art. 1-529 OR – obra coletiva, 3. Aufl. Basel, Genf, München: Helbing & Lichtenhahn, 2003, nota 10, p. 932).

Sem e
nhecer que
standard ad
do “standar
de extrair, à
que se pod
lhantes. Eis
dever de dil

Conv

Dilig

te concluir

ordinária, e

pria de pro

art. 152)⁴⁷.

ser avaliada

atividade e

(ii) os recur

tâncias que

ridades⁴⁸, i

46 ROBERT C
diverso d
a solução

47 Cf.: FRAN
ffrê, 1992
comporta
qualifica
prie dell'
medio, m
se trovato

48 GASTONE
svolta” (C
CIAN e A
vità svolt
tata, imp
Codice C
CILIA FL
1999, p.
ciale e di
2003, v.
GIANCAR
HOMME
BAUMBA
n. 1, p. 8

Sem embargo desta discussão, a nosso ver secundária⁴⁶, importa reconhecer que as dificuldades envolvendo o dever de diligência não decorrem do *standard* adotado pelo legislador, mas, de certo que sim, resultam da aplicação do “*standard*” ao caso concreto; mais especificamente, resultam da árdua tarefa de extrair, à luz das particularidades de cada caso concreto, o comportamento que se poderia razoavelmente esperar do administrador em hipóteses semelhantes. Eis o ponto no qual residem as dificuldades sentidas na aplicação do dever de diligência.

Convém, por isso, tecer algumas considerações adicionais sobre o tema.

Diligência ordinária. A simples leitura do art. 153 da Lei das S/A permite concluir que o grau de diligência exigido do administrador é o de *diligência ordinária*, e não excepcional ou destacada. Contudo, ela deve ser aquela própria de profissional, pois o administrador deve ser entendido como tal (LSA, art. 152)⁴⁷. Essa diligência não é uniforme ou geral, mas, pelo contrário, deve ser avaliada, de caso em caso, levando-se em conta, por exemplo: (i) o tipo de atividade exercida pela companhia, bem como a sua dimensão e importância; (ii) os recursos disponíveis aos administradores; (iii) o momento e as circunstâncias que envolveram a tomada de decisão; e (iv) todas as demais particularidades⁴⁸, inclusive as qualidades individuais de administrador que serviram

46 ROBERT CHARLES CLARK registra que, em certos casos, foi adotado padrão de diligência algo diverso daquele geral, mas, ainda assim, entende ser duvidoso se a diferença no *standard* afetou a solução dos casos (*Corporate Law*, cit., § 3.4, p. 123).

47 Cf.: FRANCO BONELLI (*La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milano: Giuffrè, 1992, n. 9, p. 49), para quem “il metro della normalità deve tener conto esclusivamente di comportamenti attinenti ad un’attività (amministrazione di società) che è particolarmente qualificata e che richiede prudenza, cure e attenzioni superiori e più specifiche di quelle proprie dell’uomo medio (...); il termine di riferimento non è però la normale diligenza dell’uomo medio, ma la diligenza che avrebbe usato un amministratore normalmente diligente che si fosse trovato in quella circostanza”.

48 GASTONE COTTINO afirma que “la diligenza (...) va riferita alla particolare natura dell’attività svolta” (*Diritto commerciale*, cit., v. 1, t. 2: *Le società*, n. 116, p. 420). Por sua vez, GIORGIO CIAN e ALBERTO TRABUCCHI alertam para a necessária “verifica concreta della particolare attività svolta (C 89/2687) e delle circostanze del caso, quali ad es. dimensioni dell’attività exercitata, importância dell’operazione, tempo e risorse a disposizione ecc.” (*Commentario breve al Codice Civile*, 6., ed., Padova: CEDAM, 2002, p. 2.432). Com análogo registro: CLAUDIA CECILIA FLAIBANI, *Ley de sociedades comerciales: comentada y anotada*, Buenos Aires: Heliasta, 1999, p. 227; FRANCESCO GALGANO, *Il nuovo diritto societario*. In: *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia* – diretto da FRANCESCO GALGANO, Padova: CEDAM, 2003, v. 29, n. 11, pp. 277-278; FRANCO BONELLI, *La responsabilità...*, cit., n. 9, pp. 48 e 50; GIANCARLO FRÈ e GIUSEPPE SBISA, *Società per azioni*, cit., t. 1, p. 838; MARCUS LUTTER e PETER HOMMELHOFF, *GmbH-Gesetz*, 14. Aufl. Köln: Otto Schmidt, 1995, § 43, n. 17, p. 550; e ADOLF BAUMBACH e ALFRED HUECK, *GmbH-Gesetz*, 16. Aufl., München: C. H. Beck, 1996, § 43, III, n. 1, p. 803.

de base para a sua nomeação⁴⁹. Somente assim o intérprete terá condições de definir qual seria a conduta que se poderia razoavelmente esperar do administrador em hipóteses semelhantes, com grau ordinário de diligência, para, na seqüência, cotejá-la com a conduta concretamente adotada e, assim, avaliar a atuação do gestor. Conseqüência disso é que, comparativamente, aplicar-se-á nível de diligência mais elevado e estrito àquele que tinha ao seu alcance meios de aconselhamento e informação, em comparação àquele gerindo empresa de parques recursos⁵⁰. Da mesma forma, a capacidade pressuposta de cada administrador não é uniforme e apresenta variação de setor para setor da economia. Ainda dentro de um mesmo setor, é necessário verificar a área de sua responsabilidade e as qualidades (atributos pessoais) que o levaram a ser escolhido para exercer a função⁵¹. Por exemplo, erros na conclusão de um contrato geral-mente serão mais escusáveis a um químico, ocupando função de diretor de produção, do que a um advogado, diretor de departamento jurídico⁵², e assim por diante.

Diligência ordinária com referência ao caso concreto. O comportamento do administrador deve ser aferido *in abstracto*, isto é, por referência à conduta

- 49 ALBERTO TOFFOLETTO entende que “per determinare la diligenza dovuta si dovranno considerare la dimensione della società e dell’impresa esercitata, la tipologia di quest’ultima e le qualità individuali dell’amministratore che hanno costituito la base per la sua nomina” (*Diritto delle società*: manuale breve – obra coletiva, 2. ed., Milano: Giuffrè, 2005, § 97, p. 225). De forma análoga, L. C. B. GOWER também observa que, “although directors, executive and non-executive, may be on the way to becoming subject to an uniform and objective duty of care, what the discharge of that duty requires in particular cases will not be uniform. As the statutory formulation itself recognises, what is required of the director will depend on the functions which have been assigned to him or her, so that there will be variations, not only between executive and non-executive directors but also between different types of executive director (and equally of non-executives) and between different types and sizes of company” (*Gower’s principles of modern company law*, cit., p. 643).
- 50 É evidente, portanto, “qu’on se montrera plus exigeant pour l’administrateur d’une société dont les titres sont cotés en Bourse que pour celui d’une société de famille de dimension modeste” (YVES GUYON, *Droit des affaires*, 12. éd., Paris: Economica, 2003, t. 1: Droit commercial général et sociétés, n. 324, p. 345).
- 51 São, porém, irrelevantes atributos pessoais do administrador, como sua idade, inexperiência ou insciência (cf.: ADOLF BAUMBACH e ALFRED HUECK, *GmbH-Gesetz*, cit., § 43, III, n. 10, p. 803).
- 52 A idéia exposta no texto é de ALBERTO TOFFOLETTO: “A errônea avaliação das conseqüências de um contrato poderá criar conseqüências diferentes para um administrador formado em química e nomeado em função das suas específicas competências na área de produção, em relação àquelas que poderão ser criadas para um advogado, nomeado pelo conselho em virtude dos seus específicos conhecimentos em matéria contratual” (*Diritto delle società*: manuale breve, cit., § 97, p. 225; trad. livre do Autor). No mesmo senso: FRANCO BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la Riforma delle Società*, Milano: Giuffrè, 2004, nota 251, p. 179.

de administrador diligente, ativo e prudente, como o definido no art. 153 da Lei das S/A. No entanto, consoante YVES GUYON, "apreciar a falta *in abstracto* não significa que se deva recusar de ter em conta elementos *concretos*. Não só a conduta do interessado será julgada por referência àquela de um dirigente da mesma categoria, mas ainda deve-se colocar esse tipo de comparação sob as mesmas circunstâncias em que se encontrava o autor do dano. Com efeito, não se deve exigir a mesma diligência do administrador de uma sociedade anônima de dimensão familiar e do presidente do conselho de administração de uma sociedade cotada em bolsa. Não se pode demandar a mesma qualificação de um gestor profissional e de um empregado não-qualificado que faça parte, nessa qualidade, de um conselho de administração"⁵³. O novo art. 2.392 do CC it. consagrou expressamente esse princípio, ao prever que, do administrador, é exigida a diligência requerida em razão de sua específica competência, isto é, "richiesta (...) dalle loro specifiche competenze". Logo, o grau de diligência, prudência e perícia requerido reporta-se à particular competência profissional ou técnica de cada administrador. Significa dizer que a tarefa de elaboração da regra de direito aplicável ao caso concreto, de conformidade com a cláusula-geral, é feita *in abstracto* (juízo de ilicitude)⁵⁴. Sobretudo essa última aferição deve ser feita com muita cautela, para não se cometer a injustiça de ser mais rigoroso justamente com aquele que sempre atuou de forma diligente⁵⁵.

Diligência ordinária e análise "ex post facto". Ao contrastar a conduta do administrador à luz do dever de diligência, o intérprete não pode olvidar a ne-

53 Eis em original a lição livremente traduzida: "Apprécier la faute *in abstracto* ne signifie pas qu'on refuse de tenir compte des éléments concrets. Non seulement la conduite de l'intéressé sera jugée par référence à celle d'un dirigeant de même catégorie mais encore on placera ce type de comparaison dans les mêmes circonstances que l'auteur du dommage. En effet on ne doit pas exiger les mêmes diligences de l'administrateur d'une société anonyme de dimension familiale et du président du conseil d'administration d'une société cotée en Bourse. On ne peut pas non plus demander la même qualification à un gestionnaire professionnel et à un salarié non cadre qui siège, en cette qualité, au conseil d'une société" (YVES GUYON, *Droit des affaires*, cit., t. 1, n. 459, p. 502).

54 "Em sentido normativo", explica ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, "a diligência equivale ao grau de esforço exigível para determinar e executar a conduta que integra o cumprimento de um dever. Trata-se de uma regra de conduta, ou melhor: de parte de uma regra de conduta, que deve ser determinada independentemente de qualquer responsabilidade e, logo, de culpa. A violação do dever de diligência dá azo a ilicitude: não a mera medida de culpa" (*Manual de direito das sociedades*, cit., v. 1, n. 298, p. 810). Ou seja, o dever de diligência, nessa perspectiva, seria o "quantum de esforço normativamente exigível, aos administradores, no cumprimento dos seus deveres" (op. et loc. cit.).

55 Cf.: BEN PETTET, *Company law*, cit., n. 9.2, p. 162 (o qual observa, ainda, que, em contrapartida, "a director who did have a lot of knowledge and experience would find that he was expected to use it").

cessidade de, em sede de juízo retrospectivo, aferir as alternativas disponíveis por ocasião da tomada da decisão, à luz da realidade e dos fatos da época, e não depois dos fatos consumados. Não se há de perquirir propriamente se a decisão tomada foi a melhor possível, à vista do que posteriormente sucedeu. Deve-se analisar, sim, se, por ocasião da tomada da decisão, a conduta do administrador foi razoável e apropriada à luz dos fatos e do ambiente então vigentes. Como pugna YVES GUYON, "a falta deve ser apreciada considerando o contexto existente no momento em que ela tenha sido cometida. Do contrário, iriam-se oprimir os administradores sob a força de uma perspicácia retroativa, suscitada pelo conhecimento da catástrofe final"⁵⁶.

Diligência e análise de mérito da conduta do administrador. É assente o entendimento de que a responsabilidade do administrador não pode resultar da análise de oportunidade e mérito da decisão de gestão⁵⁷. Os tribunais têm assim decidido⁵⁸. De fato, a administração social é somente censurável se for possível imputar o descumprimento do dever de diligência, vigilância, retidão etc.: o erro de gestão, por si só, é irrelevante⁵⁹. Não tem o juiz o poder de proceder a uma análise retrospectiva da gestão para saber se as decisões tomadas foram acertadas ou não. Mas pode condená-lo se ficar provado que as escolhas de gestão foram tomadas de forma improvisada, sem que o administrador tenha se informado ou sopesado as vantagens e desvantagens que a operação poderia apresentar à sociedade⁶⁰. É novamente YVES GUYON quem explica: "la

56 Texto livremente traduzido pelo autor (YVES GUYON, *Droit des affaires*, cit., t. 1, n. 459, p. 202). No mesmo sentido: ESTELLE SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence...*, cit., n. 266, p. 154; e FRANCO BONELLI, *La responsabilità...*, cit., n. 10, p. 63 (que relaciona tal forma de análise à *business judgement rule*). O mestre italiano cita os seguintes acórdãos da Corte de cassação italiana: Cass., 12-11-1965, n. 2359, *Foro pad.*, 1965, I, c. 1820 ("il giudice, investito di un'azione di responsabilità, non può giudicare sulla base di criteri discrezionali di opportunità o di convenienza, poiché in tal modo sostituirebbe *ex post* il proprio apprezzamento soggettivo a quello espresso o attuato dall'organo all'uopo legittimato"); Cass., 16-1-1982, n. 280, *Giust. civ.*, 1983, I, p. 63 (il giudice non può sindacare *ex post* il merito degli atti compiuti "perché le modalità del negozio rientrano nei poteri discrezionali dell'amministratore cui compete valutare la congruità del negozio all'interesse sociale"); Cass., 21-3-1974, n. 790, *Giur. comm.*, 1974, II, p. 509; Cass., 27-7-1978, n. 3.768, *Giur. comm.*, 1980, II, p. 904; e Cass., 22-6-1990, n. 6.278, *Le Società*, 1991, p. 29.

57 GIANCARLO FRÈ e GIUSEPPE SBISÀ, *Società per azioni*, cit., t. 1, p. 837-838.

58 A Corte de apelação de Milano decidiu, em 12-7-1968 (*Foro pad.*, 1970, I, 498), que "o juiz, investido do exame da ação social de responsabilidade não pode syndicar o mérito dos atos e os fatos praticados pelos administradores no exercício de seu ofício e no âmbito da discricção a eles atribuída", segundo anotam GIANCARLO FRÈ e GIUSEPPE SBISÀ (*Società per azioni*, cit., t. 1, nota 6, p. 849).

59 Cf.: FRANCO BONELLI, *La responsabilità...*, cit., n. 10, pp. 64 e 73.

60 Cf.: FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...*, cit., p. 180.

gestion est
actuellement
entreprise
ou tel d'ent
que l'on es
tique, mais
comme d'ér
formations

Deve
ment rule"
pela qual o
madas pelo
tribunais li
creto, a dec
cisório razo
sem aprecia
tomada foi
evidenteme

61 YVES GUYON
e GIUSEPPE

62 Sobre a "b
Sociedade

63 Invoque-s
ponto em c
da revisão
(*business ju*
der Judiciá
proteção es
os adminis
possibilidad
lidade aos a
ário aument
que ele deix
tos benefici
razão da reg
processo qu
o administr
é aquela na
para tomá-l
memorando
necessária a
decisão refl
vas ou possi

gestion est plus une question d'opportunité que de légalité et il n'existe pas actuellement en ce domaine de règles suffisamment précises. La gestion d'une entreprise suppose l'acceptation de certains risques. Ce n'est pas parce que tel ou tel d'entre eux se réalise que le dirigeant sera nécessairement fautif. Bref ce que l'on est en droit d'exiger des administrateurs ce n'est pas un don prophétique, mais seulement le souci d'éviter des mesures que l'on devait considérer comme déraisonnables au moment où elles ont été prises compte tenu des informations dont disposaient les intéressés"⁶¹.

*Dever de diligência e a "business judgement rule"*⁶². A "business judgement rule" constitui uma regra norte-americana de origem jurisprudencial, pela qual os tribunais têm-se recusado a sindicar o mérito das decisões tomadas pelos administradores no desempenho de suas tarefas. Por ela, os tribunais limitam-se a verificar se, diante das particularidades do caso concreto, a decisão tomada pelos administradores resultou de um processo decisório razoável e bem-informado (*reasonable decisionmaking process*), mas sem apreciar o mérito da decisão em si, ou seja, sem verificar se a decisão tomada foi a mais consentânea, ressalvados, é claro, os casos de decisões evidentemente equivocadas⁶³. As razões subjacentes à regra em questão são

61 YVES GUYON, *Droit des affaires*, cit., t. 1, n. 459, p. 502. Em sentido análogo: GIANCARLO FRÈ e GIUSEPPE SBISÀ, *Società per azioni*, cit., t. 1, pp. 837-838.

62 Sobre a "business judgment rule" em língua portuguesa, vide: OSMAR BRINA CORRÊA-LIMA, *Sociedade anônima*, cit., pp. 200-210, e *Responsabilidade civil...*, cit., pp. 122-139.

63 Invoque-se, no tema, a passagem do voto do Dir. PEDRO OLIVA MARCILIO DE SOUSA, no ponto em que historia e delimita a *business judgement rule*: "Para evitar os efeitos prejudiciais da revisão judicial, o Poder Judiciário americano criou a chamada 'regra da decisão negocial' (*business judgement rule*), segundo a qual, desde que alguns cuidados sejam observados, o Poder Judiciário não irá rever o mérito da decisão negocial em razão do dever de diligência. A proteção especial garantida pela regra da decisão negocial também tem por intenção encorajar os administradores a servir à companhia, garantindo-lhes um tratamento justo, que limita a possibilidade de revisão judicial de decisões negociais privadas (e que possa impor responsabilidade aos administradores), uma vez que a possibilidade de revisão *ex post* pelo Poder Judiciário aumenta significativamente o risco a que o administrador fica exposto, podendo fazer com que ele deixe de tomar decisões mais arriscadas, inovadoras e criativas (que podem trazer muitos benefícios para a companhia), apenas para evitar o risco de revisão judicial posterior. Em razão da regra da decisão negocial, o Poder Judiciário americano preocupa-se apenas com o processo que levou à decisão e não com o seu mérito. Para utilizar a regra da decisão negocial, o administrador deve seguir os seguintes princípios: (i) *decisão informada*: A decisão informada é aquela na qual os administradores basearam-se nas informações razoavelmente necessárias para tomá-la. Podem os administradores, nesses casos, utilizar, como informações, análises e memorandos dos diretores e outros funcionários, bem como de terceiros contratados. Não é necessária a contratação de um banco de investimento para a avaliação de uma operação; (ii) *decisão refletida*: A decisão refletida é aquela tomada depois da análise das diferentes alternativas ou possíveis conseqüências ou, ainda, em cotejo com a documentação que fundamenta o

variadas e ponderáveis⁶⁴. Por essa forma de análise, na prática, os administradores não são responsabilizados por decisões gerenciais em si negligentes (*negligent substantive decisions*), mas somente por decisões irracionais (*egregious decisions* ou *irrational decisions*) ou tomadas sem a devida coleta de informações e conselhos durante o *iter* decisório⁶⁵. Sobressai, daí, o dever de

negócio. Mesmo que deixe de analisar um negócio, a decisão negocial que a ele levou pode ser considerada refletida, caso, informadamente, tenha o administrador decidido não analisar esse negócio; e (iii) *decisão desinteressada*: A decisão desinteressada é aquela que não resulta em benefício pecuniário ao administrador. Esse conceito vem sendo expandido para incluir benefícios que não sejam diretos para o administrador ou para instituições e empresas ligadas a ele. Quando o administrador tem interesse na decisão, aplicam-se os *standards* do dever de lealdade (*duty of loyalty*). Existem, no entanto, situações em que, além de operações em que se tenha interesse, o Poder Judiciário não aceita a aplicação da regra da decisão negocial. Por exemplo, não se aceita a completa alienação das decisões negociais, alegando-se falta de competência ou de conhecimento. Também não são protegidas pela regra da decisão negocial as decisões tomadas visando a fraudar a companhia, ou seus acionistas, ou aquelas que não tenham sido tomadas em boa fé” (CVM, Proc. n. RJ-1443/2005, Rel. Dir. PEDRO OLIVA MARCILIO DE SOUSA, v.u., j. 21-3-2006).

64 Qual o motivo subjacente à *business judgement rule*? Segundo PEDRO CAETANO NUNES, “existem diversos fundamentos para esta regra. Em primeiro lugar, os juízes não possuem formação específica na área de gestão empresarial, pelo que a sua análise de mérito das decisões empresariais poderia ser desastrosa. Como contra-argumento, é apontado o fato de os tribunais frequentemente analisarem matérias específicas, com o recurso a perícias caso sejam necessárias. Em segundo lugar, porque a análise realizada pelos tribunais é redutora. É difícil carrear para os processos judiciais todos os fatos que importa pesar nas decisões empresariais. Mas este é um problema genérico da função jurisdicional. Em terceiro lugar, a análise *ex post* do mérito da decisão empresarial é entorpecida pelos dados referentes aos resultados da decisão. Uma decisão empresarial com maus resultados pode ser uma excelente decisão no momento da sua prolação, dado que é próprio das empresas estarem sujeitas ao risco. Como contra-argumento é apontada a possibilidade de excluir a ponderação dos resultados da decisão na análise do seu mérito. É ainda apontado o argumento de que a atividade profissional de gestão empresarial não é dotada de modelos de comportamento suficientemente definidos, pelo que é difícil aferir a razoabilidade das decisões empresariais e é difícil igualmente aos administradores exercerem a sua defesa quando os resultados das decisões são negativos. Mas o argumento essencial é o de que é economicamente desejável a tomada de decisões arriscadas, sendo que um sistema em que fosse exercido um apertado controle judicial *ex post* das decisões empresariais inibiria os administradores de tomarem decisões arriscadas. É preferível incentivar os administradores a tomarem decisões arriscadas, exigindo, no entanto, que se informem devidamente antes de o fazerem” (*Responsabilidade civil dos administradores perante os acionistas*, Coimbra: Livr. Alameda, 2001, pp. 24-25).

65 Em caso interessante, o TJRJ condenou o diretor de companhia que adquiriu Títulos de Dívida Pública dos séculos passado e retrasado, títulos esses virtualmente prescritos, sem cotação em bolsa e só negociados no mercado informal, para serem ofertados em garantia de débitos tributários (TJRJ, Ap. 7.460/04, 15ª CC, Rel. Des. NILTON MONDEGO DE CARVALHO LIMA, v.u., j. 28-7-2004). A Turma Julgadora registrou: “Constitui fato público e notório, ainda que tais títulos não estivessem prescritos, que são eles tidos e havidos como ‘moeda

o admini
A busine
alemão (
centemen
2006⁶⁷. N
159, § 6º,
nosso ver
ment rule
dos admin
cação na c
do dever c

podre’. A
ve, pois n
negligên
timento’,
bilidades
tivesse ef
frágil ave
podre’, na
denável, t
por loucu
oferecido
ticado no
de Janeiro

66 Acrescent
do o memb
por ocasiã
introduzid
propostas
estariam ar
civil), mobi
ness judgem

67 No direito
causa de ex
número ant
segundo cri
CORDEIRO, 1
que pudesse
Mais adiant
de 2006, se o
quer interess
poderia ser r

68 OSMAR BRINA

o administrador procurar obter informações durante a tomada de decisões. A *business judgement rule* foi recentemente incorporada ao direito escrito alemão (AktG, § 93, I (2)), em 22 de setembro de 2005⁶⁶, e, ainda mais recentemente, no direito português (CSC, art. 72º, n. 2), com a Reforma de 2006⁶⁷. No direito brasileiro, OSMAR BRINA CORRÊA-LIMA enxerga no art. 159, § 6º, da Lei das S/A a consagração da *business judgement rule*⁶⁸, mas, a nosso ver, isso não ocorre no preceito em tela. No entanto, a *business judgement rule* é um desdobramento do próprio sistema de responsabilidade civil dos administradores e, portanto, mesmo no direito brasileiro, tem ela aplicação na definição da responsabilidade civil por falta de gestão, pela bitola do dever de diligência; opera, assim, na delimitação das próprias regras de

podre'. A falta de boa-fé aí está evidente, porque, se tivesse havido 'investimento' – e não houve, pois ninguém em sã consciência investe em títulos dessa natureza – teria ocorrido evidente negligência do réu na aquisição dos referidos títulos, causando danos à entidade (...). O 'investimento', que teria sido feito pelo réu, foi, na realidade, catastrófico, pois são remotas as possibilidades do retorno do vultoso capital investido (...). Não fez o réu a prova documentada de que tivesse efetuado tal análise e nem que tenha consultado os acionistas para levar a empresa a tão frágil aventura (...). O fato de outras pessoas terem adquirido títulos havidos como 'moeda podre', nada trazem de positivo à sua posição fragilizada e, sob todos os pontos de vista, condenável, tendo o Título de fls. sido adquirido pela Empresa X, que, como todos sabem, talvez, por loucuras dessa natureza, encontra-se em notável dificuldade financeira". Sobre o caso, foi oferecido parecer de ALFREDO LAMY FILHO (Responsabilidade do administrador por ato praticado no exercício da função: a difícil caracterização do risco envolvido. In: *Temas de S.A.*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 409-414).

66 Acrescentou-se, à regra sobre dever de diligência, o seguinte: "Não há violação do dever quando o membro da direção, na base da informação adequada, devesse razoavelmente aceitar que, por ocasião da tomada da decisão empresarial, agia em prol da sociedade". A regra teria sido introduzida na AktG em reação ao aumento excessivo de demandas de responsabilidade civil propostas contra administradores após a reforma de 1998 (KonTraG): as seguradoras, que estariam arcando com os valores (diante da existência de seguros *D & O* de responsabilidade civil), mobilizaram-se para que fossem colocados freios, com a expressa consagração da *business judgement rule*, a operar sobre a definição do juízo de ilicitude.

67 No direito português, diversamente, colocou-se a atuação informada, isenta e racional como causa de exclusão de culpa: "A responsabilidade é excluída se alguma das pessoas referidas no número anterior provar que atuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial". Porém, tal como salienta ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, não houve naquele país nenhum surto de responsabilização dos administradores que pudesse justificar tal cautela (*Manual de direito das sociedades*, cit., v. 1, n. 297, p. 808). Mais adiante, o insigne jurista português demonstra que, pelo regime anterior ao da Reforma de 2006, se o administrador provasse ter atuado em termos informados, que o fizera sem qualquer interesse pessoal e que agira segundo critérios de racionalidade empresarial, tampouco poderia ser responsabilizado.

68 OSMAR BRINA CORRÊA-LIMA, *Sociedade anônima*, cit., p. 200.

conduta, afastando a ilicitude (sem constituir propriamente uma específica causa de exclusão de culpa ou excusa do dever de indenizar).

Diligência e mérito da gestão: contraponto. A pretendida insindicabilidade das decisões de mérito não é tão absoluta como a descrição da *business judgement rule* poderia em si sugerir. GASTONE COTTINO lembra que a decisão de realizar uma política de investimento em país destinado à bancarrota é típica decisão estratégica, o que não subtrai a censura se resultou de uma equivocada valoração da situação. Com isso, em certa medida, está-se introduzindo um juízo de mérito sobre a atividade administrativa⁶⁹. Mesmo no direito norte-americano, as linhas divisórias do juízo de mérito aparecem, por vezes, imprecisas.

Diligência: obrigação de meio, não de resultado. Indo além na análise do dever de diligência, é possível extrair outra inferência de grande relevância. Ao pautar a conduta do administrador pelo dever de diligência, a lei torna evidente que a obrigação do administrador na condução geral dos negócios da companhia é obrigação de *meio*, não de *resultado*⁷⁰ (ressalvadas as hipóteses de obrigações específicas, adiante referidas). De regra, porém, o administrador obriga-se apenas a adotar comportamento apropriado, com a diligência requerida, para a consecução de determinado fim (no caso, os objetivos da companhia), mas não se obriga pela efetiva obtenção de resultado. Assim, na verificação do cumprimento do dever de diligência, não se pode ir além da análise própria à apuração de adimplemento de qualquer obrigação de *meio*.

Obrigação de meio: prejuízo é, por si só, insuficiente para aferir a diligência. Segue-se daí, em primeiro lugar, que o fato de a companhia sofrer prejuízos não revela obrigatoriamente falta de diligência de seu administrador. O mau resultado pode ser mero reflexo de problemas conjunturais ou de deficiências de estrutura da própria companhia, frente aos quais qualquer administrador, por mais ativo, diligente e capaz que fosse, não teria podido evitar as perdas. Não raras vezes, aliás, os reflexos da excelente atividade de um gestor cristalizam-se na obtenção de prejuízos menores do que os que poderiam ter-se concretizado sob a direção de terceiros. De mais a mais, já ensinava J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, “a lei não atribui aos administradores o caráter de

69 GASTONE COTTINO, *Diritto commerciale*, cit., v. 1, t. 2: Le società, n. 120.1, p. 433.

70 Nesse sentido (obrigação de *meio* e não de *resultado*): FÁBIO ULHOA COELHO, *A natureza subjetiva...*, cit., p. 19; FRANCESCO GALGANO, *La società per azioni*, cit., n. 11, p. 294, e *Il nuovo diritto societario*, cit., n. 11, p. 277; MASSIMO FRANZONI, *La responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, cit., n. 2, p. 11; MODESTO CARVALHOSA, *Comentários...*, cit., v. 3, p. 273; RENATO VENTURA RIBEIRO, *Dever de diligência...*, cit., p. 201; e ADRIANO CASTELLO BRANCO, *O conselho de administração nas sociedades anônimas*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, n. 7.6.2, p. 89.

garantes ou abo
sociedade, nem
preenchimento
tranqüilidade.
cargo dos adm
podem esperar
a cumprir com
responsabilizá-
não se obrigam
dade apropriad
não basta, por s
civil dos admin
ções (LSA, art.
os esforços inte
tentar que exist
cesso econômico

Obrigaçã
ligência. Além
cia como obrig
não significa qu
de conduta lega

71 J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Freitas Bastos, elementar de direito societário*, cit., p. 19.

72 Cf.: “Para que a conduta do administrador de negócio da sociedade seja considerada diligente, o administrador deve ter tomado as providências necessárias para evitar as perdas”, CC, Rel. Des. J. X. CARVALHO DE MENDONÇA.

73 FRANCO BONELLI, *La società per azioni*, cit., n. 11, p. 294, e *Il nuovo diritto societario*, cit., n. 11, p. 277; MASSIMO FRANZONI, *La responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, cit., n. 2, p. 11; MODESTO CARVALHOSA, *Comentários...*, cit., v. 3, p. 273; RENATO VENTURA RIBEIRO, *Dever de diligência...*, cit., p. 201; e ADRIANO CASTELLO BRANCO, *O conselho de administração nas sociedades anônimas*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, n. 7.6.2, p. 89.

74 TRAJANO DE MENDONÇA, *Os administradores e a conduta da sociedade*, cit., p. 19; FRANCESCO GALGANO, *La società per azioni*, cit., n. 11, p. 294, e *Il nuovo diritto societario*, cit., n. 11, p. 277; MASSIMO FRANZONI, *La responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, cit., n. 2, p. 11; MODESTO CARVALHOSA, *Comentários...*, cit., v. 3, p. 273; RENATO VENTURA RIBEIRO, *Dever de diligência...*, cit., p. 201; e ADRIANO CASTELLO BRANCO, *O conselho de administração nas sociedades anônimas*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004, n. 7.6.2, p. 89.

garantes ou abonadores das operações sociais relativamente aos acionistas ou à sociedade, nem lhes impôs responsabilidades tão pesadas que dificultassem o preenchimento do cargo por pessoas ciosas da sua reputação e amigas da sua tranqüilidade. Os riscos inerentes a todas as empresas comerciais não ficam a cargo dos administradores”⁷¹. Na realidade, o que os acionistas legitimamente podem esperar e exigir, sim, é que os administradores atuem de forma idônea a cumprir com a finalidade lucrativa da companhia, mas não podem pretender responsabilizá-los por não terem feito fortuna. Ou seja, os administradores não se obrigam a obter resultados econômicos positivos, senão a realizar atividade apropriada e voltada para esse fim. Logo, o dano sofrido pela companhia não basta, por si só, para deflagrar o dever de indenizar⁷². A responsabilidade civil dos administradores decorre sempre do *inadimplemento* de suas obrigações (LSA, art. 158) e, consoante destaca Franco Bonelli, “sejam quais forem os esforços interpretativos que se queira realizar, não é possível chegar a sustentar que existe uma obrigação dos administradores de administrar com sucesso econômico a sociedade a eles confiada”⁷³.

Obrigação de meio: lucro é também, por si só, insuficiente para aferir a diligência. Além disso, em segundo lugar, da caracterização do dever de diligência como obrigação de *meio*, segue-se que a consecução de lucros no exercício não significa que o administrador pautou-se em conformidade com o padrão de conduta legal⁷⁴. Os lucros podem, por exemplo, ser frutos de ilícitos. Ou da

71 J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito comercial brasileiro*, 5. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, v. 1, n. 1.219, pp. 77-78. Com igual lição, vide: SPENCER VAMPRÉ, *Tratado elementar de direito comercial*, Rio de Janeiro: F. Briguet & Cia., v. 2, § 65, p. 282.

72 Cf.: “Para que o diretor de sociedade anônima responda pessoalmente por prejuízo decorrente de negócio da sociedade, é preciso que tenha agido com culpa ou dolo” (TJSP, Ap. 174.722, 4ª CC, Rel. Des. CARVALHO NEVES, v.u., j. 31-7-1969, RT 410/156).

73 FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...*, cit., p. 162: “quali siano gli sforzi interpretativi che si voglia compiere, non si può arrivare a sostenere che esiste un obbligo degli amministratori di amministrare con successo economico la società loro affidata”. Confirma-se, também, do mesmo autor: *La responsabilità...*, cit., n. 1, p. 1. Nos tribunais estrangeiros: (Itália) Cass., 5-1-1982, *Giust. civ.*, 1972.I, p. 246, e *Dir. fall.*, 1972, II, p. 406 (“la responsabilità degli amministratori no va desunta dai risultati della gestione”); e Trib. Milano, 30-5-1977, *Giur. it.*, 1978.I, 2, e *Riv. dir. comm.*, 1978, II, p. 320.

74 TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE foi taxativo: “se bem que a responsabilidade civil dos administradores pressupõe sempre a existência de prejuízos causados à sociedade, não é de aferir-se a conduta por eles seguida na gestão dos negócios sociais pelos resultados obtidos, e, sim, pela normalidade das operações, que empreenderam e executaram. Assim, o fato de terem os administradores conseguido grandes lucros com negócios arriscados, ou estranhos ao objeto da sociedade, não serve para caracterizar uma boa e prudente administração” (*Sociedade por ações*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1953, v. 2, n. 634, p. 321).

assunção de riscos desmedidos e de operações estranhas ao objeto social. Ou, simplesmente, não corresponder a lucros mais expressivos que a companhia poderia ter desfrutado sob a direção de administrador diligente. Portanto, a simples obtenção de lucros não abona a gestão social nem isenta o administrador de ser chamado a responder pelos seus atos.

Obrigação de meio e prova de seu descumprimento. Por fim, e em terceiro lugar, tratando-se de obrigação de *meio*, há importante particularidade relacionada ao desempenho da atividade probatória por parte de quem queira demonstrar o seu inadimplemento. Enquanto em uma obrigação de *resultado* o prejudicado deve apenas provar que este não foi atingido e disso advieram os prejuízos (cabendo ao imputado responsável, para tentar eximir-se de responsabilidade, provar não ter agido culposamente, ou demonstrar que algum fato irresistível o impediu de executar a sua tarefa), no caso da obrigação de *meio*, o interessado precisa provar a completa omissão do obrigado em adotar qualquer comportamento (= não geriu)⁷⁵ ou, o que é mais comum suceder, provar que a conduta do obrigado não foi conforme o padrão ordinário de administrador diligente, de modo a assim caracterizar a culpa do administrador, e o correlato dever de reparar os danos que sejam decorrência direta e imediata de seu comportamento antijurídico⁷⁶. Não há dúvida, portanto, que demonstrar o descumprimento de deveres gerais de gestão (atividade) é tarefa que demanda maior esforço para o interessado em estabelecer a responsabilidade do administrador, se comparado às hipóteses de pura e simples violação de obrigações específicas (obrigações de *resultado*). Além disso, para além de demonstrar o descumprimento de dever, o interessado em estabelecer a responsabilidade do

75 A omissão no exercício de suas funções denota ausência de diligência e implica a responsabilidade civil do administrador: "Os diretores de uma sociedade anônima assumem deveres, não podendo eximir-se com o mero pretexto de que não exerceram as atribuições de que foram investidos" (TJSP, Ap. 110.865, 5ª CC, Rel. Des. AFONSO ANDRÉ, v.u., j. 22-9-1961, RT 326/305).

76 Como de costume, a explicação de FÁBIO KONDER COMPARATO a propósito desse tema é de precisão cirúrgica: "Tratando-se de uma obrigação de meios, o devedor só será responsável na medida em que se provar não a falta de resultado (que não entra no âmbito da relação), mas a total ausência do comportamento exigido, ou um comportamento pouco diligente e leal. O ônus da prova incumbe pois ao credor" (Obrigações de meios, de resultado e de garantia. In: *Ensaio e pareceres de direito empresarial*, Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 538). Perante uma obrigação de resultado, a situação é diversa: "na obrigação de resultado, a problemática se simplifica, pois só se considera adimplida a prestação com a efetiva produção do resultado. A ausência deste constitui por si só o devedor em mora, cabendo-lhe o ônus da prova do caso fortuito ou força maior para se exonerar de responsabilidade. Mas em tal hipótese, não terá direito à contraprestação" (op. cit., p. 539).

administrador deverá igualmente demonstrar o nexo de causalidade entre o dano e a conduta do responsável⁷⁷ (como explicado no subitem 5.3).

Manifestações do dever de diligência (em direito comparado). O dever geral de diligência desdobra-se em vários outros deveres. Nos direitos inglês e norte-americano, o *duty of care* costuma ser dividido em quatro deveres derivados, a saber: (i) *duty to monitor* (pelo qual se exige que o administrador fiscalize e supervisione os atos dos demais funcionários da empresa, por meio da adoção de mecanismos e sistemas de controle); (ii) *duty to inquiry* (pelo qual o administrador está obrigado a realizar as investigações apropriadas e razoáveis quando toma conhecimento de alguma denúncia); (iii) dever de cumprir a *reasonable decisionmaking process* (a impor ao administrador que, antes de tomar uma decisão relevante, procure informar-se e aconselhar-se adequadamente); e, por fim, (iv) dever de assumir a *reasonable decision* (a sinalizar que, ao fim do processo consciente de decisão, esta seja ponderada e equitativa). Todos esses desdobramentos variam de intensidade diante das particularidades de cada caso (cargo, setor, porte da empresa etc.).

Manifestações do dever de diligência (no direito pátrio). Os desdobramentos do dever de diligência burilados pela doutrina estrangeira são aplicáveis, a toda evidência, em nosso direito. Assim, o administrador diligente deve ser *ativo*. Precisa comparecer às reuniões do órgão ao qual pertença, salvo escusa válida (*dever de participar*)⁷⁸, e ter juízo crítico sobre os negócios sociais. Não pode apenas cancelar e cegamente cumprir ordens emanadas de outro órgão ou de seus pares, pois isso equivale a ser passivo, e não ativo; deve, antes de tudo, desconfiar, por dever de ofício, de tudo o que se lhe possa afigurar inconsistente. Mas é compreensível que, em outras situações, confie em seus colaboradores e outros órgãos (sob pena de exigir-se dele diligência extraordinária). Ademais, ele precisa informar-se e buscar aconselhamento, quando as condições o permitam (*dever de buscar informações*), em especial antes de tomar decisões relevantes: agir de maneira refletida, instruída e ponderada⁷⁹. Investigar denúncias que lhe sejam apresentadas, com consistência. Necessita, sobretudo, procurar obter conhecimentos próprios do ramo de

77 Nas palavras de L. C. B. GOWER, "demonstrar a violação de um dever de diligência é uma coisa; demonstrar que o prejuízo sofrido pela empresa foi uma consequência da violação daquele dever pode ser bem diferente" (*Gower's principles of modern company law*, cit., p. 644; trad. livre do Autor).

78 Cf.: GIANCARLO FRÈ e GIUSEPPE SBISÀ, *Società per azioni*, cit., t. 1, p. 842.

79 Por isso, os administradores que, sem avaliar com a necessária antecedência e profundidade, votam uma relevantíssima alteração nos negócios da companhia, com repercussões profundas inclusive perante os investidores, violam o dever de diligência (cf.: CVM, Inq. Adm. n. 4/1999, Rel. Dir. NORMA JONSSON PARENTE, v.u., j. 17-4-2002).

atuação da empresa, caso não os possua antes de assumir a função, qualificando-se e preparando-se para a tarefa: de regra, a condição de *expert* não é pressuposto para a eleição, mas a obtenção de conhecimentos especializados e o aprimoramento são conseqüências naturais para aquele administrador ativo. Outrossim, deve supervisionar o trabalho de seus subordinados e mesmo de seus pares (*dever de fiscalizar*), pois “delegar não é abdicar”⁸⁰. Precisa, ainda, dispensar ao exercício de suas funções o tempo necessário. Além disso, o administrador diligente deve ser *probo*, isto é, reto. Deve exercer a sua função e agir no interesse da sociedade. Obedecer às leis e aos estatutos. Não desviar bens, direitos ou oportunidades para si ou para terceiros. E tomar a iniciativa de pedir o seu desligamento quando não tiver mais condições de exercer convenientemente as suas funções, por falta de tempo ou conhecimentos apropriados da matéria; ou, ainda melhor, nem aceitá-las, se de antemão não souber como exercê-las.

Dever de diligência e deveres correlatos. Os deveres de diligência e lealdade são os deveres nucleares, dos quais irradiam todos os demais que, em nossa lei acionária, apresentam-se de forma expressa. Segundo já explicado, foi correta a atitude do legislador pátrio de tê-los evidenciado na lei. Mas não carecia. Tanto assim que, em outros sistemas, os tribunais e a doutrina souberam extraí-los daqueles deveres fundamentais. Entre nós, estudos mais recentes sobre o dever de diligência têm sido fortemente influenciados pela doutrina estrangeira e, por isso, costumam apresentar, como desdobramentos ínsitos do dever de diligência, os seguintes deveres correlatos: (i) dever de informar-se e qualificar-se; (ii) dever de participar; (iii) dever de vigiar; (iv) dever de buscar informações; (v) dever de investigar; (vi) dever de intervir; (vii) dever de não praticar erros graves⁸¹. Na realidade, o dever de diligência funciona como verdadeiro cânone balizador de todos os demais. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, lucidamente, observa que “o preceito é fundamental, sendo certo que dele decorre, no essencial, todo o resto”⁸².

As faltas de gestão e a proteção do administrador diligente. Especificamente no que se refere às faltas de gestão, a implementação das regras de códigos de boa conduta, como os preconizados pelas regras de *corporate governance*, constitui importante ferramenta para que os administradores possam defender-se de acusações de falta de diligência, demonstrando terem

80 ESTELLE SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence...*, cit., n. 409, p. 230.

81 Esse rol encontra-se na obra de RENATO VENTURA RIBEIRO (*Dever de diligência...*, cit., pp. 221-231). Outro rol é elaborado e minuciosamente explicado por FLÁVIA PARENTE, na sua bela dissertação *O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas*, cit., pp. 101-131.

82 ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil...*, cit., § 3º, p. 40.

tomado to
presa⁸³.

Deve
análise do
tante relev
obrigado a
ma a que
ou, pelo co
quais seria
complexa

De
dores à as
nhum dos
recebe-os
deles não
geral e, de
venção de
chimento
nistração
premacia
para “de
resolução
121) – pr
preponde
poder de
em tema
(LSA, ar
das decis

83 Cf.: Y

84 Na de
vos “
sellsch

85 FÁBIO
assem
dênci
trar r
admi

86 As co
comm

tomado todas as cautelas apropriadas e recomendáveis na condução da empresa⁸³.

Dever de diligência e relacionamento intra-orgânico. Antes de encerrar a análise do dever de diligência, importa aqui analisar uma última questão, bastante relevante para este estudo, consistente em definir se o administrador está obrigado a cumprir todas as deliberações da assembléia geral, instância máxima a que se submeteriam hierarquicamente os demais órgãos da companhia, ou, pelo contrário, se pode, e deve, deixar de atendê-las em certas situações, e quais seriam elas. A questão envolvida nessa indagação é deveras intrigante e complexa⁸⁴.

De início, vale recordar que a subordinação hierárquica dos administradores à assembléia geral deve ser compreendida em seus estritos termos. Nenhum dos órgãos da companhia recebe os seus poderes por delegação de outro; recebe-os diretamente da lei (ou do contrato social, para parte da doutrina) e deles não pode ser espoliado. A administração não é mandatária da assembléia geral e, de acordo com a precisa lição de FÁBIO KONDER COMPARATO, “a intervenção de um órgão no outro não se faz a nível de *competência*, mas de preenchimento de cargos”⁸⁵. A relação estabelecida entre assembléia geral e administração é, antes de tudo, de controle e orientação, e não propriamente de supremacia. Até mesmo o poder atribuído pela lei acionária à assembléia geral para “decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento” (LSA, art. 121) – previsão esta de todo platônica e idealista, quando se tem em vista a preponderância da vontade do acionista controlador, a quem cabe o efetivo poder de ditar os rumos da companhia (LSA, art. 116) – não é absoluto, pois, em tema de gestão da empresa, a competência da administração é privativa (LSA, art. 139), e os administradores, por isso, não são instrumentos passivos das decisões de outrem⁸⁶: não estão vinculados ao cumprimento de delibera-

83 Cf.: YVES GUYON, *Droit des affaires*, cit., t. 1, n. 459, p. 503.

84 Na doutrina germânica, alude-se ao “conflito de órgãos” (*Organstreit*) para designar os efetivos “conflitos de competência” entre órgãos da pessoa jurídica (*vide*: KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, cit., pp. 421-424).

85 FÁBIO KONDER COMPARATO, *Competência privativa...*, cit. In: *Novos ensaios...*, cit., p. 97. A assembléia geral não pode impor aos órgãos da administração a adoção de determinada providência, não os pode substituir nem revogar as suas decisões. Apesar disso, não é difícil encontrar regras estatutárias e deliberações assembleares invasoras da competência dos órgãos da administração.

86 As considerações expostas nessa passagem são, na essência, de GASTONE COTTINO (*Diritto commerciale*, cit., v. 1, t. 2: *Le società*, n. 111.2, pp. 404-405).

ções da assembleia geral diretamente relacionadas com matérias de gestão⁸⁷ nem podem curvar-se a estipulações de acordos de acionistas usurpadoras de suas privativas competências. Na Lei das S/A, os poderes sociais encontram-se institucionalmente distribuídos entre os vários órgãos, e todo órgão é soberano no âmbito de sua própria esfera privativa de competência⁸⁸.

Portanto, embora seja indisputável, como aponta ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, que os "destinatários naturais das deliberações são os

87 Cf.: FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...*, cit., p. 8; e EDUARDO DE MELO LUCAS COELHO, *A formação das deliberações sociais*, Coimbra: Coimbra Editora, 1994, nota 6, p. 36 (registrando o entendimento de BAUMBACH e HUECK, para quem "a deliberação da assembleia sobre assuntos próprios da gestão, sem a precedência de solicitação do órgão de administração nesse sentido, não é nula, nem anulável, mas pura e simplesmente ineficaz, de modo algum vinculando aquele órgão"). FÁBIO KONDER COMPARATO, sobre o tema, lembra, com propriedade, que "mesmo nos sistemas jurídicos que desconhecem o desdobramento dos órgãos administrativos da sociedade anônima em conselho de administração e diretoria, a jurisprudência tem firmado orientação contrária às tentativas de invasão, pela assembleia geral, da esfera de competência própria dos administradores. É o que ocorreu, por exemplo, no direito inglês, a partir do precedente *Automatic Self-Cleansing Filter Syndicate Co. v. Cuningham*. Os tribunais passaram a reconhecer, como salientou GOWER, que a repartição de poderes entre a assembleia geral e o órgão administrativo assemelha-se à partilha de competências num Estado federal, com os poderes residuais pertencendo, sempre, aos diretores. Em especial, a gestão dos negócios sociais (*management*) é atribuição exclusiva dos administradores, sendo ilícita, por exemplo, uma resolução da assembleia geral que determine a venda de um bem classificado no ativo realizável da companhia, contra a opinião dos diretores" (Competência privativa..., cit. In: *Novos ensaios...*, cit., p. 104). Do mesmo autor, confira-se, também: Ineficácia de estipulação, em acordo de acionistas, para eleição de diretores, em companhia com conselho de administração. In: *Direito empresarial: estudos e pareceres*, São Paulo: Saraiva, 1995, pp. 174-180. Ainda sobre o tema, GIORGIO CIAN e ALBERTO TRABUCCHI sumulam a mesma orientação prevalente na Itália: "prevalece uma linha voltada a reconhecer aos administradores uma competência gerencial exclusiva e autônoma (BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a.*, 2; WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, 83), de acordo com um modelo que se reporta à divisão dos poderes entre executivo e parlamento (GALGANO, *ai*, 220) e que encontra os únicos limites no objeto social e nos assuntos de competência específica da assembleia (CALANDRA BUONORA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, Tr. Colombo-Portale, IV, 117). Conseqüentemente, as eventuais diretrizes determinadas pela assembleia não são vinculantes, e as ingerências sujeitas a ineficácia" (*Commentario breve al Codice Civile*, cit., p. 2.419; trad. livre do Autor).

88 Na realidade, se ainda hoje a doutrina moderna reconhece ser a assembleia geral o órgão soberano, é com um sentido bem diferente do que supunha a doutrina clássica. A assembleia geral pode ser reputada órgão soberano apenas porque os seus titulares (acionistas) não são investidos na função por obra de outro órgão, não devem reportar-se a outro órgão, podem modificar o ordenamento social, deliberam sobre o preenchimento de cargos nos outros órgãos (os quais detêm poderes e atribuições próprios) e, ainda, porque a assembleia "manifesta a vontade social de modo imediato, não derivando o seu poder de qualquer outro órgão" (A. FERRER CORREIA, *Lições de direito comercial* (reimpr.), Lisboa: Lex, 1994, n. 124, p. 393).