

do a causa um dos elementos integrantes da responsabilidade civil, impõe-se vir ela devidamente provada, ônus este que cabe ao autor da demanda”⁵³. Daí por que – concluía SILVIO RODRIGUES – “se a vítima experimentar um dano, mas não se evidenciar que o mesmo resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido de indenização, formulado por aquela, deverá ser julgado improcedente”⁵⁴. A prova deve ser integralmente feita: a demonstração da mera possibilidade de existência do nexo de causalidade não é suficiente⁵⁵.

5.4 DANO

Além do nexo causal e do comportamento antijurídico do administrador, para que exsurja a sua responsabilidade civil, é imprescindível ficar demonstrada a existência do dano sofrido pelo prejudicado, e essa prova cabe ao autor da ação⁵⁶. A comprovação do dano nem sempre é tarefa simples⁵⁷, mas,

MARIA DE SERPA LOPES, *Curso de direito civil*, 3. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, v. 5, n. 200, p. 253; e SILVIO RODRIGUES, *Direito civil*, cit., v. 4, n. 8, p. 18. Em direito comparado: JEAN NICOLAS DRUEY, *Die materiellen Grundlagen der Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates*. In: *Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates – La responsabilité des administrateurs* – obra coletiva, Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1994, p. 47 (acrescentando que essa prova é espinhosa, “recht dornig”); e ESTELLE SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés: droits français et anglais*, Paris: LGDJ, 1998, n. 290, p. 167.

53 MIGUEL MARIA DE SERPA LOPES, *Curso de direito civil*, cit., v. 5, n. 200, p. 253.

54 SILVIO RODRIGUES, *Direito civil*, cit., v. 4, n. 8, p. 18.

55 ADOLF BAUMBACH e ALFRED HUECK, *GmbH-Gesetz*, 16. Aufl. München: C. H. Beck, 1996, § 43, IV, n. 5, p. 807 (“Nachweis blo er Möglichkeit eines Zurechnungszusammenhangs genügt nicht”).

56 Cf. (prova do dano incumbe ao autor): DARCY ARRUDA MIRANDA JR., *Breves comentários...*, cit., p. 224; FRAN MARTINS, *Prescrição de ação...* In: *Novos estudos...*, cit., p. 158; JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, *Responsabilidade...*, cit., p. 79; OSCAR BARRETO FILHO, *Medidas judiciais...*, cit., p. 12; PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, cit., t. 50, § 5.332, p. 409; e TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedade por ações*, cit., v. 2, n. 636, p. 323. Em direito comparado: MARCUS LUTTER e PETER HOMMELHOFF, *GmbH-Gesetz*, 14. Aufl. Köln: Otto Schmidt, 1995, § 43, n. 21, p. 551; e FRANCO BONELLI, *La responsabilità...*, cit., p. 8. Ainda no mesmo sentido (responsabilidade civil em geral): ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Estudos e pareceres de direito privado*, São Paulo: Saraiva, 2004, p. 35.

57 Pelo contrário, JORGE LOBO a considera tarefa das mais árduas para o autor da ação de indenização e crítica, por isso mesmo, o recurso do legislador às perdas e danos: “a abundância de preceitos da Lei 6.404, de 1976 (...) contrasta, indiscutivelmente, com a insuficiência de sanções, valendo-se a Lei de S/A, um sem número de vezes, da tradicional fórmula do recurso às perdas e danos, desatenta, todavia, ao fato de que a apuração das perdas e danos é extremamente difícil, em virtude da quase impossibilidade de definir, na petição inicial, o *an debeatur* e o *quantum debeatur*, embora a fixação deste possa ser transferida para a fase de execução de sentença, após o trânsito em julgado no processo de conhecimento” (Fraudes à Lei de S/A, *RDM*

sem dano, não há
“Diz-se, por isso
de civil e o que
deve ser de orde
não seja desde lo

O dano ca
pode ser apenas
qualquer modo,
relação de caus
lesiva do ato não

113/109). JEAN
ônus da prova
schwierig kann
ist” (Die mater

58 Cf.: “Se não pr
venda de terrer
retor, improced
pela assembléi
CRUZ, v.u., j. 2
civil do control
trolador não ca
ladas, não há o
ao acolhimento
abuso de poder
da” (TJRJ, Ap
v.u., j. 28-8-20
geral): “Se dan
Rel. Des. OCT
a violação de u
nhuma inden
20.386-RJ, 1ª
também: TJS
575/133.

59 Cf. (responsa
direito privad
lar, distingui
lizado a lesão
ponsabilidad
317, 352-353

60 TRAJANO DE

61 Cf.: MASSIMO
n. 30, p. 98.

62 Nesse sentid
1993, *RJTJR*

sem dano, não há que falar em responsabilização civil do administrador⁵⁸⁻⁵⁹. “Diz-se, por isso, que a existência do prejuízo é da essência da responsabilidade civil e o que a distingue da responsabilidade moral ou penal. O prejuízo deve ser de ordem patrimonial, é certo, pouco importando se o seu montante não seja desde logo possível fixar-se”⁶⁰.

O dano causado pelo administrador – destaca MASSIMO FRANZONI – não pode ser apenas presumido nem calculado *a forfait* ou predeterminado de qualquer modo, mas deve ser rigorosamente demonstrado sob a base da estrita relação de causalidade⁶¹. De igual modo, a demonstração da potencialidade lesiva do ato não é suficiente⁶²: “não basta” – ensinava JOSÉ DE AGUIAR DIAS –

113/109). JEAN NICOLAS DRUEY, de igual modo, após registrar que também no direito suíço o ônus da prova do dano cabe ao autor, acrescenta: “So banal diese Feststellungen sind, so schwierig kann aber die Frage sein, ob im konkreten Fall tatsächlich ein Schaden eingetreten ist” (Die materiellen Grundlagen... In: *Die Verantwortlichkeit...*, cit., p. 45).

58 Cf.: “Se não provado que diretores de sociedade anônima deram prejuízo aos acionistas por venda de terrenos, administração de fazendas ou por cessão de comodato de área de terra a diretor, improcede qualquer pedido de indenização, mormente se se tratar de atos aprovados pela assembléia dos acionistas” (1ª TACivSP, Ap. 221.590, 1ª Câmara, Rel. Juiz FERREIRA DA CRUZ, v.u., j. 20-3-1979, RT 527/107). Cf. ainda (embora versando sobre a responsabilidade civil do controlador): “Dano. Prova. Ausência. Se o negócio concretizado pelo acionista controlador não causou dano algum aos acionistas minoritários integrantes das sociedades controladas, não há o que indenizar, pois a prova da existência do dano efetivo constitui pressuposto ao acolhimento da ação indenizatória. Dessa forma, ainda que o controlador tenha agido com abuso de poder, se não houve dano concreto, não será ele responsabilizado. Sentença reformada” (TJRJ, Ap. 2001.001.10.401-RJ, 14ª CC, Rel. Des. MAURO FONSECA PINTO NOGUEIRA, v.u., j. 28-8-2001, BAASP, 2284/611-e). No mesmo sentido, ainda (responsabilidade civil em geral): “Se dano não houver, falta matéria para a indenização” (TJSP, Ap. 59.006-1, 1ª CC, Rel. Des. OCTÁVIO STUCCHI, v.u., j. 20-8-1985, RT 612/44). “Ainda mesmo que se comprove a violação de um dever jurídico, e que tenha existido culpa ou dolo por parte do infrator, nenhuma indenização será devida, dès que, dela, não tenha decorrido prejuízo” (STJ, REsp 20.386-RJ, 1ª T., Rel. Min. DEMÓCRITO REINALDO, v.u., j. 23-5-1994, RSTJ 63/251). Vide também: TJSP, Ap. 27.845-1, 1ª CC, Rel. Des. OCTÁVIO STUCCHI, v.u., j. 14-12-1982, RT 575/133.

59 Cf. (responsabilidade civil em geral): ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Estudos e pareceres de direito privado*, cit., pp. 32-33. Diversamente, MODESTO CARVALHOSA defende posição singular, distinguindo “prejuízo” de “dano” para, assim, sustentar que “o fato de não se ter materializado a lesão ou ofensa em prejuízo patrimonial não descaracteriza o dano nem elimina a responsabilidade do administrador” (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, cit., v. 3, pp. 317, 352-353 e 386). A lição não nos convence, com a devida vênia.

60 TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedade por ações*, cit., v. 2, n. 636, p. 323.

61 Cf.: MASSIMO FRANZONI, *La responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, cit., n. 30, p. 98.

62 Nesse sentido: TJRJ, AI s/n, 8ª CC, Rel. Des. FERNANDO CELSO GUIMARÃES, v.u., j. 24-8-1993, RJTJRJ 20/269.

“que o autor mostre que o fato de que se queixa, na ação, seja capaz de produzir dano, seja de natureza prejudicial”⁶³. A violação da lei, por exemplo, não tem como consequência necessária o surgimento de dano para a sociedade⁶⁴.

O dano também não pode ser estimado simplesmente a partir do resultado geral do exercício social, como antes destacado (no subitem 3.2.1.1). Seja porque a companhia pode ter tido lucro no exercício, mas prejuízo em certa operação, como consequência do ato ilícito praticado pelo administrador, e isso não será detectado por meio da análise do resultado geral da companhia, quer no balanço (LSA, arts. 176, I, e 178), quer na demonstração de resultados do exercício (LSA, arts. 176, III, e 187) ou em outra demonstração financeira qualquer⁶⁵. Seja ainda porque a obrigação de gestão a cargo do administrador qualifica-se como obrigação de meio: o administrador por mais não se compromete do que a desempenhar, diligentemente, a sua função, de forma hábil, em tese, a atingir o resultado, mas sem se vincular à sua efetiva consecução⁶⁶.

O raciocínio exposto no parágrafo precedente é válido, sem dúvida, quando se está diante de operações distintas e segregáveis. As dificuldades tornam-se enormes quando se trata de analisar operações complexas, nas quais existe a imbricação de vários e sucessivos atos de gestão, e em que uma determinada operação pode apresentar prejuízo, mas ser, de outro lado, contrabalançada pelos ganhos que ulteriormente o ato (aparentemente) prejudicial permitiu realizar⁶⁷⁻⁶⁸. É o que amiúde ocorre com a prática de atos isolada-

63 JOSÉ DE AGUIAR DIAS, *Da responsabilidade civil*, cit., t. 1, p. 101.

64 GASTONE COTTINO, após afirmar que “l’azione di responsabilità in tanto può aver esito favorevole in quanto la società dimostri che dal comportamento illecito degli amministratori le è derivato un danno”, destaca que “il non accade inevitabilmente in ogni caso di violazione di legge; anzi vi sono violazioni, della legislazione tributaria ad esempio, che possono risolversi (almeno nell’immediato) in un vantaggio per la società” (*Diritto commerciale*, 4. ed., Padova: CEDAM, 1997, v. 1, t. 2: *Le società*, n. 120.1, p. 434). Ainda em direito comparado, com igual orientação: MARCUS LUTTER e PETER HOMMELHOFF, *GmbH-Gesetz*, cit., § 43, n. 14, p. 550; e ESTELLE SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence...*, cit., n. 289, p. 166. A sonegação de impostos, ninguém duvida, é ato contrário à lei. Se o administrador sonegá-los e o fisco deixar de atuar a sociedade dentro do período para constituição do crédito tributário, terá havido ganho para a sociedade, que deixou de recolher os impostos. É claro que, em semelhante caso, a companhia poderá (e deverá) substituir o administrador. Mas só poderia responsabilizá-lo civilmente se tivesse sofrido algum prejuízo, e na extensão do prejuízo experimentado.

65 Por tal motivo, aliás, julga-se aberrante o efeito extintivo da aprovação, sem reservas, das demonstrações financeiras e das contas dos administradores (LSA, art. 134, § 3º).

66 Cf.: FÁBIO KONDER COMPARATO, *Obrigações de meios, de resultado e de garantia*. In: *Ensaio e pareceres de direito empresarial*, Rio de Janeiro: Forense, 1978, pp. 538-539.

67 Cf.: YVES GUYON, *Droit des affaires*, 12. éd., Paris: Economica, 2003, t. 1: *Droit commercial général et sociétés*, n. 460 – que aponta, pois, que, na França, os tribunais tendem a não ter

mente pa
mas por n
públicos

Por
pretensa i
de demon
FILHO, “d
exceção n
com todos

E m
ações de in
nhecimen
se pode de
cação, a af

em conta
negativo

68 A aplicaç
de respon
quando d
exercício
Zanichell

69 SÉRGIO C.
de sua rel
terial, e co
sob pena
respectivo

70 Os tribun
prova da
(STJ, RE
2000, JST
esta ving
CC, Rel.
execução
liquidaçã
a ação é in
SALLES P
171.100,
181.837-
Ap. 184.0
266.092,
282.191,
150.152,
7.070, 1ª
Rel. Des.

mente passíveis de serem considerados gratuitos ou prejudiciais à empresa, mas por meio dos quais ela obtém retornos expressivos (promoções, eventos públicos etc.).

Por mais árdua que possa ser essa demonstração, não cabe cogitar de pretensa inversão do ônus da prova do dano, de modo a atribuir ao réu o encargo de demonstrar a inocorrência de prejuízo. O dano, lembra SÉRGIO CAVALIERI FILHO, “deve ser provado por quem o alega. Esta é a regra geral, que só admite exceção nos casos previstos em lei (...). Condenar sem prova do dano colide com todos os princípios que regem a matéria”⁶⁹.

E mais: a existência de dano, à semelhança do que ocorre nas demais ações de indenização em geral, deverá ser provada no próprio processo de conhecimento, não sendo possível relegar a sua constatação para outra fase; o que se pode deixar para a subsequente fase de liquidação é tão-somente a quantificação, a aferição de sua exata extensão, a determinação do seu valor⁷⁰. Daí por

em conta senão o resultado global e não condenar o administrador, se ao final o saldo não foi negativo.

- 68 A aplicação da regra *compensatio lucri cum damno* não parece ser incompatível com o sistema de responsabilidade civil dos administradores. Contudo, a sua incidência apenas poderá se dar quando dano e lucro resultarem de um mesmo ato ou operação, mas não do resultado geral do exercício social (*vide*: GIANCARLO FRÈ e GIUSEPPE SBISÀ, *Società per azioni*, 6. ed., Bologna: Zanichelli, 1997, t. 1, p. 846).
- 69 SÉRGIO CAVALIERI FILHO, *Programa...*, cit., n. 20.9, p. 119. O consagrado autor cita precedente de sua relatoria: “Dano material. Momento de sua comprovação. Não se presume o dano material, e como a sentença não pode ser condicional, deve ser provado na fase de conhecimento, sob pena de improcedência. Para liquidação de sentença só pode ser remetida a apuração do respectivo *quantum*” (TJRJ, Ap. 289/94, 2ª Câm., Rel. Des. SÉRGIO CAVALIERI FILHO).
- 70 Os tribunais têm constantemente frisado que, nas ações de responsabilidade civil em geral, “a prova da existência do dano efetivo constitui pressuposto ao acolhimento da ação indenizatória” (STJ, REsp 107.426-RS, 4ª T., Rel. Min. BARROS MONTEIRO, v.u., j. 20-2-2000, DJU 30-4-2000, JSTJ 144/90). Por isso, “se não se comprovam as perdas e danos durante a ação, não pode esta vingar. Só se apuram em execução quando evidenciados na ação” (TJSP, Ap. 57.304-1, 5ª CC, Rel. Des. SILVA COSTA, v.u., j. 30-5-1985, RJTJESP 97/225). “Não como deixar para a execução a prova dos prejuízos. Eles deveriam ter sido provados na ação de conhecimento. Na liquidação, só se admitiria prova do *quantum* de prejuízos já comprovados. À falta dessa prova, a ação é improcedente, a respeito das perdas e danos” (TJSP, Ap. 95.663-2, 11ª CC, Rel. Des. SALLES PENTEADO, v.u., j. 24-4-1986, RJTJESP 101/166). No mesmo sentido: TJSP, Ap. 171.100, 6ª CC, Rel. Des. NEWTON HERMANO, m.v., j. 11-12-1969, RT 413/133; TJSP, Ap. 181.837-2, 9ª CC, Rel. Des. MESQUITA DE PAULA, v.u., j. 13-2-1992, RJTJESP 137/291; TJSP, Ap. 184.080, 4ª CC, Rel. Des. NEWTON HERMANO, v.u., j. 8-10-1970, RT 428/173; TJSP, Ap. 266.092, 1ª CC, Rel. Des. ANDRADE JUNQUEIRA, m.v., j. 13-12-1977, RT 512/112; TJSP, Ap. 282.191, 2ª CC, Rel. Des. RAFAEL GRANATO, v.u., j. 29-5-1979, RT 527/89; TASP, Ap. 150.152, 5ª Câm., Rel. Juiz MAÉRCIO SAMPAIO, v.u., j. 2-12-1970, RT 423/166; TJSC, Ap. 7.070, 1ª CC, Rel. Des. CUNHA LUZ, v.u., j. 3-7-1969, RT 405/382; e TJSC, Ap. 15.636, 2ª CC, Rel. Des. WILSON ANTUNES, v.u., j. 4-5-1982, RT 568/167; entre tantos outros.

que, nas palavras de JOSÉ DE AGUIAR DIAS, “é preciso que prove o dano concreto, assim entendida a realidade do dano que experimentou, relegando para a liquidação a avaliação do seu montante”⁷¹. Ainda nessa mesma linha, também não há como pretender impingir sentença de caráter condicional (CPC, art. 460, par. ún.)⁷², inferência que se impõe mesmo diante de pedido genérico de indenização (CPC, art. 286)⁷³.

É importante registrar que o dano, em si mesmo considerado, não é suficiente para imputar responsabilidade civil ao administrador. “Fundamento da responsabilidade do administrador”, advertia GIUSEPPE FERRI, “é a violação de uma obrigação, o não cumprimento de um dos seus deveres, e não o resultado mais ou menos favorável do ato por ele realizado”⁷⁴.

71 JOSÉ DE AGUIAR DIAS, *Da responsabilidade civil*, cit., t. 1, p. 101.

72 A lição de HUMBERTO THEODORO JR. é pertinente à espécie: “A sentença, porém, como ato de comando judicial, será sempre *certa*. Jamais poderá haver, por exemplo, uma decisão cuja *validade* fique na dependência de fatos incertos a serem futuramente apurados em liquidação de sentença (v.g.: indenizar perdas e danos, se o autor provar na liquidação que teve prejuízos)” (*Curso de direito processual civil*, 8. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1992, v. 1, n. 493-43, p. 507). Confirmam-se, também: WELLINGTON MOREIRA PIMENTEL, *Comentários ao Código de Processo Civil*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, v. 3, pp. 518-519; e REIS FRIEDE, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997, v. 4, p. 2.065.

73 Com maestria, ALFREDO BUZAID enfatizou: “O fenômeno que pode ocorrer, pois, na ação de ressarcimento de danos, é o da *unidade* da lide discutida e julgada *sucessivamente* numa pluralidade de relações jurídicas processuais. Identifica-se uma lide única para a composição das perdas e danos, a qual deve reunir três elementos: a) o prejuízo; b) o dolo ou a culpa (se for o caso); c) a relação de causalidade entre um e outro. Quando os três elementos são provados no processo de conhecimento com a apuração do valor do dano, a sentença é complexa, porque abrange todas as questões; quando, porém, fica indeterminado o *quantum* do dano, nasce uma segunda relação jurídica processual denominada *liquidação por artigos*, para estimar-lhe o valor. A lide continua a mesma, embora o seu trespasseio dê lugar a uma pluralidade de relações jurídicas processuais. Isto quer dizer que há uma unidade de lide e uma pluralidade de processos conexos entre si. O elemento que rege toda a controvérsia é sempre e necessariamente o *an debeatur*, que serve de base à liquidação por artigos e à subsequente execução por *quantia certa*” (Da liquidação por artigos em ação de ressarcimento de perdas e danos, *RP* 43/12, esclarecemos em parênteses). No mesmo sentido são as lições de ARRUDA ALVIM: “A sentença e o julgamento em face de pedido genérico. Tendo em vista o disposto no art. 460, há que ser ressaltado que, ainda que o pedido possa ser genérico, isso não significa, todavia, que os fatos dos quais decorra a *obrigação de indenizar* perdas e danos não devam, necessariamente, ser comprovados no processo de conhecimento, e haverá essa obrigação de constar da sentença, deixando-se para a liquidação, tão-somente, a apuração do *quantum* (RTJ 105/1.289)” (*Manual de direito processual civil*, 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, v. 2, n. 30.3, pp. 380-381). A remissão integral ao julgado referido é a seguinte: STF, RE 99.040-MG, 1ª T., Rel. Min. SOARES MUÑOZ, v.u., j. 3-12-1982, RTJ 105/1289.

74 GIUSEPPE FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, 8. ed., Torino: UTET, 1991, n. 229, p. 399; trad. livre do Autor. Com igual orientação (dano por si só não é suficiente): FRANCESCO GALGANO, *Derecho comercial* – trad. JORGE GUERRERO, Colombia: Temis, 1999, v. 2, n. 10.13, p. 375.

do dan
rament
concre
outro l
fatos les
zo futu
do ajuiz
civile, v
realizad
ser apre
1.598; Y
dizem V
O que n
403). N
É
e os lucr
nos eme
certo e a
sário, po
lucros ce
não fosse
da inden

75 Escre
ção de
patrim
DE M
poder
respon
mento

76 CAIO
77 Cf. (C
CED.

78 Há qu
dame
exige
bilida
circun
cit., t.
Códig

5.4.1 Atributos do dano ressarcível

O dano patrimonial ressarcível⁷⁵ deve ser certo e atual. Certo é atributo do dano ressarcível, visto que não se há de conceber a reparação de “dano meramente hipotético, eventual ou conjuntural, isto é, aquele que pode não vir a concretizar-se”, conforme ensinava CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA. Atual, por outro lado, é adjetivo destinado a qualificar o momento da consumação dos fatos lesivos, e não tanto o dano em si: “pode ser objeto de reparação um prejuízo futuro, porém, certo no sentido de que seja suscetível de avaliação na data do ajuizamento da ação de indenização (MAZEAUD E MAZEAUD, *Responsabilité civile*, v. I, n. 217). Não se requer, portanto, que o prejuízo esteja inteiramente realizado, exigindo-se apenas que se tenha certeza de que se produzirá, ou possa ser apreciado por ocasião da sentença na ação respectiva (RENÉ RODIÈRE, n. 1.598; YVES CHARTIER, *La Réparation du Préjudice*, n. 17, p. 25). Ou, como dizem WEILL e TERRÉ, ‘se sua avaliação judicial é possível’ (ob. cit., n. 601)”⁷⁶. O que não pode é ser hipotético, expectativo, incerto ou eventual (CC, art. 403). Nem ser presumido⁷⁷.

É necessário, no entanto, fazer uma distinção entre os danos emergentes e os lucros cessantes, e a diferente forma de comprová-los. Em relação aos danos emergentes, é preciso demonstrar sempre a sua realidade: o dano deve ser certo e atual. Quanto aos lucros cessantes, porém, um abrandamento é necessário, por sua própria natureza, de sorte que, se o lesado demonstrar que os lucros cessantes teriam sido produzidos como decorrência normal dos fatos, não fosse a atuação do imputado, deve o seu valor integrar o montante global da indenização⁷⁸. É evidente, aliás, que, na ação de responsabilidade civil, pode

75 Escrevendo sobre o tema antes da CF/1988, que veio a tornar incontestável o direito à reparação de danos extrapatrimoniais, a doutrina entendia admissível apenas a reparação do dano patrimonial (cf.: FERNANDO RUDGE LEITE FILHO, *Da responsabilidade...*, cit., p. 38; e TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedade por ações*, cit., v. 2, n. 636, p. 323). Cabe indagar: não se poderia pedir a indenização por dano extrapatrimonial através da ação, social ou individual, de responsabilidade civil contra administrador? Em princípio, não há razão para excluir o cabimento do pleito (CC, art. 52 c.c. arts. 12 e 186), nem mesmo através da ação social.

76 CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Responsabilidade civil*, cit., n. 36 e 37, pp. 39-41.

77 Cf. (dano não pode ser presumido): SANDRO MERZ, *Il codice pratico delle società*, Padova: CEDAM, 1992, p. 365.

78 Há que distinguir entre a prova dos danos emergentes e dos lucros cessantes. “Para, autorizadamente, se computar o lucro cessante, a mera possibilidade não basta, mas também não se exige a certeza absoluta. O critério acertado está em condicionar o lucro cessante a uma probabilidade objetiva resultante do desenvolvimento normal dos acontecimentos conjugados às circunstâncias peculiares ao caso concreto” (JOSÉ DE AGUIAR DIAS, *Da responsabilidade civil*, cit., t. 2, pp. 710 e 713). No mesmo sentido: CARLOS ROBERTO GONÇALVES, *Comentários ao Código Civil*, São Paulo: Saraiva, 2003, v. 11, n. 80.1.2, pp. 323-324. Na jurisprudência: “A

ser pedida a reparação dos danos emergentes e dos lucros cessantes, espécies que são do gênero perdas e danos⁷⁹.

5.4.2 Danos diretos e indiretos (reflexos sobre a ação cabível)

A atuação do administrador pode causar danos à companhia, aos acionistas e a terceiros (segundo visto no subitem 4.2), de forma direta ou indireta. A determinação do titular do *dano direto* constitui questão de grande relevância para a definição da pessoa legitimada a agir contra o administrador e, por extensão, da espécie de ação de indenização proponível (LSA, art. 159, *caput* ou § 7º), não sendo insignificantes as diferenças existentes entre uma e outra. Mais adiante (no subitem 7.2) retornar-se-á a essa questão, mas, desde já, pode-se assentar que, se o dano for causado ao patrimônio da sociedade, terá cabimento a ação social; se o dano fora causado diretamente ao patrimônio do acionista ou de terceiros, a ação será individual; e, se o dano sofrido pelo acionista for apenas indireto (como consequência do dano direto suportado pelo patrimônio da sociedade), não haverá espaço para a ação individual, mas sim para a social (consoante detalhado adiante, no subitem 7.4.1).

5.5 RESPONSABILIDADE INDIVIDUAL E SOLIDÁRIA

A responsabilidade dos administradores é, de regra, individual, mas a lei regula hipóteses das quais pode resultar a sua responsabilidade solidária, nos casos de descumprimento de deveres legais destinados a assegurar o regular funcionamento da companhia (LSA, art. 158, §§ 2º a 4º) e de violação de deveres ordinários (LSA, art. 158, § 1º). Também prevê a responsabilidade solidária de terceiros que concorram para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto (LSA, art. 158, § 5º), segundo adiante detalhado.

Desde já, importa destacar que *a solidariedade não se estabelece sob bases objetivas*. Pelo contrário, depende sempre da conjugação de outro ato cul-

expressão 'o que razoavelmente deixou de lucrar', constante do art. 1.059 do Código Civil (de 1916), deve ser interpretada no sentido de que, até prova em contrário, se admite que o credor haveria de lucrar aquilo que o bom senso diz que lucraria, existindo a presunção de que os fatos se desenrolariam dentro do seu curso normal, tendo em vista os antecedentes" (STJ, REsp 61.512-SP, 4ª T., Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, v.u., j. 25-8-1997, DJU 1º-12-1997). No mesmo sentido: STJ, REsp 121.176-BA, 4ª T., Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, v.u., j. 1º-12-1998, DJU 15-3-1999; e STJ, REsp 320.417-RJ, 4ª T., Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, v.u., j. 27-11-2001, DJU 20-5-2002.

79 De fato, "la responsabilité suppose un dommage. Il s'agit généralement d'une perte, mais on pourrait sans doute aussi retenir le manque à gagner, qui priverait la société des bénéfices qu'elle avait pour objet de réaliser" (YVES GUYON, *Droit des affaires*, cit., t. 1, n. 460, p. 504).

poso (omissivo ou comissivo) do co-responsável. O administrador não pode responder por ato de outro apenas por integrar o mesmo órgão, ainda que seja colegiado. Para que isso ocorra, é preciso que também ele tenha descumprido dever legal ou estatutário. Quando for conivente com a prática de ilícitos, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática, o administrador estará, pessoalmente, descumprindo dever jurídico a seu cargo: sem prejuízo da concorrente violação de dever específico, estará violando o dever de lealdade, quando for conivente, o de vigilância, ao negligenciar em descobrir os ilícitos alheios, e o de diligência, se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática⁸⁰. Disso resultará o concurso de comportamentos antijurídicos⁸¹ e, por conseqüência, a responsabilidade solidária de todos os administradores culpados. Segundo bem explica PIERRE TERCIER, Professor da Universidade de Friburgo, “pour que la victime puisse rechercher l’un des administrateurs ou l’un des autres responsables, il faut nécessairement que les conditions de la responsabilité soient remplies à son égard (‘la solidarité exige la responsabilité’). On ne saurait en effet rendre une personne responsable du seul fait qu’elle est membre d’un conseil; il faut qu’elle en réponde personnellement, aux conditions habituelles”⁸². Ou seja, segundo explica KARSTEN SCHMIDT,

-
- 80 A mesma inferência é válida para o caso de não-cumprimento de deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, os quais, pelos estatutos, podem caber a apenas um dos administradores, mas, por lei, competem a todos eles na companhia fechada (na aberta, o cumprimento de tais deveres pode, por disposição estatutária, competir privativamente a certos cargos de administrador). Também, nesse caso, a solidariedade é resultado da concorrência de ilícitos pessoais dos administradores. E, mesmo na companhia aberta, o administrador, a quem não tocar a tarefa de atender aqueles deveres, poderá ser responsabilizado, se, tendo conhecimento do não-cumprimento desses deveres por seu predecessor, ou pelo administrador competente, deixar de comunicar o fato à assembléia geral.
- 81 Cf.: JOSEPH HAMEL, GASTON LAGARDE e ALFRED JAUFFRET, *Droit commercial*, 2. éd., Paris: Dalloz, 1980, v. 2, t. 1, n. 661, p. 406. FRAN MARTINS observava a existência, nas hipóteses mencionadas no texto, de “uma participação, direta ou indireta, por ação ou por omissão do administrador no ato ilícito de que resultar dano para a sociedade ou para terceiro; e por causa dessa participação, deve o mesmo ser responsabilizado também pela reparação do dano, em virtude de sua conivência ou desídia, conforme o caso” (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, Rio de Janeiro: Forense, 1978, v. 2, t. 1, n. 705, p. 406). No mesmo sentido: ANTÔNIO IVANIR DE AZEVEDO, *Responsabilidade...*, cit., p. 80; e OCTAVIO MENDES, *Direito comercial terrestre*, São Paulo: Saraiva, 1930, p. 264.
- 82 PIERRE TERCIER, *La solidarité et les actions récursoires entre les responsables d’un dommage selon le nouveau droit de la société anonyme*. In: *Die Verantwortlichkeit...*, cit., p. 69. Em tradução livre: “para que a vítima possa perseguir um dos administradores ou responsáveis, é necessário que as condições de responsabilidade estejam preenchidas a seu respeito (‘a solidariedade exige a responsabilidade’). Não se pode, de fato, tornar uma pessoa responsável pelo único fato de ser membro de um conselho”.

“vários administradores respondem solidariamente – isto todavia não no sentido de uma responsabilidade decorrente da simples participação no órgão – mas apenas na medida em que tiveram também participação culposa nos danos causados à sociedade, por ação, omissão ou tolerância”⁸³. Com igual orientação, FRANCO BONELLI observa que é atualmente de todo superada a opinião segundo a qual a responsabilidade solidária dos administradores seria uma responsabilidade sem culpa ou por fato de outrem⁸⁴. Justamente por isso, há quem entre nós prefira afirmar que não se trata propriamente de responsabilidade solidária, mas de co-responsabilização⁸⁵, embora essa nomenclatura possa ser pouco reveladora da realidade.

A Lei das S/A, tal como sucede perante o Código Civil, não pressupõe o prévio concerto entre os administradores⁸⁶ nem exige faltas da mesma espécie⁸⁷. Para resultar a solidariedade entre os co-responsáveis, basta a concorrência de comportamentos culposos, independentemente de conluio ou de idêntica participação para a consumação do dano.

83 KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl. Köln: Carl Heymanns, 2002, § 36, II, p. 1.077; trad. livre do Autor. Ou, ainda: “Pressuposto para a responsabilidade de mais de uma pessoa é que cada qual preencha por si mesma os pressupostos da responsabilidade” (ADOLF BAUMBACH e ALFRED HUECK, *GmbH-Gesetz*, cit., § 43, IV, n. 17, p. 805; trad. livre do Autor).

84 FRANCO BONELLI, *La responsabilità...*, cit., n. 13, pp. 111-112, e *Gli amministratori di s.p.a. dopo la Riforma delle Società*, Milano: Giuffrè, 2004, pp. 187-188 – acrescentando, no último trabalho citado, que “questa opinione, già criticata dalla pacifica giurisprudenza e dalla maggioranza della dottrina, è stata espressamente respinta anche dalla Relazione alla legge di riforma del 2003”.

85 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. 492.

86 A lição é de JOSÉ DE AGUIAR DIAS: “A solidariedade passiva não depende do concerto prévio entre os responsáveis” (*Da responsabilidade civil*, cit., t. 2, n. 252, p. 805). Sobre o ponto, ainda: CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Responsabilidade civil*, cit., n. 276, p. 333; CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO e SÉRGIO CAVALIERI FILHO, *Comentários ao novo Código Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 13, pp. 313-314; e M. I. CARVALHO DE MENDONÇA, *Doutrina e prática das obrigações*, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1956, t. 2, n. 739, p. 444. Nos tribunais: TJSP, AI 124.287-1, 7ª CC, Rel. Des. SOUSA LIMA, v.u., j. 28-3-1990, RT 655/83. Mesmo sem ter havido a intenção comum de causar danos a outrem, os co-responsáveis poderão ser responsabilizados solidariamente.

87 “A falta *comum*” – ensinavam GEORGES RIPERT e RENÉ ROBLLOT – “não é a falta *semelhante*. Um administrador pode ter praticado um ato culposo e os outros não terem vigiado seu ato. Os que cometeram um ato de negligência aliam-se à falta do outro (Req., 22-6-1926, *Sem. juridique*, 1926, n. 1346; 21.12.1936, *J. soc.*, 1938, 216; 16-2-1937, *Gaz. Pal.*, 1937.1.807). É nesta qualidade que os membros do conselho podem ser considerados responsáveis solidariamente com o presidente e o diretor-geral” (*Traité de droit commercial*, cit., t. 1, n. 1.370, p. 1.048; trad. livre do Autor). No mesmo sentido: GIANCARLO FRÈ e GIUSEPPE SBISA, *Società per azioni*, cit., t. 1, p. 845.

Alé
Lei das S/
dade por a

Segu
FRANZONI
próprias,
gência por

A so
gem para o
danos de u
consórcio p
nas um ou
siva (CC, a

Cond

dade passiv
todos os re
aquele que
de regresso
su partes fu
surgimento
sível determ
os responsá
modo que, a
condenação
determinar

88 Interpreta
tente no a
dade não
e objetiva
o dever de
portanto,
Código C
próprio da
tali, cit., n
GALGANO
diritto con
Padova: C
tario breve
responsabi

89 MASSIMO
p. 56.

Além disso, seria grave equívoco enxergar nos §§ 1º, 2º e 5º do art. 158 da Lei das S/A responsabilidade indireta por fato de terceiro; existe responsabilidade por ato próprio, comissivo ou omissivo⁸⁸.

Seguindo além nessa linha, é possível mesmo afirmar, com MASSIMO FRANZONI, que o administrador responde pela imperícia e pela negligência próprias, enquanto, pela imperícia de outrem, responde só a título de negligência por omissa vigilância⁸⁹.

A solidariedade, escusado seja-nos dizê-lo, importa em grande vantagem para o prejudicado, que poderá optar por exigir a reparação integral dos danos de um, alguns ou de todos os co-responsáveis (CC, art. 275), em litis-consórcio passivo facultativo (cf. item 8.7). A propositura de ação contra apenas um ou alguns dos devedores não importa em renúncia à solidariedade passiva (CC, art. 275, par. ún.).

Condenação solidária e regresso interno. No direito brasileiro, a solidariedade passiva autoriza o prejudicado a exigir a reparação de um, de alguns ou de todos os responsáveis. Entretanto, essa solidariedade é só externa e, por isso, aquele que efetuar o pagamento total da dívida ao prejudicado poderá, via ação de regresso, exigir de cada um dos demais co-responsáveis a sua quota (*concurso partes fiunt*), na medida de suas respectivas contribuições pessoais para o surgimento do dano e sem solidariedade entre si (CC, art. 283). Não sendo possível determinar a extensão de cada um, presumem-se iguais as culpas de todos os responsáveis. Em vários países, a regra de solidariedade sofreu mudanças, de modo que, ao pronunciar a condenação, o juiz já deverá dispor não apenas se a condenação é conjunta ou solidária, mas, inclusive, se a ocasião se apresentar, já determinar a parte contributiva de cada um. Assim, por exemplo, é que se pre-

88 Interpretando a regra de solidariedade inserida no art. 2.392 do CC it., correspondente à existente no art. 158 da Lei das S/A, MASSIMO FRANZONI defende idêntica posição: "A solidariedade não transforma o título da responsabilidade em uma forma de responsabilidade indireta e objetiva, pois, como já observamos, entre as obrigações dos administradores existe também o dever de vigiar e controlar a atividade alheia a fim de evitar danos à sociedade. Não se trata, portanto, de uma responsabilidade indireta, como aquela prevista nos arts. 1.228 e 3.049 do Código Civil, mas de um tipo de responsabilidade na qual concorre o ilícito alheio e o fato próprio da omissão de controle" (*La responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, cit., n. 18, p. 55; trad. livre do Autor). Com semelhante posição na Itália, vide: FRANCESCO GALGANO, *Derecho comercial*, cit., v. 2, n. 10.13, p. 375, e *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. 295; GIORGIO CIAN e ALBERTO TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, 6. ed., Padova: CEDAM, 2002, p. 2.432; e FRANCO BONELLI, *La responsabilità...*, cit., n. 15, pp. 111-112.

89 MASSIMO FRANZONI, *La responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, cit., n. 18, p. 56.

vê na França (CCom fr., art. L. 225-251, 2ª al.)⁹⁰, na Suíça (OR, art. 759) e em Portugal (CSC, art. 73º)⁹¹. No direito brasileiro, não existe regra impondo ao juiz a fixação das quotas de regresso ao proferir a sentença.

Passemos, pois, a apreciar as distintas hipóteses previstas na lei acionária.

5.5.1 Solidariedade pelo descumprimento de deveres legais destinados a assegurar o regular funcionamento da companhia

Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não-cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia (LSA, art. 158, § 2º). Na companhia fechada, essa responsabilidade recai sobre todos os administradores, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles. TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE justificava essa responsabilidade solidária, existente também na antiga lei acionária, aduzindo que “a diligência de um só teria evitado o prejuízo”⁹².

Na companhia aberta, a divisão interna de atribuições do órgão mostra-se mais estanque e rígida, presumindo a lei acionária que, pelo porte de suas operações, é mais difícil exercer a supervisão e a vigilância geral sobre a atividade dos demais administradores. Por isso, e diferentemente do que sucede na companhia fechada, onde o contato mais próximo e intenso dos administradores entre si disponibiliza maiores informações sobre o andamento geral dos negócios, a lei acionária prevê que, na companhia aberta, a solidariedade resultante do não-cumprimento de deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia ficará restrita aos administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar-lhes cumprimento

90 CCom fr., art. L. 225-251, 2ª al.: “Si plusieurs administrateurs, ou plusieurs administrateurs et le directeur général ont coopéré aux mêmes faits, le tribunal détermine la part contributive de chacun dans la réparation du dommage”. A regra não impede o credor de exigir a reparação integral do dano de quem bem entender, mas evita ulteriores discussões em ação de regresso, pois o juiz deve, desde já, dispor sobre a parte com que cada um dos co-responsáveis contribuiu para a concretização do dano (vide: GEORGES RIPERT e RENÉ ROBLOT, *Traité de droit commercial*, cit., t. 1, n. 1.379, p. 1.048).

91 Na Suíça, prevê-se a intervenção do juiz para determinar as condições de regresso, tendo em conta todas as circunstâncias (OR, art. 759, 3). Em Portugal, há também regra prevendo que “o direito de regresso existe na medida das respectivas culpas e das conseqüências que delas advierem, presumindo-se iguais as culpas das pessoas responsáveis” (CSC, art. 73º, 2). Entre nós, faltam preceitos análogos.

92 TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedade por ações*, cit., v. 2, n. 640, p. 327.

(LSA, art. às fechadas to desses d a sua prática para evitar sável pela m

Essa mento de o companhia suas respec ções da dir sembléia g publicand ministraçã

93 A regra de nhias abe dos memb tência exc das S/A ap KONDER C do, como determina selho de a justament diretor' (a niões do o pareceres

94 Cf.: RUBE

95 Cf.: FRAN

96 A LSA, i mente à o alemã, § 9 ciais e os continua BCKE, em societária nistração tem sido latórios d tensão bu ações – F ação, a C itens que

(LSA, art. 158, § 3º)⁹³. Essa é a regra geral, mas, por exceção (aplicável também às fechadas⁹⁴), se o administrador que tiver conhecimento do não-cumprimento desses deveres por seu predecessor, ou por administrador a quem competir a sua prática, deixar de comunicar o fato à assembléia geral ou adotar medidas para evitar que o dano possa se concretizar, tornar-se-á solidariamente responsável pela reparação dos danos resultantes⁹⁵.

Essas regras, frise-se, aplicam-se somente às hipóteses de descumprimento de deveres legais destinados a assegurar o regular funcionamento da companhia e, portanto, são variáveis, de órgão para órgão, cada qual com as suas respectivas competências privativas (LSA, art. 139). Dentre as atribuições da diretoria, poderiam ser mencionadas as tarefas de: (i) convocar a assembléia geral, se não houver conselho de administração (LSA, art. 123), publicando os pertinentes anúncios e editais; (ii) elaborar o relatório da administração (LSA, art. 133, I)⁹⁶; (iii) elaborar as demonstrações financeiras

93 A regra deve ser entendida inteligentemente. A especialização de funções, mesmo nas companhias abertas, somente pode atingir as atribuições dos diretores (LSA, art. 143, IV), e não as dos membros do conselho de administração, os quais integram órgão colegiado com competência exclusivamente deliberante e não têm competência individual. O art. 158, § 3º, da Lei das S/A aplica-se apenas à diretoria. Nesse sentido são as sempre lúcidas observações de FÁBIO KONDER COMPARATO, que, depois de invocar o preceito em questão, destaca: “a lei está supondo, como é óbvio, que o estatuto possa estabelecer atribuições individuais a administradores determinados. Não está referindo-se à atuação deliberativa de órgãos colegiados, como é o conselho de administração. A norma se dirige, pois, à diretoria, não ao conselho. É na diretoria, justamente, que a lei impõe a especificação, pelo estatuto, das ‘atribuições e poderes de cada diretor’ (art. 143, IV)” (Eleição de diretores em companhia aberta: validade e eficácia de reuniões do conselho de administração de sociedade anônima. In: *Direito empresarial: estudos e pareceres*, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 187).

94 Cf.: RUBENS REQUIÃO, *Curso...*, cit., v. 2, n. 417, p. 187.

95 Cf.: FRANCO BONELLI, *La responsabilità...*, cit., n. 9, p. 58.

96 A LSA, infelizmente, não fixou o conteúdo mínimo do relatório da administração, contrariamente à orientação adotada em outros países (cf.: CC it., art. 2.428; OR suíço, art. 663d; AktG alemã, § 90). Limitou-se a prever, genericamente, a necessidade de ele referir os “negócios sociais e os principais fatos administrativos do exercício findo”. Essa vagueza legislativa teve, e continua a ter, conseqüências. SÉRGIO DE IUDÍCIBUS, ELISEU MARTINS e ERNESTO RUBENS GELBCKE, em conhecida obra sobre contabilidade, de consulta obrigatória aos militantes na área societária, testemunham: “Temos visto no Brasil exemplos de excelentes Relatórios de Administração, mas relativo a um número muito pequeno de empresas ou grupos empresariais. Mas tem sido significativo o número de empresas, particularmente as de capital fechado, cujos Relatórios de Administração são elaborados e divulgados com esse título, meramente com a pretensão burocrática de atender à exigência legal” (*Manual de contabilidade das sociedades por ações* – FIPECAFI, 4. ed., São Paulo: Atlas, 1995, n. 34.3.1, pp. 658-659). Diante dessa situação, a CVM emitiu o Parecer de Orientação n. 15, de 28 de dezembro de 1987, explicitando itens que devem constar do referido relatório em companhias abertas.

(LSA, art. 176); (iv) comparecer e prestar os esclarecimentos em assembléia geral (LSA, art. 134, § 1º); (v) prestar informações e fornecer os documentos solicitados pelo conselho de administração ou pelo conselho fiscal (LSA, arts. 142, III, 2ª parte, e 163, §§ 1º e 2º); (vi) manter atualizados e em boa ordem a contabilidade empresarial e os livros sociais (LSA, arts. 100 a 105 e 177); e (vii) publicar e registrar os atos previstos em lei. Em relação ao conselho de administração, são exemplos de atos essenciais ao funcionamento da companhia os seguintes: (i) eleger e destituir os diretores e fixar-lhes as atribuições (LSA, art. 142, II, 1ª parte); (ii) convocar a assembléia geral (LSA, art. 142, IV); e (iii) manifestar-se sobre o relatório da administração e as contas da diretoria (LSA, art. 142, V). A responsabilidade dos primeiros administradores (LSA, art. 99) é outra hipótese típica de solidariedade decorrente do descumprimento de dever legal destinado a assegurar o regular funcionamento da companhia (ou, mais propriamente no caso, destinado a assegurar a existência da companhia).

5.5.2 Solidariedade pelo descumprimento de outros deveres

A responsabilidade solidária dos administradores pode ainda surgir em virtude do descumprimento de outros deveres que não sejam tidos por essenciais ao funcionamento da companhia, sob condições específicas (LSA, art. 158, § 1º). Nessas hipóteses, prevalece, em princípio, o primado da incomunicabilidade da culpa, de modo que o administrador não é responsável por atos ilícitos praticados por outros administradores. Todavia, mesmo nessas hipóteses, responderá solidariamente pelos ilícitos cometidos por terceiros administradores, se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Em todas essas situações, a responsabilidade solidária não é objetiva, mas desponta como consequência da participação culposa do administrador, que, ao proceder de uma dessas formas, estará pessoalmente violando deveres de seu cargo.

Não se nega, porém, que, dependendo da espécie de órgão de administração, a efetivação da responsabilidade solidária apresenta particularidades. A distinção a ser aqui feita não é propriamente entre conselho de administração e diretoria, mas entre órgãos colegiados ou não. Isso porque, conforme anteriormente apontado (no subitem 2.3.2), conquanto seja o conselho de administração sempre órgão colegiado (LSA, art. 138, § 1º), o estatuto pode estabelecer que determinadas decisões, de competência dos diretores, sejam tomadas em reunião da diretoria (LSA, art. 143, § 2º), funcionando, nessas situações, como órgão colegiado. Há, portanto, atos colegiais e atos individuais dos órgãos de administração⁹⁷.

97 Sobre os modos de funcionamento dos órgãos de administração (disjuntos, conjuntos e colegiais), veja as classificações apresentadas no subitem 2.1.

5.5.2.
respon
damen
lato se
gência,
absteno
ta de r
GIUSEP
nistrad
particip
dicial à

- 98 Cf.: J
LHOS.
Respo
cit., p
singul
Respo
99 SPENC
rações
a elas
não co
para n
mercia
ta que
jetos d
opõe”
100 Cf.: “C
o mer
110.86
nistrat
compa
Dir. N
a respo
vante,
equiv
novo l
art. 14
Diant
çar a p
ficativa
consell
j. 20-10

5.5.2.1 Administração colegial

Nos órgãos de administração colegiada, os seus integrantes assumem responsabilidade coletiva pelas deliberações ou decisões colegiadas⁹⁸. O fundamento da responsabilidade do administrador continuará a residir na culpa *lato sensu*, conseqüência da violação de seus deveres gerais (como os de diligência, lealdade e vigilância), mas em caráter presumido, tanto assim que a abstenção do administrador ou a sua falta injustificada ao conclave não o isenta de responsabilidades⁹⁹⁻¹⁰⁰. *A contrario sensu*, segundo GIANCARLO FRÈ e GIUSEPPE SBISÀ, “não deverão responder solidariamente com os outros administradores aquele ou aqueles entre eles que não tenham, por justos motivos, participado da reunião do conselho na qual foi tomada uma deliberação prejudicial à sociedade, da qual ele ou eles tenham tido notícia quando já era muito

98 Cf.: JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, *Responsabilidade...*, cit., p. 86; MODESTO CARVALHOSA, *Responsabilidade civil dos administradores das companhias abertas*, cit., pp. 15-16, e *Responsabilidade civil de administradores e de acionistas controladores perante a Lei das S/A*, cit., p. 38; e NELSON EIZIRIK, Inexistência de impedimento do administrador na ação social “ut singuli”. In: *Aspectos modernos de direito societário*, Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 68, e *Responsabilidade civil e administrativa...*, cit., p. 50.

99 SPENCER VAMPRE já observava que “os administradores que deixam de tomar parte nas deliberações da diretoria, a não ser por motivos ponderosos e justificados, ou que, estando presentes, a elas não se opõem, respondem por sua culposa omissão, como se as tivessem aprovado. A lei não consente que, fugindo às responsabilidades do cargo, deixem de cumprir o seu dever, já para não se comprometerem, já para não desgostar colegas” (*Tratado elementar de direito comercial*, Rio de Janeiro: F. Briguet & Cia., 1922, v. 2, p. 284). ESTELLE SCHOLASTIQUE acrescenta que “apesar dos votos em branco ou abstenções serem assimilados aos votos contra os projetos de resoluções, parece ser mais prudente votar claramente contra as decisões às quais se opõe” (*Le devoir de diligence...*, cit., n. 492, pp. 262-263; trad livre do Autor).

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). Na esfera administrativa: “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). Onde se lê: “A abstenção de voto não elide a responsabilidade de conselheiro. O conselheiro que se abstém de votar em matéria tão relevante, na verdade, não está exercendo a sua função adequadamente, pois a abstenção, no caso, equivale à omissão. Nem se diga que o fato de o conselho ter encomendado a emissão de um novo laudo significa que seu voto foi nesse sentido, pois a função do conselho, nos termos do art. 142, inciso I, da Lei n. 6.404/76, é de fixar a orientação geral dos negócios da companhia. Diante disso, é fundamental o voto do conselheiro e inadmissível que aquele a quem cabe traçar a política da companhia se abstenha de votar. Não consta da ata, inclusive, qualquer justificativa para a omissão. Realmente a omissão no caso equivale a uma renúncia à condição de conselheiro”. Ainda na mesma linha: CRSFN, Recurso n. 4.235, Acórdão n. 5455/2004, v.u., j. 20-10-2004, DOU 20-12-2004.

tarde para evitar o dano ou para dele se proteger”¹⁰¹. Por isso, o prejudicado pelo ato colegiado não precisa demonstrar a participação culposa de cada um dos administradores do órgão, mas estes poderão, como defesa, eventualmente demonstrar que não foram negligentes ou coniventes com os demais administradores, tomando tempestivamente as medidas previstas em lei para a exoneração de suas responsabilidades¹⁰².

O integrante dissidente do ato colegial eximir-se-á de responsabilidade caso faça constar a sua divergência em ata de reunião do órgão ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, ao conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembleia geral (LSA, art. 158, § 1º, 2ª parte). O administrador diligente, integrante de órgão colegial, tem, pois, o dever de dissidência, caso identifique alguma decisão criticável de seus pares. Diante disso, “é essencial” – consoante ensinava RUBENS REQUIÃO – “que o administrador que dissente revele, aos órgãos da sociedade, na seqüência estabelecida no § 1º do art. 158, a sua oposição. Sem isso, de nada vale a sua reação à prática do ato irregular. É imperativo que ele a exteriorize, advertindo os órgãos sociais de tal ou qual prática. Somente assim se eximirá da responsabilidade solidária”¹⁰³.

Para que essa excludente seja operante, o próprio administrador que registra a sua dissidência tem de ser isento de culpa pelo ato praticado¹⁰⁴.

As considerações anteriores aplicam-se, é claro, apenas àqueles atos coletivamente exercitáveis. Logo, os conselheiros não poderão responder solidariamente quando a obrigação violada referir-se, concretamente, apenas a um administrador – que, por exemplo, descumpriu dever de não agir em conflito de interesses.

101 GIANCARLO FRÈ e GIUSEPPE SBISÀ, *Società per azioni*, cit., t. 1, p. 843; a lição no texto é tradução livre. Com igual orientação: FRANCO BONELLI, *La responsabilità...*, cit., n. 9, pp. 56-57. A noção de ausência legítima é controvertida e, nos tribunais franceses, de acordo com o registro de ESTELLE SCHOLASTIQUE, tem recebido exegese estrita (*Le devoir de diligence...*, cit., n. 444, pp. 241-242).

102 A responsabilidade, repita-se, não é objetiva e, portanto, poderá ser excluída na hipótese oposta àquela registrada na nota precedente, é dizer, quando faltar à reunião do órgão por razões justificadas. Válidas, a propósito, são as lições de JESUS RUBIO, ao indicar que o registro de dissidência de ata não é a única excludente admissível: “Esto no significa que sólo quienes salvaron su voto excluirán su responsabilidad. Todo administrador podrá excusarla, probando la ausencia de culpa ya ‘in committendo’ ya ‘in vigilando’. Así en el caso de no haber asistido justificadamente a las deliberaciones o cuando concurren circunstancias que les impidieron conocer los hechos o evitar sus consecuencias dañosas” (*Curso de derecho de sociedades anónimas*, 3. ed., Madrid: Editorial de Derecho Financiero, 1974, n. 147, p. 295).

103 RUBENS REQUIÃO, *Curso...*, cit., v. 2, n. 417, p. 187.

104 Cf.: ALBERTO TOFFOLETTO, *Diritto delle società: manuale breve – obra coletiva*, 2. ed., Milano: Giuffrè, 2005, § 97, p. 226.

5.5.2.2 Administração conjunta e separada

Nos órgãos de administração não-colegiada (como de ordinário sucede na diretoria), prevalece, em toda a sua extensão, o princípio da incomunicabilidade da culpa, cabendo ao interessado em estabelecer a responsabilidade solidária do administrador, por atos ilícitos de outros administradores, provar a participação culposa para a concretização do dano, isto é, demonstrar a sua conivência para com os demais, ou sua negligência em descobrir o ilícito ou, ainda, a sua inércia para impedir a prática do ato ilícito de seu conhecimento (LSA, art. 158, § 1º, 1ª parte).

Merece aqui ser novamente lembrada a necessidade de aquilatar a intensidade dos deveres de diligência e vigilância à luz do padrão legal de conduta, que é o ordinário e não excepcional, aferido diante das particularidades da empresa. WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA referia-se à “prudência do julgador, que não poderá exigir de cada administrador argúcia autenticamente policial na investigação dos atos praticados por seus companheiros, máxime quando nem sempre disporá de elementos para fazê-lo”¹⁰⁵. E JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, na mesma linha, observa que “em organizações complexas, mormente nas macroempresas, a diligência normal e razoavelmente exigível de cada administrador há que ser aferida em termos relativos, sob pena de se chegar até mesmo à objetivação indevida da culpa, e no caso, à generalização indiscriminada da responsabilidade solidária dos administradores, o que não é desejável nem muito menos justo”¹⁰⁶.

Fora dos parâmetros aqui expostos, a solidariedade apenas existirá se regulada diversamente em lei, em situações específicas.

5.5.2.3 Solidariedade dos terceiros

Por fim, a Lei das S/A refere-se, no § 5º do art. 158, à responsabilidade de terceiros, dispondo que “responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto”. Os terceiros poderão ser desde titulares de outros órgãos da companhia, colaboradores (internos ou externos), acionistas¹⁰⁷, credores sociais, até terceiro cúmplice qualquer. Todos respondem solidariamente pela reparação dos danos causados (LSA, art. 158,

105 WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, Rio de Janeiro: Forense, 1977, v. 2, p. 720.

106 JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, *Responsabilidade...*, cit., pp. 87-88.

107 O acionista poderá eventualmente ser incluído no pólo passivo da ação, com fundamento no art. 158, § 5º, da Lei das S/A (cf.: 1º TACivSP, Ap. 376.022-0, 4ª Câmara, Rel. Juiz REIS KUNTZ, v.u., j. 30-9-1987, RT 624/125).

§ 5º), tendo a companhia ou os seus substitutos processuais legitimação ativa para promover a ação contra o administrador em litisconsórcio passivo com tais indivíduos¹⁰⁸.

FRAN MARTINS chamava atenção para o fato de que o legislador, no preceito da lei acionária em que se previu a solidariedade passiva, não teria erigido a obtenção de vantagens à condição de responsabilidade do terceiro, contentando-se com “a intenção que tinha o terceiro de obter vantagens para si ou para outrem em virtude do ato violador do estatuto ou da lei praticado com sua ajuda pelo administrador”¹⁰⁹. Além disso, sustentava que, “se o terceiro concorreu para que o administrador praticasse ato violador da lei ou do estatuto, mas, apesar de dar seu concurso, não visou com isso obter vantagem para si ou para outrem, esse terceiro não será solidário com o administrador faltoso pelos prejuízos causados pela violação da lei ou do estatuto”¹¹⁰. No entanto, essa conclusão, algo chocante, poderia ser aceita se estivéssemos a analisar *exclusivamente* a regra da lei acionária. Contudo, não se pode olvidar a regra geral de responsabilidade civil (CC, art. 942), que impõe a solidariedade passiva *ex delicto* aos co-autores, independentemente de sua intenção ou da natureza da obrigação descumprida (se contratual ou não)¹¹¹. Não cremos, por isso, que o

108 Cf.: TJSP, AI 256.415-1, 1ª CC, Rel. Des. LUÍS DE MACEDO, v.u., j. 25-4-1995, RJTJESP 173/199.

109 FRAN MARTINS, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, cit., v. 2, t. 1, n. 707, p. 410.

110 FRAN MARTINS, *Comentários...*, cit., v. 2, t. 1, n. 707, p. 410. Em sentido semelhante, *vide*, ainda: GIL COSTA CARVALHO, *Comentários à Lei das Sociedades por Ações*, cit., p. 493 (para quem “essa responsabilidade solidária só terá caracterização quanto tiver havido, por parte de terceiros, a intenção de obter para si ou para outrem qualquer vantagem, assim como procedimento doloso”).

111 Cf.: CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO e SÉRGIO CAVALIERI FILHO, *Comentários ao novo Código Civil*, cit., v. 13, pp. 313-314. Sobre a doutrina do terceiro cúmplice e a sua incidência nos casos em que se verifique a colaboração de terceiro para inadimplemento de obrigação contratual, confirmam-se o profundo ensaio de A. FERRER CORREIA (Da responsabilidade do terceiro que coopera com o devedor na violação de um pacto de preferência. In: *Estudos de direito civil, comercial e criminal*, 2. ed., Coimbra: Livr. Almedina, 1985, pp. 33-51), o belíssimo parecer de ANTONIO JUNQUEIRA DE AZEVEDO (*Estudos e pareceres de direito privado*, cit., pp. 209-225), amplamente respaldado nas doutrinas francesa e inglesa, e a monografia modelar de HUMBERTO THEODORO NETO (*Efeitos externos do contrato: direitos e obrigações na relação entre contratantes e terceiros*, Rio de Janeiro: Forense, 2007, n. 21.1, pp. 171-178), que, com propriedade, ensina: “O princípio da relatividade contratual não serve de salvo-conduto para o terceiro, para que possa, impunemente, coadjuvar no inadimplemento da prestação contratual; não impede, pois, a configuração da responsabilidade civil do terceiro com base no art. 927 do Código Civil (...). Sendo oponível essa situação criada pelo contrato a terceiro, não lhe será lícito praticar atos que comprometam a execução das prestações pelas partes. Se ele, por ato culposos seu, causar a frustração do contrato ou de alguma prestação nele estipulada, gerando dano ao contratante, mesmo não sendo parte da relação contratual, responderá delitualmente” (op. cit., n. 21.1, p. 172).

terceiro que, por exemplo, com o fim de causar prejuízo à sociedade (note-se: o seu intuito não é beneficiar ninguém), concorresse para a prática de ato ilícito não teria responsabilidade solidária. A regra de solidariedade da Lei das S/A não exclui a regra geral do Código Civil, diante da qual aquela se torna até mesmo expletiva¹¹².

112 Cf.: "Parece desnecessária a referência expressa da lei especial 'aos acionistas ou terceiros que concorrem para a prática dos atos abusivos do controlador-administrador', em razão do disposto no art. 1.518 do Código Civil" de 1916 (TJSP, AI 256.415-1, 1ª CC, Rel. Des. LUÍS DE MACEDO, v.u., j. 25-4-1995, *RJTJESP* 173/199). Nessa mesma linha: STJ, REsp 78.580-SP, 4ª T., Rel. Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, v.u., j. 24-3-1998, *DJU* 25-5-1998, RT 755/208; TJSP, AI 29.804-1, 3ª CC, Rel. Des. CÉSAR DE MORAES, v.u., j. 7-12-1982, *RJTJESP* 83/230.