

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

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

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

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

‘interpretação’ da vigente Lei das Sociedades Anônimas? Não” (TJRJ, EI 38.701, 4^o Gr. Câms. Cív., Rel. Des. ÁUREA PIMENTEL PEREIRA, m.v., j. 16-4-1986, RT 615/162). *Data venia*, pode-se, sim (LSA, arts. 134, § 1^o, e 115), do mesmo modo como pode, e deve, responder o acionista que vota contra o interesse social. Falta explorar, com maior ênfase no direito brasileiro, as hipóteses e as conseqüências do abuso de direito cometido inclusive pela minoria – hipóteses essas que vão além daquela tradicionalmente apontada pela doutrina, consistente na rejeição infundada das contas prestadas pela administração social (sobre esse tipo de abuso, *vide*: RUBENS REQUIÃO, Aprovação de contas de diretor. In: *Aspectos modernos de direito comercial*, São Paulo: Saraiva, 1986, v. 3, pp. 209-221). Em outros países, os estudiosos já despertaram para o problema do abuso da minoria (na França: DANIEL TRICOT, Abus de droits dans les sociétés (abus de majorité et tabus de minorité). *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique – RTDCom*, 47/617-627; FRANÇOIS-XAVIER LUCAS, La reparation du préjudice cause par un abus de minorité en droit des sociétés. *Les Petits Afiches*, 110/6; GEORGES RIPERT e RENÉ ROBLOT, *Traité de droit commercial*, 14. éd., Paris: LGDJ, 1991, t. 1, n. 1.194, p. 8989; PAUL LE CANNU, *Droit des sociétés*, cit., n. 250-253, pp. 146-148, L’abus de minorité. *Bulletin Joly – sociétés*, 1986, p. 429, e Le minoritaire inerte (observations sous l’arrêt Flandin). *Bulletin Joly – sociétés*, 1993, p. 537; P. H. MERLE, L’abus de minorité. *Revue de jurisprudence commerciale*, 1991, n. especial: La loi de la majorité, p. 81; M. BOIZARD, L’abus de minorité. *Revue des Sociétés*, 1988, p. 365; e L. SIMONT, L’abus de minorité. *Liber amicorum J. Ronsse*, p. 307; na Itália: ANTONIO NUZZO, *L’abuso di minoranza: potere, responsabilità e danno nell’esercizio del voto*, Torino: G. Giappichelli, 2003; ERMANNO LA MARCA, *L’abuso di potere nelle deliberazioni assembleari*, Milano: Giuffrè, 2004, pp. 224 e segs.; FABRIZIO GUERRERA, Abuso del voto e controllo di correttezza sul procedimento deliberativo assembleare. *Rivista delle Società*, 47/181-284; MARIA PAOLA MARTINES, L’abuso di minoranza nelle società di capitali. *Contratto e Impresa*, 13/1.184-1.211, e Abuso del diritto: la chicane del socio di minoranza. *Contratto e Impresa*, 14/27-32; e em Portugal: JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, Abusos de minoria. In: *Problemas do direito das sociedades* (obra coletiva), Coimbra: Livr. Almedina, 2002, pp. 65-70).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

dizer daquelas
ras do conclave
os fenômenos
controlador d
trolada ou, ai
para exercer
impedimento
ge do admini
ções são bast
não haveria
quem estaria
controlada⁷⁹

ses de frau
2, n. 474, p
MIRANDA,
ral constit
legis, com

77 Decerto, a
ta, constit
legal (CF,
deliberaç
nistas.

78 PONTES D
e D., 20,
geral a q
de bens,
de D., 80
ação ou
50, § 5.3
intimam
Itália qu
non com
nell'ipo
12.1.87,
Neste ú
e ALBEI
tema ac

79 Cf. (im
nhia): 'e
les, não
(art. 11
tenden
lador c
outra,

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

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

- 77 Decerto, a aprovação fraudulenta de contas, por interposta pessoa ou em conluio com acionista, constitui crime (CP, art. 177, § 1º, VII). Mas, em conformidade com o princípio da reserva legal (CF, art. 5º, XXXIX; e CP, art. 1º), não é fato penalmente típico a rejeição fraudulenta da deliberação sobre propositura de ação social, por interposta pessoa ou em conluio com os acionistas.
- 78 PONTES DE MIRANDA informou que “o Supremo Tribunal Federal, a 3 de novembro de 1953 (J. e D., 20, 102), decidiu que o cônjuge da pessoa impedida não pode tomar parte na assembléia geral a que se refere o art. 100 (cf., para o cônjuge casado pelo regime da comunhão universal de bens, a 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal, 1º de julho de 1952, R. de D., 80/212). Se a ação é comum, ou se são comuns as ações, está certo. Se não há, quanto à ação ou às ações, comunhão, a lei não pré-exclui o cônjuge” (*Tratado de direito privado*, cit., t. 50, § 5.325, p. 329). Como se vê, PONTES DE MIRANDA entendia que o impedimento estaria intimamente relacionado à titularidade das ações. Em sentido diverso, porém, decidiu-se na Itália que “il legame di parentela che unisce i soci agli amministratori di una società per azione non comporta automaticamente l’esistenza di un conflitto di interessi dei primi con la società nell’ipotesi di delibera concernente l’azione di responsabilità contro i secondi (Trib. Piacenza 12.1.87, in G. it. 1988, I, 2, 210)” (SANDRO MERZ, *Il codice pratico delle società*, cit., p. 288). Neste último sentido: FRANCO BONELLI, *La responsabilità...*, cit., n. 18, p. 163; e GIORGIO CIAN e ALBERTO TRABUCCHI, *Commentario breve al Codice Civile*, cit., p. 2.407 – reconduzindo o tema ao âmbito do conflito material.
- 79 Cf. (impedimento não se estende jamais à sociedade controlada pelo administrador da companhia): “Regras de impedimento ao exercício de direitos, como todas as normas restritivas deles, não podem ter interpretação ampliativa (...). O parágrafo único da disposição apontada (art. 115 da Lei das S/A) veda o voto do acionista em quatro hipóteses determinadas, não estendendo o impedimento à hipótese de aprovação de contas de diretor proprietário ou controlador da empresa votante. A lei não ignora a hipótese de uma sociedade ser controlada por outra, tanto que em seu artigo 246 estabelece a obrigação da sociedade controladora reparar os

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

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

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

mas hipótese para burlar a (de), será possí- vidas e, assim impediment

Imped-
ção em separ
par da delib
trador que
por votação
dor, não es
*eleito*⁸³. Co
são efetivos
responsabi
no exercíci

vantagem para out não é se adminis resultar de cont

81 Nessa l "Inexis le acior Não fo vislum ciasse mesm pronto 184.4 mente simpl as sua intuit fosse socie conte situa caso

82 Cf.:
83 A de nhia

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

Impedimento de voto: acionista controlador e acionistas com direito de eleição em separado. O acionista controlador não se encontra impedido de participar da deliberação concernente à propositura de ação social contra o administrador que elegeu⁸². Por identidade de razão, os acionistas minoritários que, por votação em separado ou sistema de voto múltiplo, elegeram administrador, não estão impedidos de tomar parte da deliberação sobre a sorte de seu eleito⁸³. Contudo, tanto o acionista controlador como esses minoritários (que são efetivos controladores de fração reservada de poder) podem ser civilmente responsabilizados pela eleição de pessoas inidôneas ou pela manutenção destas no exercício da função, mesmo depois de evidenciados atos de improbidade,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

correm para
não ingressa

Imped
tante intrin
tando em d
nista, estari
na delibera
informa M
bunal de B
pode votar
ser promov
de Arceri,
della socie
cindere da
manifestar
do pelo a
isenção n

não tem
exercita
CIO, Di
p. 190)

89 Cf. (o a
v. 4, n.
LHOSA,
In: Asp
WALDI
n. 814,
n. 103,
82, p.

90 Cf.: M
NOVA
pedim
reito c
103, p
tali, c

91 MASS
nota 2

92 MASS
nota 1
mam
mesm
refer

correm para fins de verificação do quórum de instalação da assembléia⁹⁰, mas não ingressam no cômputo do quórum de deliberação.

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

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

- 89 Cf. (o acionista impedido tem direito de voz): J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado...*, cit., v. 4, n. 1.146; J. C. SAMPAIO DE LACERDA, *Comentários...*, cit., v. 3, p. 211; MODESTO CARVALHOSA, *Comentários...*, cit., v. 2, p. 469; RUBENS REQUIÃO, *Efeitos do impedimento de voto...* In: *Aspectos modernos de direito comercial*, cit., v. 1, pp. 253-275; VICENTE RAO, RT 282/66; e WALDEMAR MARTINS FERREIRA, *Tratado de direito comercial brasileiro*, São Paulo: Saraiva, v. 5, n. 814, p. 381. Em direito comparado: GASTONE COTTINO, *Diritto commerciale*, cit., v. 1, t. 2, n. 103, p. 363; e GIUSEPPE A. RESCIO, *Diritto delle società: manuale breve* (obra coletiva), cit., § 82, p. 190.
- 90 Cf.: MODESTO CARVALHOSA, *Comentários...*, cit., v. 2, p. 470; ERASMO VALLADÃO AZEVEDO e NOVAES FRANÇA, *Invalidez...*, cit., n. 19.1, nota 60, p. 93; e RUBENS REQUIÃO, *Efeitos do impedimento de voto...* In: *Aspectos modernos de direito comercial*, cit., v. 1, pp. 253-275. Em direito comparado, no mesmo sentido: GASTONE COTTINO, *Diritto commerciale*, cit., v. 1, t. 2, n. 103, p. 363; MASSIMO FRANZONI, *La responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, cit., n. 22, nota 205, pp. 68-69.
- 91 MASSIMO FRANZONI, *La responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, cit., n. 22, nota 204, p. 68.
- 92 MASSIMO FRANZONI, *La responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, cit., n. 22, nota 205, pp. 68-69. Em sentido contrário, no entanto, GIANCARLO FRÈ e GIUSEPPE SBISÀ informam que o Tribunal de Lanciano decidiu, em 26 de janeiro de 1952 (Foro it., 1952, I, 937), que mesmo os administradores isentos de culpa e responsabilidade não podem votar na deliberação referente à responsabilidade de outro (*Società per azioni*, cit., t. 1, nota 5, p. 702).

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

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

7.3.1.3.1 A invalidação da deliberação e o acertamento da real decisão assemblear: a ação declaratória assemblear positiva (*Die positive Beschlußfeststellungsklage*)

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

evidentemente
mente acertar,
à propositura
que não poder
presente ao co
extrair do ato
subitem 7.3.1
impor a sua i
nistracão ou
universi. Pois
obtido atrav
estaria subst
ciário fazer,
resultado es
quer poderi
juntamente
positiva, de
acionário al

A aç
gsklage). O
do de delib
analisado p
tária tem o

93 Exceção
VAES FR
genciaç
declara
de Jane
de Jane
dos Tr
São Pa
proces

94 A açã
existê
claraç
ção ju
decisi
tutiva
ção d
da de
da, p
ção c
acert
órbis

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

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

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

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

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

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

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

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

dentre elas, encobre a propositura

Legitimada poderá ser prop anulatória regul subitem 6.2.2). ladas quanto ao e, em situações beneficiários do

7.3.1.4 Result

Resultado ta de ajuizame

erro, do dolo fraude à lei pr o que se impõ que os votos i beração (cons da prática do acionista que tado pela mes tado e que, m posterior seri seu voto, po ocasião do co pura e simpl passar-se a p contagem de ção que cont aplicável qu simplesmen Em suma, a deliberação inclusão de votos manit mento ou fa ação declar exemplo, o social; ou d sidade) na sária demo matéria de da do quitu para isso at

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

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

7.3.1.4 Resultados e efeitos da deliberação

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

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

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

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

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

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

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

ção do próprio
prevalece tanto
ingressar com
representanc
va individual
sim sendo, a
deve ser obser
vista é ponde
atual da lei a
a responsabi
cautelos pre
e os votos p
óbices advin
disso, aos tr
maioria pos
longa manus
interpretada
forma ampl
de prova, co

7.3.1.

A rejei
tradores da
timar extra
por cento)
processual
§ 4º)¹⁰³, adia

100 MODESTO
101 Cf. (ente
VERÇOSA
sumária
direito re
102 Cf.: FRA
diretto c
SCHLESIN
LUCAS C
dados ob
ção das c
103 Cf.: "A
nhia a p

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

7.3.1.4.1 Deliberação negativa: efeitos

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

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

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

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

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

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

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

7.3.1.4.2 Deliberação positiva: efeitos

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

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

7.3.2.2.1)¹⁰⁴. Ne
pedimento legal
vinculativos da

7.3.1.4.2.

O impedim
vado o ajuizam
legal do admini
ção assemblear
mente da própi
social¹⁰⁷. Rigor

104 Se, findo o pr
trador algum
beração posit
prevalente é
ação declarat
432). Outra
§ 46, n. 15, p

105 FRAN MART
poderes se d
lidade civil.
mento resul
Lei de Socie

106 Cf.: "Comp
ponsabilida
cando impe
2º)" (TJDF
25-2-2002)

107 Sobre o po
acontece n
ut singuli é
promoção
(Inexistên
trador nac
nistas em
que decid
ação; ante
da ação, j
estudo, N
medida q
mesma a
76). É po
aqueles c
administ

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

7.3.1.4.2.1 Impedimento e substituição do administrador

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

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

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

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

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

não comporta modelagem por parte da assembleia geral, que não tem competência para optar pela permanência no cargo do administrador contra o qual atende, outrossim, a razões de ordem prática, assegurando que as providências necessárias ao ajuizamento da ação sejam cumpridas por aqueles que permanecerem no cargo¹⁰⁸ – e que, sem dúvida, poderão responder civilmente, eles próprios, se não atuarem de forma diligente, no sentido de promover a ação (LSA, art. 153; e CC, art. 195).

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

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

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

natureza legal"¹¹⁰
por colocar em e
do afastamento
que a própria c
responsável pel
não existe, poré
tenção do víncu
uma minoria qu
tuação, não hav

Impedime
trador ou admi
pedidos" (LSA
tradores contra
conseqüência,
cando aqueles
mesmo porque
se essa especifi
questão essa a

Substitu
todos os titula
princípio "sim
no parágrafo a
dos pela delil
substituídos,
ção, no entan
automática d

110 NELSON EIZIRIK
111 J. C. SAMPAIO
112 É preciso b
trador deca
O adminis
(*ad nutum*
(efeito), m
que, se tal
caso seja a
próprio po
tores pod
os condu
ou formu
CETO ALI

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Substituição
da propositura
nuar a exercer a
te¹¹⁶. Assim ser
à eleição de novo
suplente poder
tutos previrem
vo”¹¹⁷, não hav
tar que a Lei c
do impedido e
cionalidade da
se sobre se er
estando impe
ou se deseja e
fica da dispos

Impedi
ra da ação so
do. O acioni
contra o qua
substituído
impedido de
de, participo
problema ai

116 Cf.: NELS

117 NELSON

118 A Lei da

Os dout

to”, para

cância”,

etc.) (so

nimas, l

suplente

do-se ac

na-se ai

os quai

sendo c

tempor

deman

119 No en

função

te o ex

v.u., j.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

importaria, c
vontade da r
missão do vo
ção de voto;
mas em rela
pender de a
S/A. Exceçã
go de admir
pode até me
ses, e pode,
destituição,
ção essa, co
de suas cor
ação social.

Proib
pedido (e,
ção sobre a
eleição de
para exerc
ou em algu
requisitos
§ 1º, da Le
ção da co
crime fali
tra a econ
vede, ainc
essas situ

ao vot
Como
quand
ção, d
dade;
outro
por si
teress
intere
idênt
co. Ir
SINEC
3, t. 1

124 Cf.: (

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

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

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

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

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

7.3.1.4.2.2 Vinculação (subjéctiva e objectiva) da deliberação

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

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

que, indiretamente, os danos causados à sociedade 'pelos atos incriminados' atingem aos acionistas, além de que a experiência mostra que o espírito de solidariedade entre os administradores leva-os muitas vezes a não acionar alguns de seus membros, não obstante a autorização assemblear"¹²⁸.

Vinculação objetiva. A deliberação assemblear autoriza a companhia a propor a ação social contra os administradores designados, mas não delimita objetivamente a pretensão a ser exercida em juízo. A assembleia geral não necessita e, a rigor, nem tem condições de descrever todos os fatos pelos quais pretende responsabilizar judicialmente os administradores; basta que haja a autorização de processar. Seria absurdo que os limites da ação viessem a ser de antemão circunscritos pelo conteúdo da deliberação assemblear, certo de que, em muitos casos, a exata delimitação dos atos ilícitos, dos danos e de sua extensão resulta de averiguações que antecedem a propositura da ação. Se por acaso for feita alguma referência expressa a atos da administração na deliberação, a pretensão não fica a eles adstrita. Assiste total razão a LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, ao destacar que, "em nenhum momento, a lei dá qualquer importância ao mérito da decisão assemblear quanto aos fatos"¹²⁹, pois "será na inicial que o autor legitimado – seja ele a sociedade autorizada pela assembleia, seja qualquer acionista também por ela ancilarmente autorizado, seja ainda uma minoria habilitada por força de lei, em face da deliberação contrária da assembleia – irá exprimir a sua pretensão, demarcando as fronteiras da *res in iudicium deducta*, sem obviamente ter que se restringir aos fatos levados à apreciação da assembleia, em que houve a referida deliberação"¹³⁰. Acrescenta, ainda, o Professor Titular de Direito Comercial da Universidade de São Paulo, que a descrição fática porventura contida na deliberação assemblear não exerce qualquer influência na definição da legitimidade ativa, da companhia ou do acionista: "Nem se diga que a legitimidade para agir contra os administradores apenas ocorre para apreciar os atos expressamente levados ao conhecimento da assembleia, que, à vista deles, deliberou contrária ou favoravelmente à propositura da ação. Em primeiro lugar, cumpre lembrar que a *legitimatío ad causam* diz respeito à titularidade da ação; é a pertinência subjetiva da ação; e, na hipótese, essa se dá simplesmente quando, provocada, a assembleia autoriza ou nega a propositura da ação. É apenas isso o que *expressamente* exige o art. 159

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

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

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

da lei do an
legitimidade
ao conhecim
nas mãos de
furtar de re
exercícios v
cluindo, o e
que atenta
tar que, na
bléia geral
Itália, MAS
cífica de to
blear, nem
cial¹³³. De
do Tribun
outrossim
a existênc
condenaçã
Indo além
diversos
merece se
tensão e,
não se de
ção, pois
proferido

131 LUIZ G
1, p. 4

132 LUIZ G
1, p. 4
res. I

133 MASS
ção e
aos a
em r
socie

134 MAS
nota

135 Cf.:
p. 19

136 Em
afim

da lei do anonimato. Em segundo lugar, seria uma restrição odiosa que essa legitimidade se instaurasse apenas e tão-somente em relação aos fatos levados ao conhecimento da assembléia. A se admitir essa idéia, estaríamos colocando nas mãos de administradores pouco escrupulosos uma poderosa arma para se furta de responsabilidade, pois as demonstrações financeiras e as contas dos exercícios via de regra não apontam fatos; limitam-se a registrá-los¹³¹. E, concludindo, o emérito comercialista causticamente verbera: "É um despropósito, que atenta contra os mais comezinhos princípios de direito processual, sustentar que, na ação social, o autor já encontra previamente demarcado pela assembléia geral o perímetro do objeto da demanda, que pretende propor"¹³². Na Itália, MASSIMO FRANZONI explica que igualmente não se exige a menção específica de todos os ilícitos imputáveis ao administrador, na deliberação assemblear, nem a eles devem-se ater os indivíduos que forem promover a ação social¹³³. De conformidade com essa orientação, cita MASSIMO FRANZONI decisão do Tribunal de Milão de 9 de novembro de 1987, em cuja motivação se afirma, outrossim, que "da deliberação assemblear não é preciso nem mesmo se inferir a existência de um dano para a sociedade, esse sendo um pressuposto para a condenação do administrador, mas não uma condição para propor a ação"¹³⁴. Indo além, FRANCO BONELLI registra que a ação pode ser fundada até em fatos diversos daqueles considerados na deliberação assemblear¹³⁵. Uma ressalva merece ser feita aqui: a deliberação assemblear não delimita o conteúdo da pretensão e, portanto, não precisa apresentar narração fática exaustiva; mas daí não se deve concluir que a deliberação possa prescindir de qualquer motivação, pois, sem ela, não haveria como controlar o próprio conteúdo dos votos proferidos pelos acionistas¹³⁶. Vale dizer, é necessário que, na deliberação, seja

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

reside no País e
processo ou reti
ção de sentença
mais um exemp
dos para respor
ticonsorte just
de realizados o
tes para obter a
viduação dos a
paratórias da p
um administra
que, no futuro
do a prestar co
cia (LSA, art
como se vê, nã
nhuma mácul
mento, aliás, e

imputáveis
pectivos pó
der pelos da
causaram o
pode respor
B não pode
diante. Nes
em matéria
se duas ou
ber se cada
consórcio, e
ções referi
pelos mes
cada qual,

139 Na Itália,
diligência
dos velho
de Preite,
do sócio e
ter agido
limitar o
ções cont
nota 208
mament
a relativa
cluir exp

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

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

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

não a compa
da deliberaç
da propositu
possa ele di
ainda que se
ferido na de
panhia tenh
nistrador fo
processual,
blear aditiv
zando que t
a ação socia
vância ao p
to e substit
genérica (se
berar propo
selho de ad
clusão a ser
ção subjekti

141 Em sent
são): “A
delibera
tenha co
nela não
falece à
esses e c
u., j. 24
feita ha
deverá s
rar não
res que
nistrado
serão es
final, ir
ma asse
sobre a
zados e
tros no
escolhe
assembl
especif
devian
juízo,