

MARCELO VIEIRA VON ADAMEK

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS
ADMINISTRADORES DE

S/A

e as ações correlatas

1ª edição

2009

2ª tiragem

2010



**Editora
Saraiva**

7 AS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRA ADMINISTRADORES: DIREITO MATERIAL

7.1 AS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRA ADMINISTRADORES

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

7.2 CRITÉRIO DISTINTIVO ENTRE A AÇÃO SOCIAL E A AÇÃO INDIVIDUAL

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

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

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

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

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

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

conce
res, p
ment

res de
dame
exerce
acioni
ineren
própri
desfal
ciada
proces
do pat
exclus
constr
modal
não su
do bal
jamais

7.3 A

A
repara
pela pr
poderá
da soci
a lei aci
posta p
(LSA, a
art. 159

- 4 Cf.:
PAES
- 5 Cf.:
v. 2,
1, t.
- 6 Cf.:
acion
dual
AI 70

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

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

7.3 A AÇÃO SOCIAL DE RESPONSABILIDADE CIVIL

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

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

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

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

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

7.3.1 A prévia deliberação assemblear como requisito indispensável

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

14 O art. 123 do Decreto-lei n. 2.627/40 dispunha: "Art. 123. Compete a sociedade a ação de responsabilidade civil contra os diretores pelos prejuízos diretamente causados ao seu patrimônio, mas, se, não a propuser, dentro de seis meses, a contar da primeira assembleia geral ordinária, qualquer acionista poderá promovê-la. Os resultados da ação da responsabilidade civil beneficiarão o patrimônio social, devendo a sociedade indenizar o acionista das respectivas despesas. Parágrafo único. Quando o mesmo fato causar prejuízos à sociedade e diretamente a qualquer acionista, poderá este intentar contra o diretor ou diretores responsáveis a ação que couber, independentemente do prazo fixado neste artigo".

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

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

o resultado
e válidas en
nessa maté
países eur
para legiti
nesse part
países, a a
lização. N
porquant
administ
outro lad
tas as coi
prevalen
dos admi
em comp
ao não c
assim ta
a mais co
te restri
compar
reito br
do efeito
ressado
que não
daninh
riza-se
expres
templa

17 Ap
raq
co
sir
pr
re
es
o
sc
b
q
n
r

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

24 Cf.: FRANCO BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la Riforma delle Società*, Milano: Giuffrè, 2004, nota 261, p. 193 (com a anotação de que a exigência de deliberação assemblear “non ammette ‘equipollenti’ (Cass., 1 ottobre 1999, n. 10869, in *Le società*, 2000, p. 432, con nota di M. Delucchi: non è equiparabile alla delibera assembleare un accordo di tutti i soci)”).

25 Em caso envolvendo sociedade limitada, decidiu-se, contrariamente, que a deliberação social poderia ser substituída por ato equivalente: “A ação de responsabilidade civil contra o administrador compete primordialmente à própria sociedade por quotas de responsabilidade limitada. As limitadas podem admitir contorno jurídico informal no qual a manifestação da vontade social se dá quase que exclusivamente pelos atos de seus administradores, restringindo-se as reuniões dos quotistas a deliberar temas que envolvam apenas a alteração do contrato social. A aplicação supletiva das formalidades previstas na Lei de Sociedades Anônimas, por força da regra contida no art. 18 do Dec. n. 3.708/19, não deve ser feita automaticamente, sem examinar a natureza jurídica específica da sociedade por quotas de responsabilidade limitada que se encontra em litígio. Se a particular situação jurídica da sociedade revela que as decisões dos quotistas podem ser tomadas de maneira informal, exceto quando se refiram à própria alteração do contrato social, também não se deve erigir a realização de reunião prévia de quotistas à condição de pressuposto processual objetivo externo. Solução que favorece, ademais, o amplo acesso ao Poder Judiciário. Recurso Especial provido” (STJ, REsp 736.189-RS, 3ª T., Rel. Min. Nancy Andrighi, v.u., j. 6-12-2007, DJU 18-12-2007, p. 267).

26 Em sentido aparentemente diverso (e embora tratando das sociedades limitadas), JORGE LOBO sustenta que “a desaprovação das demonstrações financeiras acarreta a imediata destituição dos administradores, que terão suas responsabilidades apuradas, devendo ressarcir a sociedade dos danos que tiverem causado” (*Sociedades limitadas*, Rio de Janeiro: Forense, 2004, v. 1, n. 10.12, p. 297).

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

7.3.1.1 Assembléias nas quais a deliberação é legítima

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

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

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

Esse prin
sede nat
geral ord
da admi
culo pre
proposta
quando
financei

pura
dia e
nária
3. ed.
a dest
mesm
debat
seme
merc
des se
1º, da
assen

29 Nos
ção c
dent
juízo
nem
onde
do se
ELAI

30 As m
exce
resul
perce
no p
corre
ordin
blici
uma
à ori
asse
ordi

31 GIU
si co
cio"

32 FAB
rant

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

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

- 29 Nos tribunais: "Segundo a exegese do art. 159, § 1º, da Lei n. 6.404/76, pedido de representação dos administradores deve ser submetido ao colegiado na assembléia ordinária, independentemente de prévia inclusão na ordem do dia, nada impedindo que os acionistas exerçam juízo negativo de admissibilidade ou, ainda, não preparados para apreciar a questão, determinem diligências que entenderem necessárias, o que não ocorre na assembléia extraordinária, onde, aí sim, o pedido deverá ser objeto de prévia inclusão na ordem do dia ou só será apreciado se decorrer diretamente de assunto pautado" (TJRS, Ap. 598499283, 17ª CC, Rel. Des. ELAINE HARZHEIM MACEDO, v.u., j. 27-4-1999).
- 30 As matérias objeto da AGO encontram-se expressamente delimitadas na lei (LSA, art. 132) e, exceção feita à eleição dos administradores, referem-se a temas relacionados à apreciação dos resultados do exercício social findo (juízo retrospectivo). Essa particularidade não passou despercebida pela inteligência de TULLIO ASCARELLI. Referindo-se à lei acionária pretérita (a qual, no particular, não difere da atual), o mestre italiano, com a sua notável lucidez, registrou: "Decorre também do que dispõe o DL 2.627 mais um característico das deliberações da assembléia ordinária: respeitam as suas deliberações ao exercício findo, não aos exercícios futuros. A publicidade do DL 2.627 coaduna-se com este conceito: regulamentou, com efeito, o DL 2.627 uma publicidade que, toda, visa o exercício findo; não cuida de uma publicidade que respeite à orientação futura da sociedade: este assunto é com efeito apenas indiretamente resolvido pela assembléia ordinária nomeando novos diretores" (Poderes da assembléia ordinária e da extraordinária. In: *Ensaio e pareceres*, São Paulo: Saraiva, 1952, p. 100).
- 31 GIUSEPPE FERRI dizia que "la deliberazione concernente la responsabilità degli amministratori si considera *ex legge* inclusa nell'ordine del giorno dell'assemblea nella quale si discute il bilancio" (*Manuale di diritto commerciale*, 8. ed., Torino: UTET, 1991, n. 230, p. 400).
- 32 FÁBIO ULHOA COELHO sugere que, "em AGO, qualquer acionista poderá suscitar o tema durante a discussão de assuntos de interesse geral, mesmo que não figure tal item na ordem do

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

Remédios contra a inércia da administração em convocar a assembléia geral.

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

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

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

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

dias, a pe
fundamer
par. ún.,
reconhece
administra
assemblé

7.3.1.2

Qu
cífico pa
tanto, o
com dire
Ou seja,
deliberar
ses³⁸. Ca
acionista
responsa

35 Nos c
da ad
para a
ver, o
dores
despe
cia”
676/

36 O qu
estar
sobre
duas
quór
para
ciona
favor
lação
nenh
cied:
trata

37 Cf.:

38 Em
sobr
RA I
75º,

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

7.3.1.2 Quórum de deliberação

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

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

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

37 Cf.: FÁBIO ULHOA COELHO, *A natureza subjetiva...*, cit., p. 25.

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

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

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

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

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

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

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

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

direito de voto
e nele poderão,
positura de açã
poderia ser difi
dem atuar com
cial *ut singuli*,
subitem 8.3.1.

7.3.1.2.1

Quórum
neste ponto, co
de deliberação
verso daquele
nhas abertas,
129, § 1º, da L
panhias fecha
sociais, elevar
ficadas as resp
para a elevaçã
dade civil?

Embora
tro tema cone
rum para a de
frentá-la, de p
mente, para c
vação do quó
não se relacio

em sentido
feita ao con
nesta medic

43 Cf.: OSCAR

44 É evidente
determinac
porém, adr
mite dar-se
presentes,
MODESTO
RACHEL SZ

45 ANTÃO DE
destituicão
blemas e ne

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

7.3.1.2.1 Pode o quórum ser majorado?

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

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

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

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

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

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

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

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

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

bém opinou pela da do que a legalidade – a invalidade de pelo fato de que mentou a ação de cita, geral e não car, de acordo com que ferem a int terreno por dem mais evidente de sabilidade, ela é ferem diretame forma de exerce rem o espírito do dor tenha realm contre a via mai mais lenta? O fa poderia, ao cont Ou seja, que ter E que, em vez d especial confirm preferível ou não necessariamente pode discutir se individualment deste gênero me

disposizioni. A lo statuto della sponsabilità con metà del capita tanto in prima disposizioni an

48 As lições de N possa sustener nenhuma dispos l’azione in resp e non derogata maggioranza n dell’ intenzion l’intenzione più bilità, essa è l’ar tamente quell’i

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

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

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

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

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

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

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

49 Essas lições devem ser entendidas à luz do direito vigente à época em que foram ministradas (CCom it. 1882, art. 152). Presentemente, o direito italiano passou a prever o exercício *ut singuli* da ação social por acionistas representando ao menos um quinto do capital social, mas permitiu (e aqui, como se vê, há expressa previsão legal) que o quórum seja estatutariamente majorado até um terço do capital social (CC it., art. 2.393-bis). Mas, para as companhias abertas, o quórum é de um vigésimo do capital social, e os estatutos apenas podem diminuir o quórum; jamais aumentá-lo (Tratatto, v. 2, n. 502 bis, 533 e 639).

50 CRISTIANO GRAEFF JR., *Compêndio...*, cit., p. 247 (afirmando, apenas, que “nas companhias fechadas e desde que especificado nos respectivos estatutos, pode ser aumentado o quórum respectivo para a deliberação”). WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, embora sem ser expresso, parece seguir a mesma linha (*Comentários...*, cit., v. 2, nota 6, p. 717).

51 GIORGIO CIAN e ALBERTO TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, 6. ed., Padova: CEDAM, 2002, p. 2.434; trad. livre do Autor. Nesse sentido, ainda: GIANCARLO FRÈ e

Também na F
121 do Código
rem que “a clá
ordinárias, sal
res”⁵², como ex
meios que ver
res, de modo c
que indiretam
conseqüências

Por isso,
MORAES, no p
se resolve pelo
do com essas
luz das regras
bilidade civil
ministradores
primeiro lugar
ponsabilidade
ção dos admi
var, também
não se reduza
assim, de ma
medida em q
ria restringir
nistradores,
demais quór

GIUSEPPE SE
tori..., cit., 1

52 YVES GUYO

53 YVES GUYO

54 ANTÃO DE
239.

55 A expressã

56 Cf. (revoga
DA VALVER
sentido cor
tas deliber
para a des
sentido” (7
580/71).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

missão legal
concebida p
o afastame

7.3.1.3 In

Intro
2.3.2, que
companhia
período em
substituto
mas, à evic
Assim, sur
votar na d
estar-se-ia
Para respo
apresentar
hipóteses

A re
to acionár
acionistas
citado art
conformi
afasta a co
sentido e
voto abus
do em de
sua vez,
acionista

59 Com r
S/A) f
2, t. 1,

60 Sobre
VEDO
1993)
de vot
CVM
de CA
Lei d
Inter
ros, 1
sociec

missão legal para a inserção de quórum estatutário qualificado foi legalmente concebida para tutelar a posição dos minoritários, e não agravá-la, impedindo o afastamento do administrador ímprobo⁵⁹.

7.3.1.3 Impedimento de voto

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

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

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

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

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

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

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

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

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

te, nessa
("quaisqu
lar"), em
perante a
impedim
mente fo
president
flito de i
flito é me
sar o vot
contrast

Im
ação soc

65 Cf.: F
89; F
aliena
Paulo
COM
391,
Paul
MOI
CUN
Qua
de co
dos e
e Co
os d
74.2
acio
por
14-
lar"
pró
nor
dir
115
j. 8
66 En
nef
na
67 O
bé

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

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

-
- 65 Cf.: ERASMO VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Conflito de interesses...*, cit., n. 3.2.1, p. 89; FÁBIO KONDER COMPARATO, Controle conjunto, abuso no exercício do voto acionário e alienação indireta de controle empresarial. In: *Direito empresarial: estudos e pareceres*, São Paulo: Saraiva, 1995, p. 91; CALIXTO SALOMÃO FILHO, nota 72 ao livro de FÁBIO KONDER COMPARATO, *O poder de controle na sociedade anônima*, 4. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 391, e Conflito de interesses: a oportunidade perdida. In: *O novo direito societário*, 3. ed., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 100; FRAN MARTINS, *Comentários...*, cit., v. 2, t. 1, n. 499, p. 82; MODESTO CARVALHOSA, *Comentários...*, cit., v. 2, p. 466; e RODRIGO FERRAZ PIMENTA DA CUNHA, *Estrutura de interesses nas sociedades anônimas: hierarquia e conflitos*, São Paulo: Quartier Latin, 2007, p. 272. Em sentido contrário, entendendo (aparentemente) que se trata de conflito de interesses: LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, Conflito de interesse. In: *Estudos e pareceres sobre sociedades anônimas*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, pp. 26 e 32, e *Comentários...*, cit., v. 2, n. 259, p. 247. Nos tribunais (impedimento de voto): “Não podem os diretores de sociedade por ações votar, em assembléia, matéria que os beneficia” (TJSP, Ap. 74.258, 5ª CC, Rel. Des. J. G. RODRIGUES DE ALCKMIN, v.u., j. 10-8-1956, RT 256/123). O acionista, “à luz do referido dispositivo legal, não pode votar nas deliberações que o beneficiem por qualquer forma” (TAMG, Ap. 206.762-3, 7ª CC, Rel. Juiz QUINTINO DO PRADO, v.u., j. 14-12-1995, RJTJAMG 62/145). Sobre o alcance da expressão “beneficiá-lo de modo particular”, o TJSP entendeu que o administrador pode, como acionista, participar da votação de seus próprios honorários, “fato que por si só não anula o ato, salvo se fixados com violação das normas estabelecidas no art. 152 da Lei n. 6.404, de 1976. Hipótese em que a remuneração dos diretores não se enquadra na expressão ‘que puderem beneficiá-lo de modo particular’ (art. 115 da Lei n. 6.404, de 1976)” (TJSP, Ap. 30.753-1, 3ª CC, Rel. Des. JURANDY NILSSON, v.u., j. 8-2-1983, RJTJESP 82/219).
- 66 Em França, o acionista encontra-se privado do direito de voto em deliberação da qual seja beneficiário de uma vantagem particular (CCom fr., arts. L. 225-110 e L. 225-147). Em doutrina: YVES GUYON, *Droit des affaires*, cit., t. 1, n. 307, p. 317.
- 67 O voto proferido por acionista impedido “ne serait pas conciliable avec la sincérité de la délibération” (YVES GUYON, *Droit des affaires*, cit., t. 1, n. 307, p. 317).

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

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

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

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

própria⁷¹.

do de v
defend
TAVAR
MALH
10.8, F
mas, R
sentid
nima,
103, P
401; M
cit., n
FRAN
azion
CESCO
In: T
GALC
zione
in cu
trário
direit
assin
o vot
cont
pedi
refer
não
ordi
adm
vez
teúc
mer
exis
iude
a op
3. e
dir
cial
71 Os
pec
qu
En
vál
PI
tar
me