

administradores”⁸⁹, pois “através deles – especificamente dos diretores, a quem compete a representação da companhia, nos termos do art. 144, da Lei n. 6.404/76 –, é que a sociedade (e não a assembléia) entrará em contato com terceiros”⁹⁰, também é irrecusável, como lembra o mesmo doutrinador, que “os administradores somente têm o dever de cumprir as deliberações válidas da assembléia geral, devendo abster-se de executar as que não se revistam de tal qualidade, sob pena de, inclusive, pessoalmente responder por elas (v.g., § 1º, do art. 201, c.c. o parágrafo único do art. 190, da Lei n. 6.404/76)”⁹¹.

Os administradores não estão obrigados a cumprir todas as deliberações da assembléia geral⁹². Antes, pelo contrário, podem e devem recusar-se a cumprir deliberações assembleares usurpadoras de competência privativa da

89 ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Invalidade das deliberações de assembléia das S.A.*, São Paulo: Malheiros, 1999, n. 15, p. 64.

90 ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Invalidade...*, cit., n. 15, p. 61 – que invoca a oportuna doutrina de TULLIO ASCARELLI, no sentido de que “as deliberações não são diretamente manifestadas aos terceiros; a deliberação diz respeito à ‘formação’ da vontade, não à sua declaração; os seus destinatários imediatos são os diretores, ou seja, o órgão executivo da sociedade; são eles que, por sua vez, comunicam a declaração a terceiros” (Vícios das deliberações assembleares; direitos individuais dos acionistas; prescrição. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, São Paulo: Saraiva, 1945, pp. 399-400).

91 ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Invalidade...*, cit., n. 15, p. 64 – que ainda acrescenta: “A doutrina é unânime no sentido de que os administradores não estão adstritos a cumprir as deliberações eivadas de nulidade (v. LOBO XAVIER, ob. cit., p. 369, nota 107a, com ampla notícia bibliográfica). No tocante às deliberações anuláveis, produzindo estas seus efeitos até a desconstituição, estão os administradores, em princípio, obrigados a executá-las enquanto não forem desconstituídas. Mas essa orientação comporta exceções (v. a longa e aprofundada análise sobre a questão feita pelo ilustre jurista lusitano na ob. cit., pp. 335-373)” (op. cit., n. 15, p. 64). Não são impositivas, por evidente, as deliberações usurpadoras de competência privativa de órgão da administração e aquelas violadoras da lei e dos estatutos, que, em sendo cumpridas, possam redundar na responsabilidade pessoal do administrador. A lei acionária alemã, neste ponto (assim como em vários outros), foi mais precisa, pois consigna expressamente ser dever da diretoria cumprir deliberação da assembléia geral ‘no âmbito da sua competência’, isto é, da própria assembléia (cf.: AktG § 83).

92 Ou, em última análise, do acionista controlador, já que a própria soberania da assembléia geral é mais aparente do que real. “La préeminence de l’assemblée est plus théorique qu’effective” (YVES GUYON, *Droit des affaires*, cit., t. 1, n. 289, p. 291). E nas companhias fechadas, ainda segundo esse mesmo autor, “l’assemblée générale n’est souvent qu’un simulacre” (op. cit., n. 309, p. 322). Parece um tanto quanto artificial a afirmação, consagrada no Código das Obrigações suíço, de que a assembléia seja realmente “o poder supremo da sociedade anônima” (OR, art. 698). Sobre essa questão, vide ainda, por todos: FÁBIO KONDER COMPARATO, *O poder de controle...*, cit., e *Aspectos jurídicos da macroempresa*, cit., n. 28-32, pp. 69-84.

administração e violadoras da lei ou do estatuto⁹³, e de cujo cumprimento pode resultar a responsabilidade civil dos administradores. Vale repetir: a assembleia geral pode *ad nutum* destituir os administradores, quando bem lhe aprouver (LSA, arts. 140, *caput*, e 143, *caput*)⁹⁴, mas não pode usurpar competência de outro órgão e impor aos administradores condutas pelas quais estes assumem responsabilidades pessoais, não podendo escudar-se na deliberação assemblear⁹⁵.

93 Cf.: ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Invalidade...*, cit., n. 15, p. 64; GASTONE COTTINO, *Diritto commerciale*, cit., v. 1, t. 2: *Le società*, n. 111.2, pp. 405-406; HAROLDO MALHEIROS DUCLERC VERÇOSA, *Curso de direito comercial*, São Paulo: Malheiros, 2006, v. 2, n. 5.10.9.7, p. 459 (referindo-se à limitada, mas cuja lição é válida também para a anônima); JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, Responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas, *RDM* 42/79; M. NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anônima*, 2. ed., Coimbra: Coimbra Editora, 1997, n. 6.2.4.1, p. 98; SÉRGIO MARQUES DA CRUZ, *Sociedades anônimas...*, cit., pp. 59-60; e WALDIRIO BULGARELLI, Apontamentos sobre a responsabilidade dos administradores das companhias, *RDM* 50/81. Existisse a obrigação de a administração dar irretido cumprimento às deliberações da assembleia geral não haveria, em primeiro lugar, competência privativa (LSA, art. 139) e, em segundo, seria logicamente necessário reconhecer a exclusão da responsabilidade dos administradores frente à sociedade, aos acionistas e a terceiros, previsão essa que não se contém na lei, taxativa ao prever a responsabilidade daquele que, isolada ou conjuntamente, viole a lei ou o estatuto (LSA, art. 158).

94 Cf.: TJSP, Ap. 56.994, 3ª CC, Rel. Des. RAPHAEL MONTEIRO DE BARROS, v.u., j. 27-3-1952, *RT* 201/209. Não é necessário, pois, aguardar o término do prazo do mandato (cf.: TJSP, Ap. 265.250, 1ª CC, Rel. Des. ANDRADE JUNQUEIRA, v.u., j. 18-11-1977, *JB* 64/294, e WALDEMAR MARTINS FERREIRA, *Compêndio das sociedades mercantis*, 2. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, v. 2, § 42, pp. 367-373). O administrador destituído não pode pretender impedir a posse de substituto no cargo (cf.: TJSP, Ap. 160.257, 4ª CC, Rel. Des. SALLES ABREU, v.u., j. 8-2-1968, *RT* 393/162; e PHILOMENO J. DA COSTA, Intervenção judicial imediata na vida interna social, *RT* 458/39-45) e, de regra (ressalvados os casos de publicidade aberrante do ato, de falsa motivação vexatória ou obrigações previstas em contratos paralelos), não tem direito a pedir indenização pela sua destituição: "De acordo com a LSA, a Assembleia Geral tem o poder de destituir os diretores a todo o tempo" (TJSC, Ap. 12.183, 2ª CC, Rel. Des. NELSON KONRAD, v.u., j. 11-12-1980, *JB* 64/247). Sobre a ausência de direito à indenização, confira-se ainda: CUNHA PEIXOTO, *A sociedade por cota de responsabilidade limitada*, Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 1, n. 358, p. 326. Aliás, nem se pode, através da via judicial, impedir que a assembleia geral destitua administrador (cf.: 1ª TACivSP, MS 222.729, 4ª Câm., Rel. Juiz GONÇALVES SANTANA, m.v., j. 2-3-1977, *JUTACivSP-Lex* 44/142). Não podem os estatutos subordinar a destituição a justa causa (cf.: PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, 3. ed., 2. reimpr., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1984, t. 50, § 5.332, p. 398).

95 Bem-vistas as coisas, o administrador que se submete à deliberação de outro órgão, usurpado-ra de sua competência, está, reversamente, consentindo em delegar funções privativas (e, portanto, indelegáveis). Estaria, só por isso, concorrendo para a prática de ato ilícito, violador da lei (LSA, art. 158, II). Mais do que isso, estaria sendo passivo, antônimo de ativo, como se exige do administrador diligente (LSA, art. 153).

Na prática, é claro que, deixando de cumprir a deliberação assemblear inválida, poderá o administrador vir a se indispor com os acionistas (ou, com maior propriedade, com o acionista controlador), correndo o risco de ser destituído da administração e, se for empregado, ainda ser demitido. Paciência; é o preço a pagar. O que não pode é dar cumprimento à deliberação ilegal e, depois, querer forrar-se de suas responsabilidades, sob a simples alegação de que estava a cumprir ordem da assembléia geral⁹⁶, pois isso não o isentará de sua própria culpa.

As mesmas conclusões a que chegamos em relação ao dever da administração de dar cumprimento às deliberações da assembléia geral aplicam-se ao dever de a diretoria atender às determinações emanadas do conselho de administração. Realmente, ainda que sejam eleitos e tenham as suas atribuições fixadas privativamente pelo conselho de administração (LSA, art. 142, II), os diretores não estão jungidos a dar cumprimento a deliberações extravagantes da competência daquele órgão colegiado, ou que importem violação da lei ou do estatuto, ou que possam levar a companhia a experimentar prejuízos. A hierarquia funcional do conselho de administração sobre a diretoria, *de um lado*, encontra-se limitada pelas atribuições claramente definidas pela lei e pelos estatutos para cada órgão e, *de outro lado*, como lembra JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, “não suprime os deveres aos quais se acham jungidos *ex vi legis* os diretores, cabendo-lhes o ônus de resistir a determinações em con-

96 A decisão ilegal da assembléia geral não redundava, *ipso facto*, na responsabilidade da companhia; essa responsabilidade, quem a tem, são ou os administradores, que a executam, ou o acionista controlador, ou uns e outros solidariamente. Estudando a questão, ARNOLDO WALD conclui no sentido de que “inexiste qualquer texto legal que estabeleça a responsabilidade da empresa pelas decisões tomadas nas suas assembléias gerais. Efetivamente, a empresa se responsabiliza, em virtude de textos legais específicos, pelos atos dos seus representantes ou mandatários (diretores ou administradores) e dos seus prepostos. Mas inexiste qualquer norma que considere a empresa responsável pelas decisões da maioria dos seus acionistas (...). Não havendo texto legal que atribua responsabilidade à empresa pelo voto dos acionistas majoritários, descabe qualquer ação contra ela, em virtude da anulação de deliberação da assembléia geral. Tal entendimento se impõe, *a fortiori*, quando se reconhece que, na legislação brasileira, a responsabilidade pelo fato de outrem depende de enumeração de caráter taxativo – e não exemplificativo – e que inexiste qualquer dever de vigilância da empresa sobre os seus acionistas ou qualquer possibilidade de escolha pela sociedade dos mesmos acionistas, o que exclui as hipóteses de culpa, provada ou presumida, *in vigilando* ou *in eligendo*” (Da irresponsabilidade da sociedade anônima por decisões nulas ou abusivas da assembléia geral, RDM 12/11-18). ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, com razão, observa: “Constitui particularidade da assembléia geral ser ela o único órgão que não pode ser responsabilizado *separadamente*, ao contrário do que ocorre com os órgãos de administração e fiscalização (cf. arts. 158, 159 e 165 da Lei n. 6.404/76)” (*Invalidade...*, cit., n. 8, p. 31).

trário”⁹⁷. Do contrário, responderão solidariamente pelos danos advindos (LSA, art. 158, § 1º).

A bem da verdade, o administrador que, de forma cega e submissa, limitar-se a dar cumprimento a toda e qualquer deliberação de outro órgão jamais estará dando regular cumprimento ao dever de diligência; ao contrário, estará positivamente violando-o (por ser passivo, e não ativo) e, com isso, expondo-se à responsabilidade civil, sem que possa invocar a falta alheia como causa excludente de sua própria responsabilidade. “Um administrador insubmisso” – destaca GASTONE COTTINO – “pode ser destituído ou não reeleito, não pode ser *forçado* a adotar uma atitude”⁹⁸.

O administrador que se abstém de exercer as suas funções viola o dever de diligência e responde civilmente pelos prejuízos resultantes de sua omissão⁹⁹⁻¹⁰⁰.

3.2.1.2 Finalidade das atribuições e desvio de poder

Outro dever geral do administrador, destacado pela nossa lei acionária, é exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e

97 JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, *Responsabilidade...*, cit., pp. 78-79. No mesmo sentido, ainda, WALDIRIO BULGARELLI (*Apontamentos...*, cit., p. 81), que, diante da situação de potencial debate entre órgãos da sociedade, formula e deixa em aberto à meditação dos estudiosos a seguinte indagação: “Estaria havendo uma luta fratricida entre órgãos de um mesmo corpo? Não se estaria voltando, portanto, ao mesmo defeito apontado na teoria do mandato, consistente na duplicidade de partes e de relações intersubjetivas geradoras de conflitos e de interpretações defeituosas?”

98 GASTONE COTTINO, *Diritto commerciale*, cit., v. 1, t. 2: *Le società*, n. 111.2, p. 405; trad. livre do Autor. Na mesma passagem da obra, o jurista italiano acrescenta: “O risco de encontrar-se pressionados no dilema entre descumprir a deliberação, e responder perante a sociedade, ou executá-la, e responder perante os terceiros, pode ser, substancialmente, superado reportando o próprio comportamento ao padrão de diligência profissional imposta pela lei. Eles devem, de regra, dar execução ao que a assembléia decidiu; mas poderiam e deveriam eximir-se de executar uma deliberação da assembléia, inclusive se adotada de modo formalmente irrepreensível (e *a fortiori*, o diria, no caso em que não o fosse) se fosse previsível, de acordo com os princípios da boa administração, que dela possa advir uma perda patrimonial para a sociedade” (op. cit., n. 111.2, pp. 405-406; trad. livre do Autor). Sobre o tema, ainda: FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...*, cit., p. 10.

99 Cf.: PAUL LE CANNU, *Droit des sociétés*, 2. ed., Paris: Montchrestien, 2003, n. 670, p. 413.

100 Cf.: “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). “A abstenção de conselheiro em decisão que afeta a orientação geral dos negócios da companhia, sem qualquer justificativa, equivale a omissão” (CVM, Inq. Adm. n. 4/1999, Rel. Dir. NORMA JONSSSEN PARENTE, v.u., j. 17-4-2002).

no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa (LSA, art. 154, *caput*). “Tecnicamente”, explica ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, “a administração é um direito potestativo: traduz a permissão normativa que os administradores têm de decidir e de agir, em termos materiais e jurídicos, no âmbito dos direitos e dos deveres da sociedade. Embora se trate de um direito – os administradores são autônomos ou teriam de ir procurar a administração noutra instância – é um direito funcional ou fiduciário”¹⁰¹. Significa dizer, pois, que os poderes atribuídos pela lei aos administradores são poderes-funções, a serem exercidos visando o interesse da companhia¹⁰². “Daí decorrem”, como anota Calixto Salomão Filho, “duas obrigações muito simples. A primeira, a de ser diligente no cumprimento de seus deveres, e a segunda, a de evitar qualquer forma de conflito de interesses, ou seja, qualquer forma de privilégio ao seu próprio interesse particular em detrimento do interesse da companhia”¹⁰³.

Trata-se de regra de caráter manifestamente institucional¹⁰⁴. As atribuições, legais ou estatutárias, dos administradores da companhia variam, evidentemente, dependendo do órgão ao qual pertençam. Contudo, seja membro da diretoria ou do conselho de administração, o administrador deve sempre guiar a sua atuação para a consecução do *escopo-meio* da companhia – isto é, o objeto social, a atividade empresarial ou a empresa, a cuja exploração se dedica e que há de ser descrita minuciosamente no estatuto social (LSA, art. 2º, § 2º) – e do seu *escopo-fim* (ou finalidade), que é a obtenção e partilha de lucros entre os acionistas. Atuando em prol de qualquer um desses escopos (os quais, simultaneamente, *limitam* a liberdade de gestão do administrador¹⁰⁵ e *preorde-*

101 ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, cit., v. 1, n. 291, p. 797.

102 Nos países da *common law* os desvios dessa finalidade são censurados pela doutrina do *improper purpose* (vide: ANDRÉ TUNC, *Le droit anglais des sociétés anonymes*, cit., n. 109, p. 171).

103 CALIXTO SALOMÃO FILHO, Diluição de controle. In: *O novo direito societário*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 69.

104 Da conjugação dos arts. 116, par. ún., e 154, da Lei das S/A, infere-se que a nossa lei “adota, portanto, a orientação do chamado ‘direito da empresa acionária’ (*Recht der Aktienunternehmung*), consagrada na Alemanha, que encara a lei do anonimato como instrumento de tutela da empresa, na medida em que a sociedade anônima é uma técnica de organização empresarial, não lhe atribuindo propriamente um interesse isolado, como na teoria da ‘empresa em si’ (*Unternehmen an sich*), mas reconhecendo, na própria empresa, uma ‘composição dos interesse das várias pessoas que dela participam’ (*Schutz des Unernehmens in Sinne eines Ausgleichs alle beteiligten Interessen*)” (LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, Conflito de interesse. In: *Estudos e pareceres sobre sociedades anônimas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 21).

105 Tem razão MODESTO CARVALHOSA ao registrar que “o objeto social é, portanto, limite específico da relativa discricionariedade que desfrutam os administradores na condução dos negócios sociais” (*Responsabilidade civil de administradores e de acionistas controladores perante a Lei das S/A*, cit., p. 37). Na mesma linha, ainda, a ressalva de SÉRGIO MARQUES DA CRUZ

nam a sua atividade), estará agindo em prol do interesse social (= interesse comum dos sócios *uti socii*). Mas, ao assim atuar, a lei acionária exige ainda do administrador atenção às exigências do bem público e da função social da empresa¹⁰⁶ – expressões vagas e dependentes de concreção à luz de cada caso concreto, mas que evidenciam a intromissão de interesses externos aos acionistas. Daí o seu caráter institucional¹⁰⁷. Entretanto, parece exagerada a afirmação de que “houve um equilíbrio entre os interesses privados e públicos” ou de que “a busca do resultado positivo (lucro) deixou de ser uma finalidade básica da sociedade”¹⁰⁸, pois, em primeiro lugar, longe está de haver real equilíbrio entre os citados interesses e, em segundo, a regra em análise não permite que o administrador desvie dos escopos da companhia, mas apenas que, ao persegui-los, tenha em consideração outros interesses externos, o que não o autoriza dar prevalência a estes em detrimento daqueles.

Dever de independência do administrador. Deste dever específico, di-lo expressamente a lei acionária (LSA, art. 154, § 1º), não se isenta o administrador eleito por grupo ou classe de acionistas (como se prevê nos arts. 16, III, 18, 140, par. ún., e 141, *caput* e §§ 4º, 5º e 7º, da Lei das S/A). Essa regra, aliás, seria rigorosamente até mesmo dispensável, pois o administrador não é

(*Sociedades anônimas...*, cit., p. 58). A exigência de precisa e completa definição do objeto social (LSA, art. 2º, § 2º), como anota GERALDO DE CAMARGO VIDIGAL, tem por fim “vincular estreitamente a ação administrativa, na companhia, à definição estatutária do objeto social” (Geraldo de Camargo Vidigal e Ives Gandra da Silva Martins (Coords.), *Comentários à Lei das Sociedades por Ações*, São Paulo: Forense Universitária, 1999, p. 14).

106 À vista da limitação temática deste estudo, não será aqui aprofundada a análise do que venha a ser interesse social e função social da empresa. Sobre interesse social, há aprofundado estudo na monografia modelar de ERASMO VALLADÃO AZEVEDO e NOVAES FRANÇA (*Conflito de interesses nas assembleias de S.A.*, São Paulo: Malheiros, 1993, pp. 21-53) e revisão crítica das várias teorias por CALIXTO SALOMÃO FILHO (Interesse social. In: *O novo direito societário*, São Paulo: Malheiros, 1998, pp. 13-42). Sobre função social da empresa, confirmam-se: FÁBIO KONDER COMPARATO, A reforma da empresa. In: *Direito empresarial...*, cit., pp. 3-26, e Estado, empresa e função social, RT 732/38-46; ALFREDO LAMY FILHO, A função social da empresa e o imperativo de sua reumanização, RDA 190/54-60; e FERNANDO NETTO BOITEUX, A função social da empresa e novo Código Civil, RDM 125/48-57.

107 A crítica que se faz ao legislador é não ter previsto sanção eficaz para a hipótese de os administradores negligenciarem interesses externos à companhia. A utilidade da regra, portanto, parece atualmente ficar restrita a, quando muito, servir de escudo para o administrador não poder ser responsabilizado pela companhia ou pelos acionistas se, em um caso concreto, der prevalência àqueles interesses externos. Ainda assim, é muito pouco, certo de que, se o administrador der prevalência aos interesses externos sobre o interesse da companhia, não terá vida longa em sua gestão.

108 As afirmações entre parênteses são de ADRIANO CASTELLO BRANCO (*O conselho de administração...*, cit., n. 7.2, p. 66).

representante de seus eleitores nem preposto dos acionistas¹⁰⁹, nem mesmo do controlador¹¹⁰. Como lembrava J. C. SAMPAIO DE LACERDA, ele “não poderá contrariar os interesses da companhia nem as exigências do bem público, nem a função social da empresa, mesmo que, com o cumprimento desses deveres, venha a contrariar o interesse dos que o elegeram”¹¹¹. Essa mesma regra é válida para o administrador de sociedade de economia mista.

Dever de independência do administrador e acordo de acionistas. As novas regras sobre acordos de acionistas (LSA, art. 118, §§ 8º e 9º), introduzidas pela Lei n. 10.303/2001, eliminaram a discussão sobre se os acordos de acionistas vinculariam somente os seus signatários ou se poderiam vincular os titulares de órgãos de administração indicados pelos acionistas contratantes: o legislador chancelou essa segunda orientação¹¹². No entanto, se essa vinculação de terceiros agora é indisputável, também o é a necessidade de interpretar as disposições da Lei das S/A de forma sistemática para, assim, concluir que, a despeito das novas regras, o administrador eleito por grupo ou classe de acionistas continua a ter, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais (LSA, art. 154, § 1º) e que, mais do que isso, as competências do órgão ao qual pertence continuam a ser privativas e indelegáveis (LSA, art. 139). Os acordos de

109 Por isso, o administrador eleito por grupo que promove a desconvocação de AGE, sem a prévia anuência do Conselho de Administração e sem que houvesse interesse social efetivo a amparar a sua conduta, viola o art. 154 da LSA (cf.: CVM, Proc. n. RJ-7229/2005, Rel. Pres. MARCELO FERNANDEZ TRINDADE, v.u., j. 10-5-2006).

110 Cf.: “O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa. Decisões tomadas pelo Conselho de Administração que não se inspiraram no propósito de beneficiar a companhia ou os seus acionistas, mas apenas o acionista controlador, violam o art. 154 da LSA” (CVM, Proc. n. RJ-1443/2005, Rel. Dir. PEDRO OLIVA MARCILIO DE SOUSA, v.u., j. 21-3-2006).

111 J. C. SAMPAIO DE LACERDA, *Comentários...*, cit., v. 3, p. 192. Como desdobramento do dever de lealdade, a regra do art 155, § 1º, da Lei das S/A seria até mesmo dispensável (cf.: JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA, *Administradores, conselheiros e prepostos das sociedades*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 54), mas, a nosso ver, o lembrete expresso é sempre útil e bem-vindo.

112 MODESTO CARVALHOSA e NELSON EIZIRIK confirmam que, “por força do novo § 8º, o acordo oponível à sociedade passa a vincular não apenas os acionistas em assembléia geral ou especial, mas também os administradores indicados pelos acionistas, no que respeita às deliberações do órgão de que participam. Fica, assim, desde logo, evidente que os acordos de acionistas vinculam, *ex vi* do § 8º, não apenas os membros do conselho de administração eleitos pelo acordo de acionistas, mas também os diretores na mesma situação, nas reuniões desse órgão, quando não tiver a sociedade conselho de administração” (*A nova Lei das S/A*, São Paulo: Saraiva, 2002, p. 211). Com maior desenvolvimento, confira-se também: MARCELO M. BERTOLDI, *Acordo de acionistas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, n. 4.1.2.1.1, pp. 79-85.

acionistas inserem-se na estrutura societária e, assim, não podem contrariar a sua disciplina obrigatória, mas apenas preencher as suas lacunas e os seus espaços resevados; e, em qualquer hipótese, não podem violar o interesse social ou mudar as instâncias decisórias societárias (princípio da tipicidade societária)¹¹³. Desse modo, ainda hoje, os acordos de acionistas não podem usurpar, direta ou indiretamente, competência privativa e tampouco impor ao administrador a prática de ato que seja lesivo ao interesse social e pelo qual possa vir a ser responsabilizado (LSA, art. 158, I e II), notadamente porque, para tais atos, o administrador não encontrará hábil escusa ao seu dever de indenizar no mero pretexto de estar cumprindo as disposições de acordo de acionistas. Assiste ao conselheiro indicado por acionistas vinculados por acordos de votos o dever de resistir ao cumprimento de atos lesivos ou que contravenham os deveres próprios das funções de seu cargo. Analisando a aparente antinomia entre as novas regras sobre acordos de acionistas e o art. 154, § 1º, da Lei das S/A, sustenta Arnaldo Wald, com razão, que “o mencionado artigo não é incompatível com o respeito do acordo pelos conselheiros, cabendo tão-somente não fazê-lo incidir quando contraria os deveres acima referidos” (próprios das atribuições de seu cargo)¹¹⁴. De igual modo, Paulo Cezar Aragão, lucidamente, ressalta que “o acionista não poderá – mesmo se o acordo previr – votar contra o interesse da companhia ou de forma que caracterize abuso de poder de controle, mas essa exceção deverá ser expressamente invocada”¹¹⁵. Outra não é a posição de PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO¹¹⁶, e assim também entendemos nós.

113 Um registro comparatístico parece aqui proveitoso. Em Portugal, o art. 17º do CSC restringe o alcance dos acordos parassociais, que não podem versar sobre a “conduta dos intervenientes ou de outras pessoas no exercício de funções de administração ou de fiscalização”. Comentando a regra legal, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO explica que “a administração e a fiscalização ficam fora do universo aberto aos acordos parassociais. Quando muito, poderíamos admitir que o acordo visasse Aspectos que, sendo da competência da assembleia geral, pudessem refletir-se na administração e fiscalização (...). A razão dogmática do art. 17º/2 parece clara (...). Admitir-se acordos parassociais com incidências na administração e na fiscalização equivaleria a permitir, *a latere*, uma organização diferente da do pacto social. A tipicidade societária perderia sentido, uma vez que a verdadeira orgânica seria parassocial. Além disso, seriam iludidos todos os preceitos relativos ao pacto social e às suas alterações: escritura, registro e diversas fiscalizações” (*Manual de direito das sociedades*, cit., v. 1, n. 228, pp. 655-656).

114 ARNOLDO WALD, A evolução do regime legal do conselho de administração, os acordos de acionistas e os impedimentos dos conselheiros decorrentes de conflito de interesses, RDB 11/16.

115 PAULO CEZAR ARAGÃO, A disciplina do acordo de acionistas na reforma da Lei das Sociedades por Ações. In: Jorge Lobo (Coord.), *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 378.

116 PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO, Modificações introduzidas na Lei das Sociedades por Ações quanto à disciplina da administração das companhias. In: Jorge Lobo (Coord.), *Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*, cit., p. 429 – frisando que “não pode o conselheiro de administração, em nome de um acordo de acionistas, votar contra os interesses da companhia. Nem poderia invocar esse acordo para eximir-se de responsabilidade (LSA, art. 118, § 2º)”.

Como se percebe, a vinculação do administrador não é tão estrita como se poderia supor, na medida em que se reserva ao conselheiro, quando menos, a possibilidade de analisar se a deliberação prévia dos signatários é lesiva ou não à lei e aos estatutos, e ao interesse social, para daí inferir a sua vinculação ao quanto foi deliberado (convindo, pois, tomar a elementar cautela de registrar por escrito a sua posição, em cada caso, para a eventualidade de surgir algum questionamento quanto à sua conduta). De fato, se o acordo de acionistas não exime o simples acionista de responsabilidade no exercício de voto (LSA, art. 118, § 2º) e se não tem o efeito de isentar o controlador de suas responsabilidades (arts. 116 e 117), *a fortiori*, não servirá de escudo a permitir que o administrador se curve às deliberações usurpadoras de sua competência administrativa, lesivas ao interesse social ou violadoras dos deveres próprios de sua função¹¹⁷; em outras matérias, em que não exista o risco de vir o administrador a responder pelos seus atos (LSA, art. 158), aí sim, “não há incompatibilidade entre o *dever de independência* do administrador eleito em virtude do acordo de voto e o acatamento das decisões majoritárias que os acionistas convenientes adotarem em *reunião prévia* do acordo de voto em bloco”¹¹⁸. Apenas na última situação a vinculação do administrador é inegável, assim como deverá sê-lo a sua irresponsabilidade pela prática vinculada do ato: não

117 Com ponto de vista semelhante, *vide*: CARLOS EDUARDO BULHÕES, *Opiniões jurídicas*, Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 160; CARLOS HENRIQUE BARROSO, A responsabilidade civil do conselheiro de administração e o acordo de acionistas, RT 834/54; MARIA GRAZIELA MALOUF CURY RAYES, *Direitos dos acionistas minoritários*, São Paulo: Textonovo, 2003, p. 124; e MIGUEL TORNOVSKI, Acordo de acionistas sobre o exercício do poder de controle, RDM 127/103-104.

118 MODESTO CARVALHOSA e NELSON EIZIRIK, *A nova Lei das S/A*, cit., p. 228. Com semelhante orientação, ainda: NELSON EIZIRIK, Acordo de acionistas: arquivamento na sede social – vinculação dos administradores de sociedade controlada, RDM 129/50. Temos apenas dificuldade em admitir o raciocínio desenvolvido por MODESTO CARVALHOSA, em outra obra, no sentido de que o administrador deverá sempre curvar-se à deliberação tomada pela comunhão de controladores, porque, se o acordo de acionistas deve conformar-se ao interesse social (LSA, art. 118, § 2º), “presume-se que a orientação tomada pela comunhão dos controladores, majoritariamente, em reunião prévia e dirigida aos representantes dessa mesma comunhão dos órgãos de administração da companhia está em consonância com o interesse social” (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 3. ed., São Paulo: Saraiva, v. 2, 2003, p. 540). E se não estiver? E se essa presunção não corresponder à realidade, estaria o administrador mesmo assim obrigado a curvar-se ao que foi deliberado? Não cremos que assim seja; o administrador é, antes de tudo, obrigado a dar cumprimento às atribuições de seus cargos; não pode ser desleal nem deixar de ser diligente. E esses vetores hão de informar, acima de tudo, o seu comportamento e levá-lo a verificar se a deliberação decorrente do acordo de acionistas viola ou não esses comandos.

pode por ele ser responsabilizado¹¹⁹. Por fim, na hipótese de o conselheiro resistir à orientação imprimida em reunião pelas partes do acordo de acionistas (abstendo-se de votar ou votando contrariamente à diretiva passada), poderá ser responsabilizado por essa posição, omissiva ou comissiva, acaso ilegítima, mas jamais pelo voto abusivo porventura manifestado, de forma substitutiva, pelo seu companheiro de órgão, nos termos do § 9º do citado art. 118 da Lei das S/A: a omissão ou o voto glosado pelo presidente do conselho será ato do resistente; não será dele o voto proferido, de forma substitutiva, pelo terceiro conselheiro (que, ao contrário do que a imprecisa terminologia que vem se consagrando na praxe societária pode sugerir, não deve ser considerado representante ou mandatário legal daquele¹²⁰, para o efeito de torná-lo responsável pelos atos praticados na ausência ou contra a sua própria vontade).

Além de explicitar o dever de dar cumprimento às finalidades das atribuições do cargo, a lei acionária ainda apresenta rol específico de vedações impostas aos administradores (LSA, art. 154, § 2º).

Essas vedações, expressas nas alíneas *a* a *c* do § 2º do art. 154 da Lei das S/A, não têm a aptidão de delimitar, pela forma negativa, todo o alcance da regra contida no *caput* do mesmo artigo. Mesmo sem incorrer em qualquer uma daquelas condutas descritas nas vedações, o administrador da companhia poderá eventualmente exercer as suas atribuições sem atentar para o interesse social e, nessa medida, estará violando o dever específico definido no *caput* do art. 154 da Lei das S/A¹²¹. As vedações elencadas expressamente na lei acioná-

119 Sobre o ponto, *vide*: ADOLF BAUMBACH e ALFRED HUECK, *GmbH-Gesetz*, cit., § 43, IV, n. 22, p. 806. Em qualquer hipótese, no entanto, os partícipes do acordo de acionistas que tenham votado favoravelmente à imposição da prática de ato pelo conselheiro não poderão, depois, votar a favor da promoção da ação de responsabilidade civil contra o conselheiro que tenha atuado de conformidade com as instruções correlatas, ainda mesmo quando, de acordo com as balizadas expostas no texto, não estivesse o administrador obrigado a obedecê-las. A conduta dos acionistas não pode violar a proibição de *venire contra factum proprium* (*vide*: GIANCARLO FRÈ e GIUSEPPE SBISA, *Società per azioni*, cit., t. 1, pp. 575-578).

120 A expressão "mandato legal", realmente, já se consagrou (*vide*: FELIPE FREITAS RAMOS, Responsabilidade dos signatários de acordo de voto no regime da Lei 10.303/01, RDM 125/116; e NELSON EIZIRIK, Interpretação dos §§ 8º e 9º do art. 118 da Lei das S/A, RDM 139/155), mas, ainda assim, continuamos a fazer reservas à sua utilização, atentos aos insuficientes desdobramentos que as regras de mandato teriam para a solução dos problemas de conflito de interesses e de imputação de responsabilidade externa ao dissidente, assim como em matéria de capacidade e sucessão de partes.

121 Discorda-se, pois, da opinião de FÁBIO ULHOA COELHO, para quem, "se o administrador não incorrer nestas quatro condutas proibidas, estará exercendo suas atribuições regularmente, sem desvio de finalidade; em conseqüência, estará dando cumprimento ao art. 154 da LSA, como um todo" (*A natureza subjetiva...*, cit., p. 20). O conteúdo da regra do *caput* do art. 154 da Lei das S/A não se circunscreve às proibições previstas no seu § 2º.

ria constituem hipóteses patentes de desvio de poder¹²², mas certamente não esgotam as multifárias formas de sua manifestação¹²³.

A primeira vedação imposta ao administrador é a de não poder praticar ato de liberalidade à custa da companhia (LSA, art. 154, § 2º, a), pela razão óbvia de que os bens sociais devem ser utilizados para a consecução do interesse social¹²⁴ e de acordo com a sua finalidade lucrativa¹²⁵. “A missão dos diretores não é a de doar ou desfalcar o patrimônio da sociedade, senão o de acrescê-lo, mercê de gestão prudente, honesta, e produtiva de lucros”¹²⁶. Conquanto a regra pareça dirigir-se tão-somente a diretores, na condição de responsáveis pela execução dos atos de gestão, abrange os conselheiros, os quais têm competência para deliberar sobre atos jurídicos específicos (LSA, art. 142, VI e VIII)¹²⁷. A análise do caso concreto revelará se o ato praticado constitui efetivamente uma liberalidade (conceito que não se esgota na doação¹²⁸). Por liberalidade, enten-

122 Cf.: PAULO SALVADOR FRONTINI, Responsabilidade dos administradores em face da nova Lei das Sociedades por Ações, RDM 26/41; e MODESTO CARVALHOSA, Comentários..., cit., v. 3, p. 274.

123 Corretamente, PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO entende que “a enumeração é simplesmente exemplificativa” (*O Conselho de Administração...*, cit., n. 2.6.3, p. 57).

124 A regra aplica-se, evidentemente, à liberalidade realizada pelo administrador com bens da companhia e, por isso, não impede que o acionista pratique ato de liberalidade com as ações de que seja titular. O registro pode parecer óbvio, mas, em um caso concreto, essa lamentável confusão ocorreu em juízo e foi, a tempo, corrigida pelo tribunal (cf.: TARJ, Ap. 4.572, 1ª CC, Rel. Juiz DILSON NAVARRO, v.u., j. 13-6-1978, JB 64/191).

125 A regra já existia no art. 119, 1ª parte, do Decreto-lei n. 2.627/40: “Art. 119. Os diretores não poderão praticar atos de liberalidade à custa da sociedade (...)”. A infração à regra importa na responsabilidade civil dos administradores pelos prejuízos causados à companhia, sem prejuízo da possibilidade de a companhia buscar a invalidação do próprio ato (cf.: STF, RE 85.343-SP, 1ª T., Rel. Min. CUNHA PEIXOTO, v.u., j. 14-6-1976, JB 64/91 e RT 498/242).

126 WALDEMAR MARTINS FERREIRA, *Tratado de direito comercial*, São Paulo: Saraiva, 1961, v. 4, n. 856, p. 451. E, com fina ironia, o mestre frisou: “Compreende-se, e é louvável, que os diretores de sociedades anônimas sejam generosos, praticando liberalidades à sua custa. Quem dá o que é seu a ninguém prejudica” (*op. et loc. cit.*).

127 Nesse sentido: FRAN MARTINS, *Comentários...*, cit., v. 2, t. 1, n. 690, p. 372.

128 FRAN MARTINS conceitua “atos de liberalidade” como “aqueles que diminuem o patrimônio da sociedade sem que haja uma contraprestação correspondente” (*Direito societário: estudos e pareceres*, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 117). Sobre a abrangência do termo “liberalidade” em doutrina, vide, ainda: J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito comercial brasileiro*, cit., v. 4, p. 10; JOSÉ ALBERTO BASTOS DE MENEZES, Os atos de liberalidade nas sociedades anônimas, RDM 11/49-63; TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedades por ações*, cit., v. 2, n. 626, p. 89; WALDEMAR MARTINS FERREIRA, *Compêndio das sociedades mercantis*, cit., v. 2, § 26, pp. 232-239; e ROBERTO BOVE, Responsabilidade dos diretores de sociedade anônima, RT 275/62-72.

de-se o ato que, "importando em benefício a outrem, nada proporciona, em troca, à entidade coletiva"¹²⁹. As hipóteses são múltiplas¹³⁰, e a norma abrange tanto os atos diretos como os indiretos de liberalidade, praticados de forma comissiva ou omissiva. Insta advertir que certos atos são gratuitos na sua aparência, mas não na sua essência, ou porque têm caráter remuneratório, ou por estarem inseridos no contexto maior de uma atividade empresarial¹³¹. A prática de ato gratuito não se pode dizer, sempre, incompatível com a atividade empresarial¹³², precisamente porque ato e atividade são realidades distintas¹³³. Por isso, a gratuidade de um ato específico, desde que relacionado ao exercício de atividade empresarial (esta sim de caráter econômico, voltada à criação de riquezas

129 Cf.: TJSP, Ap. 60.232, 6ª CC, Rel. Des. CANTIDIANO DE ALMEIDA, v.u., j. 19-12-1952, RT 210/170.

130 Os tribunais entendem, por exemplo, que constituem atos de liberalidade, vedados aos administradores: (i) doação de expressiva quantia a hospital (RT 433/304); (ii) o pagamento de auxílio pecuniário mensal à viúva de ex-diretor (RT 275/62-72); (iii) a cessão gratuita a terceiro do uso do direito de marca da companhia (STF, RE 85.343-SP, 1ª T., Rel. Min. CUNHA PEIXOTO, v.u., j. 14-6-1976, JB 64/91 e RT 498/242); (iv) a instituição de renda mensal vitalícia para atuais e antigos administradores da companhia (TJSP, Ap. 286.680-4/4, 3ª Câmara, Dir. Priv., Rel. Des. ÊNIO SANTARELLI ZULIANI, m.v., j. 7-10-2003, RJTJESP 274/222); e (v) o pagamento de suposta dívida por valor bem superior ao real (TJDF, Ap. 19.054, 8ª CC, Rel. Des. MARTINHO GARCEZ NETO, v.u., j. 29-7-1953). MODESTO CARVALHOSA acrescenta, ainda: (vi) a renúncia a direitos; (vii) a prestação de garantias a favor de terceiros (embora essa visão seja questionável, sobretudo se se considerar que o ato pode se incluir no contexto maior da atividade empresarial); (viii) o pagamento antecipado de dividendos (podendo-se discutir se a prática seria censurada precisamente pelo artigo em análise); e (ix) a concessão de empréstimos a terceiros (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, cit., v. 3, pp. 280-283).

131 Confira-se o lúcido alerta de J. C. SAMPAIO DE LACERDA: "às vezes, certas contribuições a determinadas entidades que podem parecer como fornecidas a título gratuito não o são verdadeiramente porque a companhia tem em vista um interesse maior, de caráter geral, que poderá vir a beneficiá-la em futuro, tal a finalidade a que a contribuição se destina" (*Comentários...*, cit., v. 3, p. 193). No mesmo sentido, *vide* ainda: JOSÉ ALBERTO BASTOS DE MENEZES, *Os atos de liberalidade...*, cit., p. 58 (trazendo vários exemplos); e WALDEMAR MARTINS FERREIRA, *Tratado de direito comercial*, cit., v. 4, n. 856, p. 451.

132 *Vide*: ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, cit., v. 1, n. 112, pp. 337-340.

133 A atividade consiste na prática coordenada de atos (englobando atos e negócios jurídicos, e simples atos materiais) imputáveis a uma mesma pessoa e organizados em vista de um objetivo comum. Sobre atividade e a sua distinção em relação ao tratamento jurídico do ato, *vide* as lições sempre precisas de: TULLIO ASCARELLI, *O empresário* – tradução de FÁBIO KONDER COMPARATO, RDM 109/183-189; GIUSEPPE AULETTA, *Attività*. In: *Enciclopedia del diritto*, v. 3, Milão: Giuffrè, pp. 981-987; FÁBIO KONDER COMPARATO, *O poder de controle...*, cit., n. 28, p. 93; e ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Empresa, empresário e estabelecimento: a nova disciplina das sociedades*, RAASP 71/19.

e movida pelo intento lucrativo, sempre pressuposto no exercício da empresa), não incide no citado veto legal. Assim, por exemplo, não são em si censuráveis, ressalvados os casos de abuso e fraude, a distribuição de brindes, a disponibilização graciosa de equipamentos, para que o consumidor possa tornar-se comprador de insumos, o patrocínio de eventos desportivos e culturais etc., pois tudo isso é rigorosamente propaganda, promoção de vendas¹³⁴.

Como exceção à regra da vedação à prática de atos de liberalidade, pode o administrador, com a expressa autorização do conselho de administração ou da diretoria (LSA, art. 154, § 4º), praticar atos gratuitos razoáveis em benefício dos empregados ou da comunidade de que participa a empresa, tendo em vista as suas responsabilidades sociais¹³⁵. Razoável é a liberalidade compatível com

134 WALDEMAR MARTINS FERREIRA tratou extensamente do assunto e a sua lição, conquanto longa, merece ser aqui transcrita, na parte em que se reporta aos atos de aparente liberalidade: "Liberalidade, no conceito dos dicionaristas, é largueza no dar, entre os termos da parcimônia e da prodigalidade. Generosidade. Franqueza. Munificiência. Amplitude em despender. Raro é, no entanto, seja o comerciante levado a praticar atos a título gratuito, pelo conforto íntimo de bem fazer. A sua dádiva nunca é desinteressada. Representa, na maioria dos casos, recompensa. Remuneratória quase sempre é. Mesmo quando apresente caráter de inteira gratuidade, nela se desvenda o propósito interesseiro, senão atual, longínquo. Dar um, a fim de receber dois. Plantar hoje, para colher amanhã. Se o comerciante distribui pequenos objetos de uso, do mais variado feitio e da mais ampla variedade, aos que lhe batem, pela primeira vez, às portas da loja; se o industrial prepara pequenas e sugestivas amostras dos seus produtos e as fornece, publicamente, nas feiras, exposições ou mercados, um e outro, evidentemente, praticam atos gratuitos. Difícil é, no entanto, divisar neles liberalidade. Generosidade, muito menos. A liberalidade, e vale repetir palavras de António de Moraes e Silva, o dicionarista, é facilidade no dar, dando de propósito. Refere-se particularmente à boa distribuição, que cada qual faz do seu dinheiro, ou das coisas, que têm valor pecuniário, àqueles a quem isso se não deve de justiça. À luz desse critério, poder-se-ia incluir aqueles atos entre os de liberalidade, se não fossem, caracteristicamente, de propaganda mercantil, sementeira na esperança de colheita abundante e enriquecedora. Não se compreende, realmente, o estabelecimento sem a clientela ou freguesia. Mister é conquistá-la, por todos os modos e processos. Para isso é indispensável, primeiramente, dar-lhe conhecimento da existência do estabelecimento, de sua situação e gênero de seu comércio ou indústria. Depois, da excelência de seus artigos ou produtos e de sua superioridade sobre os de outras procedências. Por fim, levá-la a convencer-se do bom negócio, que sempre fará, adquirindo-os. Definida, como tem sido, a publicidade comercial o conjunto dos meios postos em prática para dar a conhecer ao público a empresa comercial, industrial ou agrícola e convencê-lo da superioridade de seus produtos, sugerindo-lhe a necessidade e incitando-o a comprá-los; sendo inúmeros os meios para isso empregados, na sua larga variedade, entre as quais sobressai a da propaganda direta, pela oferta das próprias mercadorias e pela distribuição de brindes de toda espécie, não se pode, em rigor, procurar nisso a prática de liberalidades, pela lei impedida aos diretores de sociedades anônimas" (*Compêndio das sociedades mercantis*, cit., v. 2, § 26, pp. 234-236).

135 Outra exceção, segundo EGBERTO LACERDA TEIXEIRA e JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, seriam as contribuições para instituições ou fundos de assistência ou previdência de empregados (LSA, art. 187, VI) (*Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, São Paulo: José Bushatsky, 1979, v. 2, § 25, p. 473).

a sua finalidade, e em valor não expressivo. "Neste caso", destaca PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO, "a diminuição patrimonial será reduzida, e haverá, também, uma repercussão social positiva, justificando-se a liberalidade por ambos os motivos"¹³⁶. Fora disso, nem os administradores, nem a assembléia geral, tampouco os estatutos podem consentir com a prática de atos de liberalidade, em detrimento do objetivo da companhia, que é a produção e partilha de lucro entre os acionistas.

A *segunda vedação*, imposta pelo art. 154, § 2º, b, da Lei das S/A¹³⁷, consiste em não poder o administrador, sem a prévia autorização da assembléia geral ou do conselho de administração¹³⁸: (i) tomar por empréstimo recursos ou bens da companhia; ou (ii) usar os seus bens, serviços ou crédito, em proveito próprio, de sociedade em que tenha interesse, ou de terceiros. Os bens sociais, como já destacado, devem ser empregados no interesse da companhia; o seu emprego em benefício do próprio administrador ou de terceiros, a ele ligados ou não, submete-se a estritas balizas e depende de prévia autorização específica. O ato praticado em desacordo com a regra em análise é inválido¹³⁹.

Por fim, a *terceira vedação* arrolada na lei acionária (LSA, art. 154, § 2º, c) é a de não poder o administrador da companhia receber de terceiros, sem autorização estatutária ou da assembléia geral, qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício de seu cargo. FRAN MARTINS observa que, com isso, pretendeu o legislador evitar que haja "um

136 PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO, *O Conselho de Administração...*, cit., n. 2.6.3, p. 57.

137 No direito anterior: DL. n. 2.627/1940, art. 119, par. ún.

138 Aclarando o sentido do texto, J. C. SAMPAIO DE LACERDA defende que o conselho de administração somente poderá autorizar a prática dos atos se prevista no estatuto esta sua atribuição; do contrário, caberá à assembléia geral pronunciar-se previamente: "a lei atual, falando em prévia autorização da assembléia geral ou do conselho de administração, deixou ao estatuto fixar a quem compete dar a devida autorização, no caso. Na hipótese de ser omissivo o estatuto, nesse sentido, somente a assembléia geral poderá autorizar" (*Comentários...*, cit., v. 3, p. 194). A interpretação é interessante, mas parece não se adequar perfeitamente à letra da lei. EGBERTO LACERDA TEIXEIRA e JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO criticam o poder concedido ao conselho de administração para autorizar a prática de tais operações, "mormente quando o interessado for o seu membro, hipótese em que o *esprit de corps* pode prevalecer sobre os interesses sociais. Melhor seria, sem dúvida, que semelhante autorização ficasse reservada à Assembléia Geral" (*Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, cit., v. 2, 1979, § 25, n. 158, p. 473).

139 O TJSP entendeu que o ato seria nulo (CC, art. 166, VII): "Não é permissível que os diretores tomem empréstimos à sociedade, sem que para isso estejam autorizados por deliberação anterior à operação (...). Não se trata, pois, de ato anulável, ratificável, mas sim de ato nulo o empréstimo tomado assim irregularmente por diretores à sociedade anônima" (TJSP, Ag. Pet. 177.786, 1ª CC, Rel. Des. CARDOSO FILHO, v.u., j. 6-5-1969).

desvirtuamento de funções no caso de receber o administrador vantagens de ordem pessoal em decorrência da sua atuação no cargo para que foi eleito; tais vantagens seriam, naturalmente, uma contraposição por favores prestados especialmente a esses terceiros, supostamente com prejuízos para os interesses da sociedade a que pertence o administrador”¹⁴⁰. Por tal razão, para que possa o administrador receber vantagem pessoal, exige-se autorização estatutária (norma geral) ou da assembleia geral (para o caso concreto); do contrário, as importâncias recebidas pelo administrador reverterão a favor da companhia (LSA, art. 154, § 3º), sem prejuízo de sua responsabilidade civil (se dano houver).

Autorização assemblear ou do órgão de administração deve ser expressa. Quando requerida a prévia autorização assemblear ou de órgão de administração para a prática de um dos atos acima referidos, não há como dela prescindir sob o argumento de que o ato era do conhecimento dos titulares dos respectivos órgãos. Têm inteira aplicação ao caso as lições de Alberto Toffoletto sobre a autorização assemblear exigida no direito italiano para a prática de atividade concorrente: “o simples conhecimento por parte de todos os sócios não é considerado suficiente para determinar uma isenção da proibição, sendo, ao contrário, necessária a adoção de uma específica deliberação assemblear”¹⁴¹⁻¹⁴².

Por fim, note-se que essas vedações impostas aos administradores não são frutos dos tempos modernos, e já eram encontradas em contratos de sociedades no século XV¹⁴³.

140 FRAN MARTINS, *Comentários...*, cit., v. 2, t. 1, n. 690, p. 375.

141 ALBERTO TOFFOLETTO, *Diritto delle società: manuale breve*, cit., § 93, p. 215. No original: “la semplice consapevolezza da parte di tutti i soci non è ritenuta sufficiente a determinare una esenzione dal divieto, essendo invece necessaria l'adozione di una specifica deliberazione assembleare”.

142 O simples conhecimento não é, por si só, suficiente, mas é discutível se a anuência dada pela unanimidade dos acionistas, por instrumento em separado, supriria a autorização assemblear. Apreciando questão semelhante (sobre a necessidade de autorização assemblear para a alienação de bens), o STJ entendeu que o consentimento poderia se dar validamente de outra forma (*vide*: STJ, REsp 1.366-RJ, 3ª T., Rel. Min. WALDEMAR ZVEITER, v.u., j. 14-11-1989, DJU 4-12-1989, p. 17.884).

143 É do que nos dá conta FÁBIO KONDER COMPARATO no seu delicioso estudo Na proto-história das empresas multinacionais: o Banco Medici de Florença (in: *Direito empresarial...*, cit., pp. 261-269): No contrato social de subsidiária de Bruges, em Flandres, datado de 25-7-1455, previa-se, por exemplo, que Agnolo Tani, o gerente da referida sociedade, pertencente ao Banco Médici de Florença, “deveria residir em Bruges e limitar suas atividades ao comércio legal e a transações lícitas e honestas (...). Tani tinha a permissão de conceder crédito unicamente a artifices. Mesmo assim, deveria considerar cuidadosamente a reputação do mutuário (...). Estipulava-se também a proibição de concessão de fianças, ou assunção de responsabili-

3.2.1.3 Dever de lealdade

Enunciação geral do dever. O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios (LSA, art. 155, *caput*)¹⁴⁴. “Deve servir à companhia, e não servir-se dela”¹⁴⁵. Assim enunciado de forma ampla e abrangente, constitui o dever de lealdade (*Treupflicht* ou *duty of loyalty*) verdadeiro padrão de comportamento a ser contrastado com a conduta concreta do administrador. Observe-se que, pela letra da lei, os administradores têm deveres de lealdade e boa-fé para com a companhia apenas, não para com cada acionista, isoladamente considerado¹⁴⁶. Apesar disso, entendemos haver, sim, um dever geral de lealdade societária.

Vedações expressas: atos exemplificativos de deslealdade. Para tornar o comando legal mais efetivo, a lei acionária oferta um rol de condutas desleais¹⁴⁷,

dades, por dívidas de outros comerciantes (...). Tani prometia não negociar por conta própria, direta ou indiretamente, sob pena de pagamento de uma multa de 50 groat e de confisco dos lucros em benefício da sociedade. Obviamente, havendo prejuízos nessas transações, Tani haveria de suportá-las sozinho (...). Seguiam-se estipulações variadas. Tani ficava proibido de jogar e manter mulher nas dependências do estabelecimento. Era-lhe igualmente vedado aceitar presentes de valor superior a 1 groat, fazer seguros pessoais ou apostas (o caráter marcadamente especulativo dos seguros de pessoas, na época, era inegável)”. A atualidade dessas disposições, inseridas em contrato social do Séc. XV, torna irrecusáveis as considerações com que FÁBIO KONDER COMPARATO encerra o citado estudo: “Com quinhentos anos de distância, demos aos mesmos problemas respostas sensivelmente iguais, sem que os advogados e diplomados das arrogantes *business schools* atuais conhecessem a experiência florentina, ou sequer tivessem ouvido falar no Banco Medici. É que a racionalidade técnica, essencial às instituições jurídicas, aparelha os mesmos meios a iguais objetivos, constrói idênticos artefatos em resposta aos mesmos desafios. A técnica é, afinal, filha legítima da necessidade, ainda que histórica”.

144 A Lei das S/A trata do dever de lealdade juntamente com o dever de sigilo, estudado aqui separadamente em outra parte deste trabalho. Em direito comparado, *vide*: OR, art. 717; e AktG § 93.

145 A frase é de PAULO FERNANDO CAMPOS SALLES DE TOLEDO (*O Conselho de Administração...*, cit., n. 2.6., p. 58).

146 Cf.: MODESTO CARVALHOSA, *Comentários...*, cit., v. 3, p. 296. No direito inglês, entende-se igualmente que os deveres fiduciários de lealdade e boa-fé a cargo dos administradores existem para com a companhia, e não em relação aos acionistas individualmente. Esse princípio foi afirmado em 1901 no famoso julgado *Percival v. Wright* ((1902)2Ch. 421) (cf.: ANDRÉ TUNC, *Le droit anglais des sociétés anonymes*, cit., n. 107, p. 165; BEN PETTET, *Company law*, cit., n. 9.3, p. 164; L. C. B. GOWER, *Gower's principles of modern company law*, cit., p. 658; e ROBERT R. PENNINGTON, *Pennington's company law*, 7th ed., Londres: Butterworths, 1995, p. 778). No direito norte-americano, todavia, entende-se que, em certas situações, o dever de lealdade é devido diretamente ao acionista ou investidor (cf.: ROBERT CHARLES CLARK, *Corporate law*, cit., § 4.1, p. 141).

147 O rol não é taxativo, mas apenas exemplificativo, pois não esgota todos os possíveis comportamentos desleais (cf.: ALFREDO DE ASSIS GONÇALVES NETO, *Lições de direito societário*, v. II: *Sociedade anônima*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, n. 96, p. 206; FRAN MARTINS, *Comentários...*, cit., v. 2, t. 1, n. 694, p. 383; JOÃO LUIZ COELHO DA ROCHA, *Administradores...*, cit.,

erigindo-as a vedações expressas. São, todas elas, hipóteses de usurpação ou negligência no aproveitamento de oportunidades da companhia (*taking of corporate opportunities*). A dificuldade prática em censurar esse tipo de comportamento decorre, muitas vezes, da própria dificuldade em definir o que sejam essas "oportunidades da companhia"¹⁴⁸.

Vedações expressas: oportunidades empresariais. Em primeiro lugar, não pode o administrador "usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo" (LSA, art. 155, I). A vedação existe ainda que o ato seja praticado em benefício de terceiro ou dele não resultem prejuízos diretos para a companhia¹⁴⁹; é claro que, em havendo prejuízos, o responsável deverá ressarcir-los à companhia; mas, mesmo à sua falta, haverá violação ao dever de lealdade.

Vedações expressas: omissão no exercício ou proteção de direitos. Em segundo lugar, não pode o administrador "omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia" (LSA, art. 155, II). Em ambas as situações cogitadas nesta figura, a violação do dever de lealdade decorre de condutas omissivas do administrador¹⁵⁰.

p. 58; MODESTO CARVALHOSA, *Comentários...*, cit., v. 3, p. 295; OSMAR BRINA CORRÊA-LIMA, *Sociedade anônima*, cit., p. 184; RUBENS REQUIÃO, *Curso de direito comercial*, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1984, v. 2, n. 411, n. 177; VANESSA RAMALHETE SANTOS NEVES, *Responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, n. 2.4, p. 57; VERA HELENA DE MELLO FRANCO e RACHEL SZTAJN, *Manual de direito comercial*, cit., v. 2, n. 5.2, p. 211). Entretanto, há quem julgue serem repetitivos os exemplos da Lei das S/A (cf.: ATTILA DE SOUZA LEÃO ANDRADE JR., *Comentários ao novo Código Civil*, cit., v. 4, n. 8.9.1, p. 274).

¹⁴⁸ Sobre as oportunidades negociais da companhia e as dificuldades em estabelecê-las, bem como de definir a responsabilidade dos administradores, vide: BEN PETTET, *Company law*, cit., n. 9.3, pp. 167-171; e ROBERT CHARLES CLARK, *Corporate law*, cit., § 7, pp. 223-262.

¹⁴⁹ Em muitos casos, a só perda da oportunidade, utilizada indevidamente pelo administrador em benefício próprio ou de terceiro, constitui prejuízo indireto para a companhia, privada de realizar o negócio. Ciente das dificuldades de provar o efetivo dano daí resultante (da perda de uma chance; prejuízo muitas vezes incerto e remoto), a Lei das S/A corretamente proscreveu o uso da oportunidade por terceiros, independentemente do resultado obtido.

¹⁵⁰ A Lei das S/A utilizou o verbo "omitir" e, diante disso, pareceu a FRAN MARTINS que a conduta do administrador haveria de ser dolosa: "Apesar de não especificar a lei, para que possa o administrador ser considerado como faltoso dos seus deveres a omissão de que trata o dispositivo deve ser doloso; decorrendo ela de um fator estranho à vontade do administrador, não será esse passível de penalidade pois na realidade não contribuiu para a existência do ato que resultou de circunstâncias estranhas à sua vontade" (*Comentários...*, cit., v. 2, t. 1, n. 693, p. 383). De nossa parte, não vemos qualquer razão para deixar de censurar a omissão culposa do administrador; a falta de diligência é igualmente condenável.

No entanto, tem razão Wilson de Souza Campos Batalha ao alertar que, para a configuração desta infração, é de rigor "que essas oportunidades de negócios de interesse da companhia sejam evidentes, claras, incontroversas, não meramente aleatórias, discutíveis ou temerárias. Não se pode censurar o administrador cauteloso, que assume atitudes ditas 'conservadoras', evitando iniciativas que sejam de risco"¹⁵¹. O parâmetro para a realização dessa análise será o do dever de diligência (LSA, art. 153).

Vedações expressas: compra e revenda de bens do interesse da companhia. Por fim, e em terceiro lugar, o administrador não pode adquirir, para revender com lucro, bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir (LSA, art. 155, III). A alusão ao intento lucrativo, para a caracterização do descumprimento do dever de lealdade, é justificável nas hipóteses em que o bem for posteriormente revendido à companhia: não poucas vezes, para evitar que um bem necessário à companhia seja adquirido por terceiros, o próprio administrador antecipa-se e, como autêntico fiduciário, adquire-o em seu próprio nome, para, depois de obtidas as devidas autorizações (p. ex., do conselho de administração, na hipótese prevista no art. 142, VI, da Lei das S/A), revendê-lo sem lucro à companhia; semelhante atuação do administrador, é claro, não representa deslealdade alguma. Fora essa situação, porém, a obtenção ou a intenção de obter lucro é dada sem qualquer significação para a caracterização da deslealdade do administrador¹⁵².

151 WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, *Comentários...*, cit., v. 2, pp. 704-705.

152 De fato, caberia cogitar: o administrador que adquire bem, sobre o qual a companhia tinha interesse, para doá-lo a terceiro ou, então, simplesmente para mantê-lo em seu próprio patrimônio, violaria o dever de lealdade? Pela letra expressa do art. 155, III, da Lei das S/A, não haveria infração, pois o administrador não estaria adquirindo o bem, que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir, para "revender com lucro". Semelhante conclusão estaria completamente equivocada. É que, na hipótese figurada, a obtenção de lucro pelo administrador deixa de ter qualquer sentido para a caracterização da infração ao dever de lealdade. Em primeiro lugar, porque seria muito difícil, para não dizer logo impossível, aferir se a revenda a terceiro foi com lucro ou não, ou se o administrador adquiriu o bem com tal propósito. Em segundo lugar, porque para a companhia pouco importa aferir se o administrador teve ou não lucro com a aquisição do bem sobre o qual ela tinha interesse. Por quê? Porque, independentemente de o administrador ter experimentado ou não lucro, é indisputável que a companhia sofreu prejuízo ou, pelo menos, perdeu a oportunidade de adquirir o bem. A quebra do dever de lealdade por parte do administrador, para com a companhia e os seus acionistas, despontaria incontroversa, independentemente do bom ou mau resultado obtido com a sua deslealdade. Portanto, em semelhante hipótese, a conduta dele seria censurada à luz do disposto no art. 155, I, da Lei das S/A. Assim: (i) se ele adquire bem necessário à companhia, a fim de revendê-lo a ela própria, violará o dever de lealdade, contanto que o faça com lucro (LSA, art. 155, III); e (ii) se ele adquiriu o bem necessário, a fim de revendê-lo a terceiro, ou mesmo para mantê-lo em seu patrimônio ou doá-lo, violará o dever de lealdade (LSA, art. 155, I), pouco importando se, com toda a operação, teve ou não lucro. Poder-se-ia discordar desta in-

Dever de lealdade nos grupos societários de fato. Nos grupos societários de fato (sociedades controladoras, controladas e coligadas), o legislador reconheceu a possibilidade – e, de fato, nem teria condição de impedir – de as sociedades, controladas, coligadas ou societariamente autônomas, atuarem de forma coordenada, mas, para tanto, ditou expressas condições a serem observadas pelos administradores das sociedades envolvidas. De forma expressa, proibiu que, exceção feita aos grupos de direito, possam as sociedades agrupadas atuar de forma subordinada aos interesses de uma delas: a relação de dominação é, *in genere*, proscrita. Assim é que o art. 245 da Lei das S/A dita verdadeiro *dever geral de lealdade aos administradores das sociedades* (controladora, controlada ou coligada) *no âmbito grupal*, ao prescrever que “os administradores não podem, em prejuízo da companhia (à qual se vinculam), favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas ou com pagamento compensatório adequado”, sob pena de, em caso de descumprimento desse dever, responderem, perante a companhia em que exerçam as suas atividades, pelas perdas e danos. Em suma, nos grupos de fato, o administrador não pode consentir com a prática de atos de favorecimento a sociedade integrante do grupo (seja ela controladora, controlada ou coligada) nem com a prática de operações, com outra sociedade do grupo, que não sejam em condições comutativas ou que não venham a receber pagamento compensatório adequado¹⁵³. Tem razão FRAN MARTINS, quando conclui que

terpretação, sob o argumento de que o art. 155, I, da Lei das S/A trata apenas das “oportunidades comerciais”. Pois bem, mas a aquisição de bem, necessário ou interessante à sociedade, não constitui hipótese de uso indevido de oportunidade comercial ou, pelo menos, de omissão no exercício de seu mister (LSA, art. 155, II)? Além disso, a vingar o entendimento de que a aquisição de bem, necessário ou interessante à companhia, só configuraria deslealdade se o administrador tencionasse revendê-lo com lucro, *venia concessa*, estar-se-ia consagrando a manifesta inutilidade prática da regra. Daí ser correto entender que a intenção e a obtenção de lucro por parte do administrador desleal são dados sem nenhuma significação (cf.: GIL COSTA CARVALHO, *Comentários à Lei das Sociedades por Ações* – Geraldo de Camargo Vidigal e Ives Gandra da Silva Martins (Coords.), São Paulo: Forense Universitária, 1999, p. 482). Em sentido correto, e com outro enfoque, lembra FRAN MARTINS que “o dever do administrador pode se ampliar à proibição da aquisição, no interesse próprio (não apenas para revenda com lucro) de bem ou direito que seja necessário à companhia ou que esta tencione adquirir, pois há aí um abuso do poder por parte do administrador com presumível prejuízo para a sociedade” (*Comentários...*, cit., v. 2, t. 1, n. 694, p. 383). Lembre-se, por fim, que o rol legal é meramente exemplificativo; seu propósito foi dar maior concreção à regra, e não imunizar atos eivados de manifesta deslealdade.

¹⁵³ Pela dicção do art. 245 da Lei das S/A, “torna-se, em tese, impossível a atuação do grupo societário como um conjunto em que cada sociedade trabalha no interesse geral, ou no da controladora, e não no seu próprio interesse” (FÁBIO KONDER COMPARATO, *Os grupos societários na nova Lei de Sociedades por Ações*. In: *Ensaio e pareceres...*, cit., p. 203).

"a lei não veda as operações comerciais entre as sociedades coligadas, controladoras ou controladas, já que são pessoas jurídicas diversas, cada uma praticando as suas atividades normais. O que deseja é que essas operações sejam realizadas em bases estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado"¹⁵⁴. Na prática, é por vezes difícil verificar se as operações atenderam a essas condições. Na praxe societária norte-americana, para essa verificação são utilizados dois testes básicos, a saber: a) comparar o negócio com outro, hipotético; ou b) comparar o negócio com outros similares, realizados no mercado¹⁵⁵. Também a verificação da oportunidade, isto é, a análise de se, à época e no momento em que foi efetivada, a operação justificava-se é outro critério a considerar¹⁵⁶. O descumprimento desse específico dever de lealdade no âmbito grupal poderá fundamentar a propositura de ação social de responsabilidade civil para indenizar a sociedade prejudicada pela atuação desleal de seu administrador, conforme adiante será analisado (no subitem 7.6, *infra*).

Dever de lealdade nos grupos societários de subordinação. Nos grupos de subordinação, a atuação das sociedades integrantes é sempre orientada no interesse comum do grupo, ou no da controladora – o que significa dizer que, aos

154 FRAN MARTINS, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 3, n. 1.046, pp. 268-269.

155 O registro é de MODESTO CARVALHOSA, que explica o funcionamento de ambos os critérios: "De acordo com o primeiro teste, a decisão do controlador ou do administrador será *unfair* se o resultado da operação para a companhia controlada, coligada ou controladora for menos vantajoso do que seria caso a decisão tivesse de ser tomada por uma pessoa independente, não envolvida em qualquer conflito de interesses. Trata-se, tal teste, da conhecida *arms-length bargain comparison*. De acordo com o segundo teste, a operação seria considerada legítima ou ilegítima, tendo em vista sua comparação com operações similares efetivadas pela companhia com terceiros. Assim, na prática, a pergunta que se deve fazer é a seguinte: se a companhia não fosse controladora, controlada ou coligada, o negócio em tela seria firmado no mesmo valor, prazo, forma, financiamento etc.? A conclusão dessa análise deve ser de que o negócio é conveniente para ambas as sociedades do grupo de fato nele envolvidas, tendo como parâmetro a hipotética ou efetiva realização de igual contrato com terceiros" (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2003, v. 4, t. 2, p. 32). Também NELSON EIZIRIK explica, com clareza, os critérios para se verificar o caráter comutativo das operações entre sociedades relacionadas (*Temas de direito societário*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, n. 08, pp. 130-132).

156 O registro é também de MODESTO CARVALHOSA (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, cit., v. 4, t. 2, p. 33), que explica a pergunta a ser feita de acordo com esse critério: "Daí decorre a pergunta, para verificação do grau de comutatividade, um terceiro faria a transação com o produto no momento ou na época em que tal negócio foi celebrado entre as sociedades pertencentes ao grupo de fato? Entra, aí, fundamentalmente a conduta do administrador: um administrador neutro, ou seja, de sociedade não pertencente ao grupo não convencional, celebraria o contrato daquela maneira e naquele momento?"