

não a companhia). Ademais, se nesse caso não houver vinculação ao conteúdo da deliberação, como seria possível controlar a iniciativa do acionista quando da propositura de ação *ut singuli*, em qualquer de suas modalidades, e obstar possa ele dirigi-la contra quem bem entender? Entendemos, em suma, que, ainda que seja viável incluir no pólo passivo da ação qualquer terceiro não referido na deliberação, não o é a inclusão de administrador contra o qual a companhia tenha deixado de se reportar no ato colegial. E se, ainda assim, o administrador for incluído? O juiz deverá proceder à redução subjetiva da relação processual, excluindo-o da lide. Salvo, é claro, se houver deliberação assemblear aditiva (por sugestão de acionista ou da própria administração) autorizando que também contra o administrador, preterido na anterior deliberação, a ação social venha a ser proposta. De rigor, em semelhante hipótese, a observância ao procedimento referido no art. 159, § 2º, da Lei das S/A (impedimento e substituição). (4) *Ação social proposta com base em deliberação assemblear genérica (sem designação nominal de administrador)*: Se a assembleia geral deliberar propor a ação contra os administradores (diretores ou membros do conselho de administração), sem designar nominalmente os seus titulares, a conclusão a ser extraída não é a de que a ação social seria inviável por indeterminação subjetiva (como assim foi decidido pelo TJRJ<sup>141</sup>), mas, pelo contrário, o

---

141 Em sentido contrário (entendendo que a deliberação circunscreve subjetivamente a pretensão): "A ação para responsabilizar os diretores da sociedade anônima há de ser proposta após a deliberação da Assembleia Geral onde resolva aquele órgão sua propositura contra aqueles que tenha como causadores de dano ao patrimônio social. Se a resolução da Assembleia é genérica, nela não se apontando especificada e designadamente os diretores a serem responsabilizados, falece à diretoria legitimação para, fazendo por ato próprio a indicação, ajuizar a ação contra esses e dela excluir outros" (TJRJ, AI s/n, 8ª CC, Rel. Des. FERNANDO CELSO GUIMARÃES, v. u., j. 24-8-1993, RJTJRJ 20/269), constando do voto do Relator: "Por isso mesmo e em perfeita harmonia com o *caput*, o § 2º alude ao administrador ou administradores contra os quais deverá ser proposta a ação, deixando extreme de dúvida que a assembleia geral deverá deliberar não só quanto ao ajuizamento da ação, como também decidir sobre quais os administradores que deverão ser acionados. É só ler e reler a primeira parte do § 2º: o administrador ou administradores contra os quais deve ser proposta a ação. Vale dizer, a assembleia geral indicará quais serão esses administradores. De notar-se para robustecer essa interpretação que o parágrafo, no final, impõe imediato impedimento dos administradores apontados e a sua substituição na mesma assembleia. Desenganadamente, pois, a assembleia geral a quem cabe autorizar ou deliberar sobre a propositura da ação deve: a) apontar o diretor ou diretores que devam ser responsabilizados e, conseqüentemente, acionados; b) declará-los impedidos; c) ato contínuo escolher outros nomes para substituir os impedidos. Daí resulta que não cabe à administração posterior escolher aqueles diretores que devam ser responsabilizados, senão fazer cumprir a deliberação assemblear, acionando aqueles nominalmente designados para responder. Se não há deliberação específica a respeito, se a assembleia geral omitiu-se em deliberar sobre qual ou quais diretores deviam responder e, pois, ser acionados, então falta à companhia legitimidade para agir em juízo, pois a escolha do réu ou réus não pode ser deixada ao alvedrio de outros diretores".

que se há de entender é que a assembléia autorizou a propositura de ação contra todos os administradores, sem exceções; portanto, o autor da ação poderá agir contra um, algum ou todos os administradores, atendidas as regras especificadas na hipótese (1) *supra*. Ainda nessa hipótese de deliberação genérica, também é de rigor entender que houve impedimento (a impor a substituição) de todos os administradores, sem distinção. Em suma: a ação social pode ser proposta contra os administradores nominalmente designados na deliberação ou contra todos eles, se não houve especificação; pode o autor da ação social deixar de fora um ou alguns dos administradores, desde que os preteridos sejam litisconsortes passivos facultativos (co-devedor) e os que forem incluídos no pólo passivo tenham legitimidade para responder isoladamente pelos atos increpados; e, por fim, pode-se livremente incluir terceiro co-responsável. O que não é possível é dirigir a ação social contra administrador contra o qual não tenha havido a prévia deliberação assemblear, apesar de, nesse caso, em se verificando posteriormente pelos resultados das diligências preparatórias que o preterido é igualmente responsável pelos atos, nada impeça que a assembléia volte a se reunir e decida, em outro conclave, por processá-lo. Qualquer que seja a construção, porém, é claro que os riscos de desmandos e abusos sempre existirão, mas, a contrabalançá-los, há as regras de responsabilidade dos novos administradores pela própria escolha e, ademais, há ainda a responsabilidade do acionista controlador, porventura responsável indireto pela decisão tomada pelos novos administradores. O que não é possível é construir soluções tirando a patologia de seu nicho próprio: de exceção, e não de regra.

#### 7.3.1.4.3 Protração: recusa à deliberação ou deliberação declinatória

*Adiamento da deliberação: apuração dos fatos.* Em vez de aprovar ou rejeitar a proposta de promoção de ação social contra o administrador, poderão os acionistas deliberar relegar a apreciação da proposta para subsequente assembléia geral a ser convocada. Essa deliberação não tem em si conteúdo negativo, pois representa efetiva recusa à deliberação (deliberação declinatória); *deliberar não deliberar* não significa rejeitar a proposta submetida à análise da assembléia geral<sup>142</sup>, mas somente que ela não foi apreciada. Não raras vezes, os acionistas podem entender que o assunto não se encontra devidamente esclarecido e, antes de tomar uma decisão açodada sobre assunto tão importante, optar por contratar empresa de auditoria, para realizar as averiguações prévias e emitir parecer, providência essa teoricamente legítima. Se a assembléia assim

142 A deliberação declinatória ou recusa à deliberação não constitui deliberação negativa (rejeição de proposta). WALDIRIO BULGARELLI, em parecer, apreciou a questão consistente em saber se "deliberação não deliberar é deliberar" (cf.: *Deliberar não deliberar é deliberar?* In: *Questões de direito societário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, pp. 83-93, e *Regime jurídico da proteção às minorias nas S/A*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, pp. 357-373).

decidir en  
pedidos de  
for deliber  
as suspeit

Adi

da propo  
te provid  
interess  
aprovaçã  
substitui  
constitui  
tradores  
médio u  
Num ca  
ral dos a  
voravel  
relegar a  
decidira  
a alegaç  
mentar  
plicita  
process  
NELSON

143 Cf.

144 Ess  
con  
que  
ma

145 Cf.  
aci  
15  
va  
qu  
os  
ve  
19

146 C  
R  
n  
n  
li

decidir encaminhar o tema, no entretanto os administradores não estarão impedidos de continuar no exercício dos cargos, salvo, é claro, se preventivamente for deliberado pelos acionistas o afastamento daqueles sobre os quais recaem as suspeitas<sup>143</sup>.

*Adiamento da deliberação: abuso do controlador.* O adiamento da análise da proposta de responsabilização dos administradores constitui teoricamente providência legítima. Mas poderá, também, encobrir o abuso da maioria interessada em impedir a responsabilização dos administradores, pois, sem a aprovação ou rejeição da proposta, nem a companhia nem os acionistas, como substitutos processuais, poderão agir. A recusa à deliberação, nesse sentido, constitui a fórmula perfeita para a perpetuação da impunidade dos administradores pela maioria obstrucionista<sup>144</sup>. Pois bem: nesse caso, qual seria o remédio utilizável pela minoria, prejudicada pelos desmandos da maioria? Num caso concreto, à vista de semelhante situação, em que a assembléia geral dos acionistas em sucessivas ocasiões não decidiu nem contrária nem favoravelmente à propositura da ação social, limitando-se sucessivamente a relegar a apreciação da matéria para subseqüentes conclaves, os minoritários decidiram propor imediatamente a ação social e, ao serem confrontados com a alegação de que a matéria não haveria sido deliberada em assembléia, argumentaram que, na essência, os sucessivos adiamentos constituiriam uma implícita deliberação negativa, a legitimar pudessem atuar como substitutos processuais. Por maioria de votos, o TJRS acolheu a tese<sup>145</sup>, aplaudida por NELSON EIZIRIK<sup>146</sup>. Conquanto no caso concreto a solução pudesse até se revelar

---

143 Cf.: FÁBIO ULHOA COELHO, *A natureza subjetiva...*, cit., p. 24.

144 Esse é um caso evidente de obstrucionismo nas sociedades anônimas. Por isso, não se pode concordar com WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, quando, de forma pouco realista, afirmava que "o obstrucionismo não constitui aspecto relevante no que diz respeito às sociedades anônimas" (*Direito processual societário*, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 1989, n. 2.1.1.2, p. 183).

145 Cf.: "A ação de responsabilidade civil dos administradores, que cabe à companhia, passa aos acionistas que detenham 5% do capital se a assembléia geral delibera pela sua não promoção (art. 159, § 4º, da LSA). Compreendem-se como negativa da assembléia geral as deliberações evasivas, manifestamente protelatórias, certo que a maioria não pretende permitir em concreto qualquer responsabilidade, nem eventual instauração de procedimento judicial, nenhum (*sic*) seriam os direitos essenciais dos sócios e os da minoria, se não podem cuidar sequer de apurar fatos graves apontados" (TJRS, AI 31.353, 4º CC, Rel. Juiz MILTON DOS SANTOS MARTINS, m.v., j. 8-11-1978, JB 64/236). O prolator do voto vencido entendeu indispensável a negativa expressa.

146 Cf.: NELSON EIZIRIK, *Responsabilidade civil e administrativa do diretor de companhia aberta*, RDM 56/56. Indo além, MODESTO CARVALHOSA sustenta que a deliberação seria dispensável no caso de recusa em apreciar a matéria ou, inclusive, na hipótese de não-inclusão da matéria na ordem do dia. Afirma, por isso, que a ação *ut singuli* "pode ter como pressuposto a não deliberação da assembléia sobre tal proposta, ou seja, a recusa da assembléia de deliberar a respeito



que continua perfeitamente aplicável à lei atual, “no direito brasileiro deve-se negar, já à vista do art. 78 do DL n. 2.627 e do seu parágrafo único, serem lícitas cláusulas estatutárias que visem limitar a responsabilidade dos diretores ou ditar prazos de decadência ou encurtar os prazos de prescrição quanto ao exercício da ação por parte da sociedade ou do acionista ou subordinar a ação do acionista – no exercício da ação social – à prévia deliberação da assembleia ou a uma prévia comunicação a esta (‘clause prohibitive’ e ‘clause d’avis’, consoante a jurisprudência francesa), embora a cláusula respeite apenas à hipótese em que o ilícito dos diretores não constituir crime”<sup>149</sup>. O art. 78 e seu parágrafo único, do Decreto-lei n. 2.627/40, correspondem ao art. 109 e seu § 2º, da vigente Lei das S/A. A leitura do art. 159, *caput* e respectivos parágrafos, da lei vigente é por si só suficiente para destacar o caráter imperativo de seus comandos, a tornar inválida qualquer disposição estatutária que tenha por objetivo impedir ou condicionar a efetivação da responsabilidade do administrador. Assim o é também noutros países<sup>150</sup>. Portanto, não é possível majorar o quórum de deliberação (como visto no subitem 7.3.1.2.1) nem inserir qualquer espécie de limitação estatutária à efetivação da responsabilidade civil do administrador<sup>151</sup>.

*Ilegalidade do pacto de não-promoção da ação de responsabilidade civil contra antigo administrador.* São nulos de pleno direito, por infringirem lei imperativa e por estarem viciados por conflito de interesses, os pactos pelos quais os adquirentes de ações ou os atuais acionistas se comprometem a não propor

149 TULLIO ASCARELLI, Responsabilidade dos diretores para com terceiros. In: *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, cit., nota 8, p. 523.

150 Há regras expressas declarando a invalidade das restrições estatutárias: (i) no art. 74º, n. 1º do CSC de Portugal (cf.: NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anônima*, cit., n. 6.2.4.1, p. 95); e (ii) no art. L. 225-253 do CCom fr. (cf.: GEORGES RIPERT e RENÉ ROBLOT, *Traité de droit commercial*, cit., t. 1, n. 1.376, p. 1.052; MAURICE COZIAN e ALAIN VIANDIER, *Droit des sociétés*, cit., n. 361, p. 166; JOSEPH HAMEL, GASTON LAGARDE e ALFRED JAUFFRET, *Droit commercial*, cit., t. 1, v. 1, n. 664, p. 412; YVES GUYON, *Droit des affaires*, cit., n. 462, p. 505; e PAUL LE CANNU, *Droit des sociétés*, cit., n. 480, p. 286). Na Alemanha, quando admitido o exercício da *actio pro socio* (fora do direito acionário, advirta-se, desde já), entende-se também que “os sócios que representarem a maioria do capital não podem impedir por meio de uma decisão majoritária o exercício da *actio pro socio*” (KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl. Köln: Carl Heymanns, 2002, § 21, IV, p. 638; trad. livre do Autor). No mesmo sentido: ADOLF BAUMBACH e ALFRED HUECK, *GmbH-Gesetz*, 16. Aufl. München: C. H. Beck, 1996, § 13, IV, n. 33, p. 187.

151 Na proposta de 5ª Diretiva do Conselho das Comunidades Europeias a matéria está a receber o mesmo tratamento, seja em relação ao quórum (art. 15, 2), seja no tocante à inadmissibilidade de condicionamentos (art. 17) (vide: ANTÔNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito europeu das sociedades*, cit., p. 689).

ação de responsabilidade civil contra antigos administradores<sup>152</sup>. Embora essas estipulações possam amiúde aparecer em contratos de compra e venda de ações e, sobretudo, de ações de controle, são, porém, inválidas.

### 7.3.3 Espécies de ações sociais de responsabilidade

*Ações sociais reguladas na Lei das S/A.* A vigente Lei das S/A faz referência a três modalidades distintas de exercício da ação social: (1) a ação social *ut universi* (LSA, art. 159, *caput*); (2) a ação social *ut singuli* substitutiva ou por substituição processual derivada, que poderá ser proposta por qualquer acionista, em nome próprio, quando a companhia deixar de fazê-lo dentro do prazo de 3 (três) meses contados da deliberação assemblear que a aprovar (LSA, art. 159, § 3º); e (3) a ação social *ut singuli* derivada ou por substituição processual originária, movida por acionista ou grupo de acionistas titular de ações representativas de pelo menos 5% (cinco por cento) do capital social, na hipótese em que a assembléia geral deliberar não promovê-la (LSA, art. 159, § 4º). Além delas, a Lei de Recuperação de Empresas e Falência (Lei n. 11.101/2005) ainda contempla (4) a ação social falimentar (LRF, art. 82). Não existe, no direito brasileiro, previsão para o exercício de ação social sub-rogatória por credores. Nos itens seguintes analisar-se-á cada uma delas, mas vale, desde já, registrar que, em todas as hipóteses, a pretensão exercitável será sempre a mesma<sup>153</sup>: o que pode variar é a parte ativa processual e as condições para a legitimação do autor. Portanto, em todas elas: (a) a propositura de ação social dependerá da existência de prévia deliberação assemblear; (b) o prazo prescricional para o exercício da pretensão será sempre o mesmo; (c) o montante da condenação reverterá sempre a favor da sociedade, ainda quando proposta por substituto processual; e (d) o foro competente será sempre o mesmo – exceção feita à ação social falimentar, para a qual prevalecem regras diversas (não é

152 Cf.: FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...*, cit., p. 198 (com indicação jurisprudencial).

153 A observação é de LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES: “Seja a ação social promovida *uti universi* ou *uti singuli*, ou seja, ainda a ação social *uti singuli* proposta em virtude da inação dos administradores, ou por ação de uma minoria qualificada, trata-se sempre da mesma e idêntica ação social, variando apenas a titularidade da iniciativa processual. Pois uma ação é idêntica a outra, conforme dispõe o Código de Processo Civil, quando tem as mesmas partes, a mesma causa de pedir e o mesmo pedido (art. 301, § 2º). Ora, é o que ocorre na espécie. A *causa petendi* é a mesma: o prejuízo causado ao patrimônio social por fatos imputáveis aos administradores, subordinados à reparação nas condições previstas no art. 158 da lei do anônimato. Aí se configuram o fato e o fundamento do pedido (CPC, art. 282, III). Idêntico é também o *petitum*: a indenização respectiva, devida sempre à companhia (CPC, art. 282, IV)” (A prévia deliberação assemblear... In: *Pareceres*, cit., v. 1, pp. 463-464.). Na realidade, trata-se em tese da mesma pretensão.

necessária a p  
tente é o pró

Origem

pectivamente  
por substitui  
estrangeira,  
Corte de Ap  
que as teriar  
tação<sup>154</sup>. Co  
industrial e  
contraram  
derivadas (C  
te-american  
“Dodge v.

#### 7.3.3.1 A

Visã  
sociedade,  
em seu pa  
social *ut u  
nhia é ven  
recompos  
venha a p  
represent  
colher pe  
social *ut  
ção da mi**

154 Cf.: P.  
58; e C

155 DODG  
porati  
Inexis

156 Sobre  
ed., M  
e La  
ranza  
amm  
mere  
ta e d  
9.2, p

necessária a prévia deliberação, o prazo prescricional é diverso e o foro competente é o próprio do juízo da falência).

*Origem.* Os qualificativos *ut universi* e *ut singuli*, para designarem respectivamente a ação social proposta em nome da sociedade ou do acionista, por substituição processual daquela, são correntes nas doutrinas, nacional e estrangeira, e as suas origens, aparentemente, estariam em duas decisões da Corte de Apelação de Paris, de 20 de janeiro de 1883 e de 6 de maio de 1885, que as teriam empregado pioneiramente e que, depois, ganharam ampla aceitação<sup>154</sup>. Contudo, e não por razões desconectadas do amplo desenvolvimento industrial e capitalista, foi no direito norte-americano que as ações sociais encontraram o seu campo fértil e onde são conhecidas por ações diretas e ações derivadas (*derivative suits*). A ação derivada teria sido admitida no direito norte-americano a partir de uma decisão de 1855 da Suprema Corte, no caso "Dodge v. Woolsey"<sup>155</sup>.

### 7.3.3.1 Ação social "ut universi" (companhia)

*Visão geral.* A ação proposta contra os administradores pela própria sociedade, tendo por fim a reparação de dano diretamente experimentado em seu patrimônio (LSA, art. 159, *caput*), é designada em doutrina por ação social *ut universi*. Salvo nos casos de falência ou em que o controle da companhia é vendido a novo grupo – que, por isso, passa a ter interesse próprio na recomposição do patrimônio social –, não é usual que a própria companhia venha a processar os seus antigos administradores, pois, de certa forma, isso representa um reconhecimento por parte do controlador de que errou ao escolher pessoa inábil ou desonesta para administrar os negócios<sup>156</sup>. A ação social *ut universi* não representa, por isso, um instrumento efetivo de proteção da minoria.

154 Cf.: P. R. TAVARES PAES, *Responsabilidade dos administradores de sociedades*, cit., n. 21, pp. 57-58; e CRISTIANO GRAEFF JR., *Compêndio...*, cit., p. 248.

155 DODGE V. WOOLSEY, 18. How. 331, 15 L.Ed. 401 (1855). Vide: MELVIN ARON EISENBERG, *Corporations and other business organizations: cases and materials*, cit., p. 641; e NELSON EIZIRIK, *Inexistência...* In: *Aspectos modernos...*, cit., p. 70.

156 Sobre o ponto: ALBERTO TOFFOLETTO, *Diritto delle società: manuale breve* (obra coletiva), 2. ed., Milano: Giuffrè, 2005, § 97, p. 227; FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...*, cit., p. 194, e *La responsabilità...*, cit., n. 18, pp. 158-160 (afirmando: "è illusorio pensare que la maggioranza assembleare, che sceglie, nomina e sostiene, quando anche non si identifica con, gli amministratori, possa realmente essere il mezzo attraverso il quale si possano evitare e reprimere gli illeciti degli amministratori e si possa efficacemente assicurare una gestione corretta e diligente"); e BEN PETTET, *Company law*, 2nd ed., Harlow: Pearson Longman, 2005, n. 9.2, p. 162.

### 7.3.3.2 Ação social "ut singuli" (ação social dos sócios)

**Introdução.** Diz-se que a ação social é *ut singuli* (conhecida por ação social dos sócios<sup>157</sup>) quando, em vez de a própria sociedade figurar no pólo ativo da ação, é o acionista ou grupo de acionistas quem, na condição de substituto processual, propõe a ação em nome próprio, buscando a condenação do administrador a recompor o dano experimentado pela própria companhia, a quem reverterem os resultados positivos da ação.

**Substituição processual como remédio contra a inércia.** A ação social *ut singuli* é marcada pela presença do instituto da substituição processual. Trata-se de um poderoso mecanismo para tentar contornar a inércia da administração em promover a ação, quando ela é aceita, ou os conluíus entre os acionistas, para postergá-la<sup>158</sup>. MAURICE COZIAN e ALAIN VIANDIER anotam que "les intéressés sont rarement enclins à tresser la corde qui servira à les pendre; le débat de conscience, s'il existe est facilement tranché en cas de relève des dirigeants sociaux, le successeur n'ayant aucune raison d'épargner son prédécesseur; restent les hypothèses, fréquentes, où les dirigeants sont demeurés en place malgré le préjudice causé à la société. Comment assurer alors la défense du patrimoine social? La réponse est fournie par l'action sociale *ut singuli*, c'est-à-dire l'action sociale intentée par les actionnaires eux-mêmes, (...) pour le compte de la société"<sup>159</sup>. Diz-se, por isso, que a ação social *ut singuli* constitui um "braço vingador da sociedade" (*bras vengeur de la société*)<sup>160</sup>.

**Objeto da ação.** Por meio da ação social *ut singuli*, o acionista não busca unicamente a reparação da quota-parte do prejuízo da sociedade, proporcional à sua participação no capital social; o que se pede, concretamente, é a reparação de todo o prejuízo experimentado pela sociedade<sup>161</sup>. Ao final do processo, os

157 FRAN MARTINS, Prescrição de ação de responsabilidade civil... In: *Novos estudos...*, cit., p. 160.

158 Cf.: ALFREDO LAMY FILHO e JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA, *A Lei das S.A.*, cit., p. 599; JOSÉ EDWALDO TAVARES BORBA, *Direito societário*, 8. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2003, n. 164, p. 426; e TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedade por ações*, cit., v. 2, n. 643, p. 329.

159 MAURICE COZIAN e ALAIN VIANDIER, *Droit des sociétés*, cit., n. 746-747, pp. 249-250. Com semelhante registro: PAUL LE CANNU, *Droit des sociétés*, cit., n. 479-480, pp. 285-286.

160 ESTELLE SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés: droits français et anglais*, Paris: LGDJ, 1998, n. 295, p. 170.

161 O registro tem razão de ser, porquanto, como lembra JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, "no direito francês, anterior à lei de 1966, a jurisprudência se orientava no sentido contrário, ou seja, desautorizando a indenização integral dos prejuízos sofridos pela sociedade, na hipótese de ações sociais promovidas por acionistas contra administradores faltosos, muito embora tais acionistas tivessem requerido a consignação do produto indenizatório à própria sociedade. Na nova lei de 1966, no entanto, explicitou-se que os acionistas estariam habilitados a exigir a

resultados da com  
exclusivamente  
pedido, para ela  
tal como atualme  
encontrar acion  
a custear o proc  
tribunal tem o p  
circunstâncias, s  
Na Alemanha (A  
leiro, não há nac  
nista simplesme  
suas ações...

*Defesas e*  
(réu) pode invoc  
nhia<sup>165</sup> e, de mod  
almente oponív

*Modalida*  
cies distintas de

reparação de to  
Com tal provis  
social exercida  
to no caso do §

162 Cf.: PONTES DE  
SERENS, *Notas*  
LUIZ BULHÕES  
*Responsabilida*

163 Valem, no par  
mos que, nesso  
mo, substanci  
batalha judic  
mão de recurs  
Brasília Juríd

164 A partir do p  
tribunais ingl  
pela sociedad  
boa-fé e que a  
resse da socie  
mas também  
n. 12.6, pp. 2

165 M. NOGUEIRA

resultados da condenação cabem à companhia<sup>162</sup>. Note-se que ela participa exclusivamente do resultado positivo da ação; se o acionista decair em seu pedido, para ela não há qualquer ônus financeiro. As ações sociais *ut singuli*, tal como atualmente concebidas, são, por isso, raras, pois nem sempre é fácil encontrar acionista que, sem mirar qualquer ganho adicional, esteja disposto a custear o processo<sup>163</sup>. Para contornar esse inconveniente, na Inglaterra o tribunal tem o poder de ordenar que os custos do processo sejam, em dadas circunstâncias, suportados pela própria companhia (*Wallersteiner v. Moir*)<sup>164</sup>. Na Alemanha (Ak + G § 147(2)) há remédio análogo. Mas, no direito brasileiro, não há nada semelhante e, por isso, na prática, o mais comum é o acionista simplesmente esquecer o passado e salvaguardar o futuro, vendendo as suas ações...

*Defesas e exceções oponíveis.* Na ação social *ut singuli*, o administrador (réu) pode invocar todas as exceções pessoais que teria contra a própria companhia<sup>165</sup> e, de modo inverso, não pode pretender se prevalecer de defesa eventualmente oponível ao acionista.

*Modalidades.* A Lei das S/A, segundo assinalado, contempla duas espécies distintas de ação social *ut singuli*: a substitutiva (ou por substituição pro-

---

reparação de todo o dano sofrido pela sociedade, beneficiária de toda a indenização (art. 245). Com tal providência, diz BERDAH, o legislador preferiu restaurar a verdadeira função da ação social exercida a título individual. Esse é o sistema da lei brasileira, tanto no caso do § 3º quanto no caso do § 4º do art. 159 da Lei 6.404" (*Responsabilidade...*, cit., p. 83).

162 Cf.: PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, cit., t. 50, § 5.332, p. 409; M. NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anônima*, cit., n. 6.2.4.1., p. 96; ALFREDO LAMY FILHO e JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA, *A Lei das S.A.*, cit., p. 600; e JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, *Responsabilidade...*, cit., p. 82.

163 Valem, no particular, as agudas observações de MAURO RODRIGUES PENTEADO: "Convenhamos que, nesses termos, a tutela é por demais precária por reclamar raro aguerrimento e, mesmo, substancial disponibilidade econômica do acionista prejudicado, para desencadear uma batalha judicial da qual os administradores e o acionista controlador soem participar lançando mão de recursos da própria empresa" (*Dissolução e liquidação de sociedades*, Distrito Federal: Brasília Jurídica, 1995, n. 70, p. 177).

164 A partir do precedente fixado no julgado *Wallersteiner v. Moir* de 1975 [1975] QB 373, os tribunais ingleses passaram a ter o poder de ordenar que os custos do litígio sejam suportados pela sociedade, qualquer que seja a decisão final da causa, contanto que o acionista esteja de boa-fé e que a sua iniciativa em promover individualmente a ação social aparente seja do interesse da sociedade. Essa medida será normalmente pedida pelo acionista ao início do litígio, mas também poderá sê-lo apenas ao final (sobre o ponto, *vide*: BEN PETTET, *Company law*, cit., n. 12.6, pp. 220-221).

165 M. NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anônima*, cit., n. 6.2.4.1, p. 96.

cessual derivada), e derivada (ou por substituição processual originária), reguladas, respectivamente, nos §§ 3º e 4º do art. 159 da Lei das S/A<sup>166</sup>, e a seguir estudadas.

### 7.3.3.2.1 Ação social "ut singuli" (por substituição processual derivada) ou ação social substitutiva

*Introdução.* A primeira hipótese de ação social *ut singuli* é aquela proposta por acionista, depois de escoado o prazo de precedência assegurado à companhia. Na lei acionária anterior, o prazo era de 6 (seis) meses<sup>167</sup>; na vigente, passou a ser de 3 (três) meses. Pretendeu o legislador, com isso, evitar os conluíus da maioria e proteger o acionista de eventual desídia ou complacência dos novos diretores para com os seus antecessores.

*Não se exige quórum mínimo.* A referida ação social *ut singuli* poderá ser proposta por qualquer acionista, sem exigir a lei acionária percentual acionário mínimo, pois, nessa situação, o que sobreleva considerar "não é bem o seu interesse particular, de valor insignificante até, se apenas uma ação possuir, que entra a defender, mas o geral ou coletivo, ou seja, o interesse social"<sup>168</sup>.

*Prazo de precedência: contagem e efeitos de seu decurso.* O prazo de 3 (três) meses fixados no art. 159, § 3º, da Lei das S/A é simples prazo de preferência ou prioridade, e não de prescrição<sup>169</sup> e muito menos de decadência. "O prazo de que se trata", assinalava PONTES DE MIRANDA, "não é preclusivo da

166 ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO entende que apenas a ação social exercitável pelo sócio isoladamente seria verdadeira ação *ut singuli*; a proponível por minorias "e a que, por vezes, se chama também ação *ut singuli*" seria "uma ação social *ut singuli* imprópria" (*Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lisboa: Lex, 1997, § 6, p. 109).

167 Na Argentina também se prevê o mesmo prazo de 3 (três) meses (LSC, art. 277). Em Portugal, o prazo de precedência e de abertura de legitimação extraordinária aos acionistas é de 6 (seis) meses (CSC, art. 75º, n. 1). Na Alemanha, a ação social deve ser proposta em idêntico prazo (AktG, § 147), mas não há previsão da ação *ut singuli*; o remédio é outro. Por fim, na Suíça, o mesmo prazo prevalece para balizar o exercício da ação social após a outorga do quitus (OR, art. 758, 2).

168 WALDEMAR MARTINS FERREIRA, *Compêndio de sociedades mercantis*, 2. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, v. 3, § 78, p. 203.

169 Cf.: "O prazo previsto no art. 159, § 3º, da Lei n. 6.404, de 15-12-1976, não se refere à prescrição do direito de propor a ação, tratando-se de prazo, ou para propositura de ação de responsabilidade contra diretores, por parte da sociedade anônima, ou de legitimação concorrente de acionista, se a ação não for proposta por aquela, no prazo de três meses" (TJSP, Ap. 23.534-4, 8ª Câmara. Dir. Priv., Rel. Des. ANTÓNIO RODRIGUEZ, v.u., j. 18-12-1996). No mesmo sentido, ainda: TARJ, Ap. 9.777/78, 3ª CC, Rel. Juiz SÉRGIO MARIANO, m.v., j. 19-10-1978, JB 64/193.

legitimação at  
ativa de qualo  
efeito não tem  
que, para tant  
Nada obsta q  
dos 3 (três) m  
to poderá tê-  
prazo legal co  
de sua ata<sup>173</sup>  
propositura  
COSTA CARV

170 PONTES DE  
(prazo não  
*Das sociad*  
p. 479; JO  
Janeiro: F  
cit., v. 3, p  
LIMA, Re  
1989, p. 1  
p. 59; SY  
245; TRA  
FABRETE  
Comentá

171 J. C. SAM  
de autor  
cit., v. 3

172 O TJSP  
dência,  
te esse i  
Des. N  
mo e, s  
propos  
sibilidad  
cedênc  
hipóte  
acionis  
mo po  
fraude  
pótese  
mação

173 Cf. (c  
e pub  
2, p.

legitimação ativa da sociedade por ações. É prazo para que nasça a legitimação ativa de qualquer acionista<sup>170</sup>. Por essa razão, o transcurso do trimestre outro que, para tanto, tenham de solicitar qualquer autorização para a companhia<sup>171</sup>. Nada obsta que a própria companhia venha a propor a ação, depois de passados 3 (três) meses (ação social *ut universi*), embora, nessa hipótese, o substituto poderá tê-lo feito anteriormente e, assim, operar-se a litispendência<sup>172</sup>. O prazo legal conta-se a partir da própria assembleia, e não a partir da publicação de sua ata<sup>173</sup> – como ordinariamente ocorre com o prazo decadencial para a propositura de ação anulatória de deliberação. É razoável entender, com GIL COSTA CARVALHO, que, se, em vez de propor a ação social de responsabilidade

170 PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, cit., t. 50, § 5.332, p. 409. No mesmo sentido (prazo não é preclusivo): EGBERTO LACERDA TEIXEIRA e JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, São Paulo: José Bushatsky, 1979, v. 2, § 25, n. 162, p. 479; JOSÉ WALDECY LUCENA, *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*, Rio de Janeiro: Renovar, p. 361; MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, cit., v. 3, p. 376; OSCAR BARRETO FILHO, *Medidas judiciais...*, cit., p. 17; OSMAR BRINA CORRÊA-LIMA, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima*, Rio de Janeiro: Aide, 1989, p. 113; P. R. TAVARES PAES, *Responsabilidade dos administradores de sociedades*, cit., n. 22, p. 59; SYLVIO MARCONDES, *Problemas de direito mercantil*, São Paulo: Max Limonad, 1970, p. 245; TRAJANO DE MIRANDA VALVERDE, *Sociedade por ações*, cit., v. 2, n. 644, p. 330; LUCÍOLA FABRETE LOPES NERILLO, *Responsabilidade civil...*, cit., n. 3.5.1, p. 173; e GIL COSTA CARVALHO, *Comentários à Lei das Sociedades por Ações*, cit., p. 495.

171 J. C. SAMPAIO DE LACERDA era enfático: "A ação proposta pelo acionista, neste caso, independe de autorização da diretoria, do conselho de administração ou da assembleia" (*Comentários...*, cit., v. 3, p. 211).

172 O TJSP entendeu que, proposta a ação social *ut singuli* antes de decorrido o prazo de precedência, deve-se considerar sanado o vício por aplicação da regra do art. 462 do CPC, se, durante esse intervalo, a própria companhia não propôs a ação (cf.: TJSP, Ap. 12.795-1, 5ª CC, Rel. Des. NOGUEIRA GARCEZ, v.u., j. 4-6-1981, *RJTJESP* 74/184). *A contrario sensu*, parece legítimo e, sem dúvida, jurídico, extrair a lógica inferência de que, se a ação social *ut singuli* for proposta antes do prazo de que trata o art. 159, § 3º, da Lei das S/A, continuará intacta a possibilidade de a companhia iniciá-la no período dentro do qual a lei lhe assegurou absoluta precedência; se assim o fizer, a demanda que em juízo haverá de ser extinta, acaso se verifique a hipótese de litispendência (e não de continência ou conexão) será, sempre e sempre, a do afoito acionista, e jamais a da sociedade, mesmo que aquela demanda tenha precedido esta; até mesmo porque, a entender-se de outra forma, estar-se-ia escancarando as portas da Justiça para a fraude processual e transformando a legitimação ativa *ad causam* do acionista – que, nesta hipótese, é inegavelmente extraordinária, concorrente e subsidiária – em incompreensível legitimação extraordinária exclusiva... contra o texto expresso da lei.

173 Cf. (o prazo de precedência conta-se a partir da data da assembleia e não do arquivamento e publicação da respectiva ata): WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, *Comentários...*, cit., v. 2, p. 724.

civil, a companhia ajuizar, ainda dentro do prazo legal, alguma medida cautelar de cunho preparatório, não será possível cogitar da sua inércia e, portanto, também não haverá como admitir a iniciativa substitutiva do acionista<sup>174</sup>.

*Presunção absoluta de que o acionista atua em prol da companhia.* Nesse caso da ação social *ut singuli* (= ação social por substituição processual derivada ou ação social substitutiva), houve uma precedente deliberação assemblear favorável à propositura da medida contra os administradores. A sociedade expressou a sua vontade de fazê-lo, ainda que, por outra razão qualquer, não o tenha feito dentro do prazo fixado na lei acionária. Ainda assim, vige a presunção absoluta de que o acionista, atuando como substituto processual, age verdadeiramente em conformidade com o interesse social: não há dissonância entre a propositura da ação social, de um lado, e o interesse social expresso pela maioria social<sup>175</sup>, de outro.

*Tutela do minoritário?* Pelos mesmos motivos assinalados anteriormente para a ação social *ut universi*, a ação social de que estamos aqui a tratar é *avis rara* em nossos tribunais, já que a deliberação assemblear positiva é algo que dificilmente se detecta na prática societária.

#### 7.3.3.2.2 Ação social "ut singuli" (por substituição processual originária) ou ação social derivada

*Previsão legal.* A segunda hipótese de ação social *ut singuli* no direito acionário brasileiro é a da ação proposta por acionistas que representem pelo menos 5% (cinco por cento) do capital social, quando a assembléia geral delibera não propor ação social em nome da companhia (LSA, art. 159, § 4º)<sup>176</sup>. Essa ação social corresponde à verdadeira ação social minoritária ou ação social derivada de outros países<sup>177</sup>. Cuida-se, aqui sim, de instrumento de tutela do

174 GIL COSTA CARVALHO, *Comentários à Lei das Sociedades por Ações*, cit., p. 496.

175 NELSON EIZIRIK ainda acrescenta que "não há como se cogitar, na hipótese do § 3º do art. 159, de 'strike suit', uma vez que o interesse da companhia em mover a ação é evidente. Na ação judicial da espécie, não há dúvida de que o acionista está atuando, embora em nome próprio, no interesse da companhia. Trata-se, conforme refere a doutrina, de hipótese de legitimação extraordinária, sob a forma de substituição processual, posto que o interesse em jogo é evidentemente o da sociedade, agindo o acionista como parte apenas em sentido formal" (*Inexistência...* In: *Aspectos modernos...*, cit., p. 71).

176 O mesmo percentual de 5% (cinco por cento) é o adotado em Portugal (cf.: M. NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anônima*, cit., n. 6.2.4.1, p. 95).

177 A ação derivada "gets its name from the idea that shareholder's right to sue is derived from the company's right" (BEN PETTET, *Company law*, cit., n. 12.6, p. 220).

acionista minoritário  
pressão pela maioria  
cionalidade na fix

A minoria  
ROS LEÃES, MOD  
a ação social der  
como órgão soci  
damente voltad  
rio), porque a m  
o desinteresse d  
lificação: aceita  
rado órgão secu  
tutiva (LSA, a  
expresso pela  
propor a ação  
forma derivad  
assembléia gen  
da sociedade,  
gânicos na "C  
JOSÉ ALEXAN  
são assemble  
nistas legitim  
na assemblé  
rem a medi  
gãos"<sup>180</sup>. E,

178 OSMAR B  
limitação  
cional un  
question  
cit., p. 1

179 Vide: L  
cit., v.  
LHOSA,  
Lei da  
NELSO  
vil..., c

180 JOSÉ A  
preen  
nistra  
GUER

acionista minoritário, porquanto a minoria age mesmo contra a vontade expressa pela maioria. Apesar de criticável, não se percebe nenhuma inconstitucionalidade na fixação desse percentual<sup>178</sup>.

A minoria não atua como órgão secundário. LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, MODESTO CARVALHOSA e NELSON EIZIRIK afirmam que, ao propor a ação social derivada (LSA, art. 159, § 4º), a minoria institucionalizar-se-ia como órgão social secundário: órgão social, pois a sua atuação seria presumidamente voltada à defesa do interesse social; e órgão secundário (ou subsidiário), porque a minoria agiria somente em segundo lugar, depois de positivado o desinteresse da companhia<sup>179</sup>. Não nos parece precisa, entretanto, essa qualificação: aceitamos que o acionista ou grupo de acionistas possa ser considerado órgão secundário nos casos em que propõe a ação social de forma substitutiva (LSA, art. 159, § 3º), agindo em consonância com o interesse social expresso pela maioria dos acionistas presentes à assembléia geral que decidiu propor a ação. No entanto, na hipótese em que a ação social é proposta de forma derivada, *contra a vontade manifestada pela maioria dos acionistas em assembléia geral*, não há como supor possa a minoria ser propriamente órgão da sociedade, sob pena de ter-se de admitir a existência de conflitos intra-orgânicos na “dislética” manifestação da vontade social. Tem razão, por isso, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO ao bem anotar que, “em caso de decisão assemblear contrária à propositura da ação, o exercício desta, pelos acionistas legitimados, não representa a expressão da vontade social, manifestada na assembléia, razão pela qual não se pode dizer que tais acionistas, ao ajuizarem a medida judicial, o façam representando a sociedade, como seus órgãos”<sup>180</sup>. E, precisamente porque a maioria dos acionistas manifestou-se pre-

---

178 OSMAR BRINA CORRÊA-LIMA aparentemente não está convencido da constitucionalidade dessa limitação, não obstante reconheça que “nos Estados Unidos, a Suprema Corte julgou constitucional uma exigência semelhante da lei das sociedades anônimas do Estado de New Jersey, questionada no caso *Cohen versus Beneficial Industrial Loan Corp*” (*Responsabilidade civil...*, cit., p. 117).

179 Vide: LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, A prévia deliberação assemblear... In: *Pareceres*, cit., v. 1, p. 463, e Ação social derivada... In: *Pareceres*, cit., v. 1, p. 706; MODESTO CARVALHOSA, Responsabilidade civil de administradores e de acionistas controladores perante a Lei das S/A, RT 699/40, e *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, cit., v. 3, p. 381; e NELSON EIZIRIK, Inexistência... In: *Aspectos modernos...*, cit., p. 69, e *Responsabilidade civil...*, cit., p. 56.

180 JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, *Responsabilidade...*, cit., p. 81. Esta posição é algo surpreendente, considerando que o mesmo autor defende a ocorrência de impedimento dos administradores na ação social *ut singuli* por substituição originária (cf. JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, Impedimento de administração em ação social “*ut singuli*”, RDM 46/23-28).

viamente de forma contrária à propositura da ação social, é relativa a presunção de que, na hipótese prevista no art. 159, § 4º, da Lei das S/A, o móvel da atuação da minoria seja a defesa do interesse social<sup>181</sup>, e não a obtenção de vantagens indevidas ou a retaliação.

“*Strike suits*”. Em capítulo próprio da história societária norte-americana, a excessiva facilitação à propositura de ações derivadas pelos sócios (*derivative suits*) trouxe, como consequência indesejada, o abuso e a desvirtuação do instituto, que se transformou em fonte de chantagem. Movidos somente pelo desejo de obter ganhos econômicos pessoais, certos indivíduos, litigantes profissionais (“*impugnatori di professione*”<sup>182</sup>), especializaram-se em detectar falhas cometidas na gestão das companhias para, na seqüência, adquirirem as ações destas mesmas companhias e, com isso, poderem então processar os seus administradores, auferindo, assim, resultados financeiros expressivos por conta de acordos celebrados: na maioria dos casos, as ações do litigante profissional eram revendidas aos administradores ou à própria companhia, por valores bem superiores aos de mercado. As ações derivadas assim propostas tornaram-se conhecidas por *strike suits* (literalmente, ações de combate), e um dos litigantes profissionais mais famosos foi Clarence Verner, que patrocinou rumorosa e vultosa questão contra a “Continental Securities Company”<sup>183</sup>. Depois dele, essa prática prejudicial, característica de abuso da minoria, popularizou-se, e os seus impactos sobre a administração das companhias foram bastante expressivos. Visando coibi-la, por isso, a legislação societária norte-americana passou a impor limites à propositura da ação derivada. “As principais restrições”, segundo explica NELSON EIZIRIK, “são as seguintes: a) o autor da ação deve ser titular dos direitos de acionistas à época em que ocorreram os fatos que ele denuncia judicialmente, ou seja, ele não pode procurar eventuais

181 Bem-vistas as coisas, porém, a própria presunção de que a maioria expressou a vontade social é relativa, por não ser possível excluir a hipótese de conflito de interesses a inquinare a deliberação. “Una maggioranza inquinata dal conflitto di interesse non è una vera maggioranza, ma soltanto un gruppo que ha degradato la votazione a una prova di forza dalla quale è uscito vittorioso” (LUIGI MENGONI, Appunti per una revisione della teoria sul conflitto di interesse nelle deliberazioni di assemblea della società per azioni. In: *Rivista delle Società*, 1956, v. 1, pp. 834 e segs. Apud WALDIRIO BULGARELLI, Fiscalização de companhia. In: *Problemas de direito empresarial moderno*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 185).

182 GASTONE COTTINO, *Diritto commerciale*, cit., v. 1, t. 2, n. 120.2, pp. 434-435.

183 Sobre as *strike suits*, confirmam-se: NELSON EIZIRIK, Inexistência de impedimento do administrador na ação social “*ut singuli*”. In: *Aspectos modernos de direito societário*, Rio de Janeiro: Renovar, 1992, pp. 70-71; MODESTO CARVALHOSA, *Responsabilidade civil...*, cit., p. 40, e *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, cit., v. 3, p. 379; e LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, Ação social derivada... In: *Pareceres*, cit., v. 1, p. 714.

ilegalidades  
o acionista d  
bito da com  
caução, gar  
em várias le  
ria: ou trans  
nosso país)  
fatos lesivo  
prestação d  
teve apena  
lado posit  
dores, tem  
vada por a  
gente e au

“Str  
ação socia  
acionista  
nos 5% (c  
companh  
iniciativa  
atos lesiv  
dicatum s

184 NELSON  
MODE

185 Vide,  
15.5,  
tions:  
dade  
“Wh  
pany  
law, c  
te est  
do, o  
Butte

186 O res

187 Em s  
prop  
(LSA  
ao p  
exig  
para

ilegalidades na atuação dos administradores para depois comprar as ações; b) o acionista deve esgotar todas as possibilidades de reparação dos danos no âmbito da companhia antes de ingressar em juízo; e c) o acionista deve prestar caução, garantindo o pagamento das custas processuais”<sup>184</sup>. Presentemente, em várias legislações estrangeiras são previstas restrições à iniciativa minoritária: *ou* transformando a ação derivada em direito de minoria (como ocorre em nosso país); *ou* exigindo a propriedade contemporânea das ações à época dos fatos lesivos ou da assembléia geral que aprecie tais fatos *ou*, ainda, exigindo a prestação de caução<sup>185</sup>. Como quer que seja, o fenômeno das *strike suits* não teve apenas a dimensão negativa que se costuma colocar em evidência; o seu lado positivo foi o de ter, de forma pragmática, estimulado muitos administradores, temerosos de incorrer em uma responsabilidade que pudesse ser efetivada por acionistas minoritários, a realizarem uma administração correta, diligente e ausente de conflito de interesses<sup>186</sup>.

“*Strike suits*” e o direito brasileiro. No direito acionário brasileiro, a ação social derivada constitui verdadeiro direito de minoria, exercitável por acionista ou grupo de acionistas que reúna ações representativas de pelo menos 5% (cinco por cento) do capital social (ou o percentual inferior que, nas companhias abertas, a CVM fixar por escala). A Lei das S/A não inibiu a iniciativa daqueles que tenham adquirido as suas ações após a prática dos atos lesivos<sup>187</sup> nem deu ao juiz poderes para impor a prestação de caução *judicatum solvi* fora dos casos previstos em lei. Portanto, ainda que entre nós o

---

184 NELSON EIZIRIK, *Inexistência...* In: *Aspectos modernos...*, cit., pp. 70-71. No mesmo sentido: MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*, cit., v. 3, pp. 377-379.

185 *Vide*, no direito norte-americano: ROBERT CHARLES CLARK, *Corporate Law*, cit., §§ 15.2-15.5, pp. 640-655; e MELVIN ARON EISENBERG, *Corporations and other business organizations: cases and materials*, cit., pp. 657-667. No direito inglês, porém, o requisito da propriedade contemporânea das ações não é exigido para a propositura de ações pelos acionistas. “What this means” (explica BEN PETTET – “is that a shareholder can buy shares in a company after a non-ratifiable breach of duty has occurred, and the seek to litigate it” (*Company law*, cit., n. 12.5, p. 218). No entanto, segundo lembra ROBERT R. PENNINGTON, se o alienante estava impedido de propor a ação derivada por ter prestado aquiescência ao ato questionado, o adquirente também não poderá exercê-la (*Pennington's company law*, 7th ed., London: Butterworths, 1995, p. 869).

186 O registro aparece em FRANCO BONELLI (*Gli amministratori...*, cit., nota 274, p. 203).

187 Em situação análoga e para evitar abusos (da indústria do recesso), o legislador pátrio exigiu a propriedade contemporânea das ações como condição para o exercício do direito de recesso (LSA, art. 137, § 1º): o intuito foi evitar que, comprando as ações no mercado por valor inferior ao patrimonial, pudesse ao depois retirar-se da sociedade com lucro nessa operação. A mesma exigência é prevista para o exercício do direito de eleição de administrador por votação em separado (LSA, art. 141, § 6º).

instituto possa ser utilizado como *strike suit*, não vemos como admitir em nosso país que uma ação social derivada possa ter o seu processamento observado ou ficar condicionado à prestação de cônica caução, diante do fato de o juiz entender que o seu autor não está sendo impelido pela defesa do interesse da companhia, mas por interesse próprio. Semelhante análise não tem espaço no direito brasileiro, inclusive porque o autor da ação não pode transigir sobre direitos que não lhe tocam. Em termos empíricos, aliás, a realidade do foro demonstra que o principal problema das ações sociais de responsabilidade civil não está no seu exercício abusivo, mas, simplesmente, na completa falta de exercício.

#### 7.3.3.2.1 Inexistência de impedimento

A ação social derivada: o administrador ficaria impedido “*opes actionis*”? A Lei das S/A prevê o impedimento do administrador contra o qual a assembleia geral tenha aprovado a propositura de ação de responsabilidade civil (LSA, art. 159, § 2º). Teria esse mesmo efeito o simples ajuizamento de ação social derivada (LSA, art. 159, § 4º), por acionista ou grupo de acionistas que represente pelo menos 5% (cinco por cento) do capital social? Em estudo provocante, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO analisou especificadamente essa questão e respondeu-a afirmativamente, concluindo que a simples propositura da ação derivada tornaria o réu impedido de continuar a exercer o seu cargo de administrador e, com isso, imporá à assembleia geral proceder a sua substituição. A essas conclusões chegou o renomado comercialista, após decompor e comparar os elementos da demanda (partes, pedido e causa de pedir) da ação social *ut universi* e da ação social derivada, constatando que, em ambas as hipóteses, estar-se-ia teoricamente perante uma mesma demanda (já que, na ação social derivada, embora o acionista seja parte em sentido processual, é a própria companhia quem continua a ser parte da relação jurídica material) e essa identidade de demandas imporá a aplicação analógica da regra de impedimento: “demonstrada a identidade substancial entre a ação social de responsabilidade, ajuizada por acionistas *ut singuli*, e a ação social que compete diretamente à companhia, não há como recusar ao primeiro caso a aplicação do disposto no § 2º, do art. 159, que prevê o impedimento dos administradores réus desta última demanda. Trata-se, tão-somente, de proceder à *analogia legis*, para integrar a omissão que, a respeito, se observa no § 4º do mesmo artigo, uma vez que subjaz a uma e outra norma a mesma *ratio*”<sup>188</sup>. E ainda acrescentou: “Em ambos os casos, o conflito de interesse se instaura entre a companhia e o administrador-réu, o que impõe, em qualquer hipótese, o afastamento deste último, até que a demanda chegue ao

188 JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, *Impedimento...*, cit., pp. 23-26.

fim”<sup>189</sup>. Curva  
e RACHEL SZT  
cial derivada  
uma, quer qu  
chamando a  
voluntário d  
em caso de re  
autoridade d  
razões a segu

Refuta  
social deriva  
da companh  
cial derivada  
exato que o i  
da ação socia  
da deliberaç  
positiva)<sup>192</sup>.  
verão ser su  
mento do aj  
diferente, v  
deverão dil  
esse imped  
geral delibe  
pria compa

189 JOSÉ ALE  
observou  
social de  
represen  
pode diz  
dade, co

190 VERA H  
4.4.2, p

191 Nesse s  
exercer  
Impedi  
tência.  
cit., p. 2

192 Ou seja  
ser o ac  
EIZIRIK

193 Cf.: N

fim”<sup>189</sup>. Curvando-se a esse entendimento, VERA HELENA DE MELLO FRANCO e RACHEL SZTAJN, em recente obra, sustentam que a propositura de ação social derivada importaria no impedimento dos réus, “eis que a ação social é uma, quer quando exercida pela companhia, quer quando pelo acionista”, e, chamando a atenção para a dificuldade prática de conseguir o afastamento voluntário do administrador (supostamente) impedido, ainda indicam que, em caso de resistência, “a única via que resta é a judicial”<sup>190</sup>. Sem embargo da autoridade dos citados estudiosos, não podemos aderir a essa exegese, pelas razões a seguir expostas.

*Refutação da tese do impedimento “opes actionis”*. A propositura da ação social derivada não torna o réu impedido de exercer a função de administrador da companhia<sup>191</sup>. Pois, se é fato que, entre a ação social *ut universi* e a ação social derivada, existe (ou pode existir) identidade de demandas, não é menos exato que o impedimento do administrador não constitui efeito da propositura da ação social pela companhia, mas é lógica decorrência, implícita e necessária, da deliberação assemblear que aprova a promoção da ação social (deliberação positiva)<sup>192</sup>. Tanto assim que a substituição do administrador é *imediata* (“deverão ser substituídos na mesma assembléia”), sem ficar deferida para o momento do ajuizamento da ação social<sup>193</sup>. E, em termos práticos, nem poderia ser diferente, visto que, em não poucas vezes, serão os próprios substitutos que deverão diligenciar a promoção da ação social contra os impedidos. Contudo, esse impedimento do administrador, não se verifica no caso de a assembléia geral deliberar não promover a ação social, porquanto, nessa situação, é a própria companhia que, pela voz da maioria dos acionistas, estará expressando a

---

189 JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO, *Impedimento...*, cit., pp. 23-28. Curiosamente, como se observou, apesar de defender a posição exposta no texto, o citado autor entende que, na ação social derivada, a minoria não pode ser reputada órgão social, pois o exercício desta ação “não representa a expressão da vontade social, manifestada na assembléia, razão pela qual não se pode dizer que tais acionistas, ao ajuizarem a medida judicial, o façam representando a sociedade, como seus órgãos” (*Responsabilidade...*, cit., p. 81).

190 VERA HELENA DE MELLO FRANCO e RACHEL SZTAJN, *Manual de direito comercial*, cit., v. 2, n. 4.4.2, pp. 208-209.

191 Nesse sentido (propositura de ação social derivada não torna o réu impedido de continuar a exercer cargo de administração perante a companhia): LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, *Impedimento de voto em assembléia*. In: *Pareceres*, cit., v. 2, p. 772; NELSON EIZIRIK, *Inexistência...* In: *Aspectos modernos...*, cit., p. 75; e FÁBIO ULHOA COELHO, *A natureza subjetiva...*, cit., p. 26, e *Curso de direito comercial*, São Paulo: Saraiva, 1999, v. 2, p. 261.

192 Ou seja, “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” (NELSON EIZIRIK, *Temas de direito societário*, cit., n. 06, p. 102).

193 Cf.: NELSON EIZIRIK, *Inexistência...* In: *Aspectos modernos...*, cit., p. 76.

manutenção do vínculo de confiança em relação à atual administração social<sup>194</sup>. Logo, seria uma inominável violência supor que a simples atuação em juízo da minoria pudesse tornar a sua vontade vinculante à maioria, em flagrante desrespeito ao princípio majoritário que governa as companhias e com total menosprezo à competência privativa da assembléia geral de acionistas para dispor sobre a nomeação, a destituição e o afastamento dos administradores<sup>195</sup>. De mais a mais, se é verdade que, ao propor a ação social *ut universi* (LSA, art. 159, *caput*) ou a ação social *ut singuli* diante da inércia da companhia (LSA, art. 159, § 3º), o autor da ação atua presumivelmente de forma alinhada com o interesse social (entendido este como o interesse comum dos sócios *ut socii*), o mesmo não se pode afirmar no caso da ação social derivada (LSA, art. 159, § 4º), na qual, ao menos em um primeiro instante, o seu autor volta-se *contra* a própria vontade social expressa pela maioria. Daí assistir total razão a NELSON EIZIRIK, quando lembra que, “na hipótese da ação social de que trata o § 4º do art. 159, a presunção de que o acionista está defendendo o interesse social é *relativa*, de vez que a vontade social foi manifestada em sentido contrário”<sup>196</sup>. Pelo expos-

194 A razão do impedimento do administrador de sociedade anônima, consoante explica MODESTO CARVALHOSA, “reside na perda de confiança dos acionistas no desempenho e na conduta do administrador indigitado. No caso de a ação ser proposta por acionistas minoritários, tendo a assembléia geral manifestado a vontade social de não responsabilizar o administrador, fica evidente que a maioria acionária mantém o vínculo de confiança necessário a sua manutenção no cargo. Entendimento contrário possibilitaria o absurdo de que, a qualquer tempo, acionistas minoritários promovessem a destituição de administradores contra a vontade da maioria, ao proporem uma ação de responsabilidade civil. Apenas na hipótese de deliberação assemblear, aprovando o ajuizamento dessa ação, o administrador ficará impedido” (Responsabilidade civil de administradores e de acionistas controladores perante a Lei das S/A, RT 699/41). No mesmo sentido: NELSON EIZIRIK, Responsabilidade civil dos administradores da sociedade anônima. In: *Sociedade anônima: I Ciclo de Conferências para Magistrados*, São Paulo: IBCB, s/d, p. 265, e *Inexistência...* In: *Aspectos modernos...*, cit., p. 75. Com semelhante argumentação no direito estrangeiro, confira-se: JESUS RUBIO, *Curso de derecho de sociedades anónimas*, cit., n. 153, p. 303.

195 Cf.: NELSON EIZIRIK, *Inexistência...* In: *Aspectos modernos...*, cit., p. 77 (acrescentando, ainda, o seguinte: “Trata-se de competência privativa da Assembléia, único órgão a quem compete deliberar se existe ou não conflito de interesses entre a companhia e o administrador. Entender que caberia o impedimento pelo simples fato de ingressar a minoria com ação judicial contra o administrador, contra o entendimento da Assembléia Geral, seria o mesmo que aceitar, no plano político, o cabimento do *impeachment* de qualquer funcionário público (mesmo do Presidente da República) pelo fato de assim o desejar a minoria parlamentar, contra o voto majoritário do Congresso (...). O interesse social passaria a ser ditado pela vontade do acionista minoritário, em subversão total ao princípio da deliberação majoritária na sociedade anônima” (op. et loc. cit.).

196 NELSON EIZIRIK, *Inexistência...* In: *Aspectos modernos...*, cit., p. 72. Do mesmo autor, ainda: *Temas de direito societário*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, n. 06, p. 102.

to, pode-se o  
propositura  
apenas e tão  
ação social.

Reméd  
social não pe  
o administra  
rio pode afas  
e o juiz não t  
em situações  
poderá afast  
LRF, art. 64  
ou em carát  
que o órgão  
venha a deli

197 Cf.: TJSP  
RJTJESP  
lar na per  
CERELLO,  
v.u., j. 23  
tenha resu  
art. 159, §

198 Cf.: TJSP  
114/259;  
JUTACiv  
j. 10-4-19  
de respons  
DE SOUZA  
to comerci  
cidades a  
cabe esse

199 Cf.: TJSP  
TJSC, AI  
ampla fur  
1993. Alt  
para fisca  
MEDINA M  
GALENO I  
8, t. 1, p  
Paulo: Re  
cautelar i  
Medidas  
cautelar g

to, pode-se concluir que o impedimento do administrador *nunca* resulta da propositura da ação social, seja qual for a sua modalidade; decorre, isto sim, apenas e tão-somente da deliberação positiva que aprova a propositura da ação social.

*Remédios e medidas para afastar o administrador.* A propositura de ação social não permite que os substitutos processuais, só por isso, pretendam afastar o administrador-réu<sup>197</sup>. Em condições normais, nem mesmo o Poder Judiciário pode afastá-lo, visto que essa é uma incumbência exclusiva do órgão social e o juiz não tem poderes para substituir a vontade dos sócios<sup>198</sup>. Tão-somente em situações excepcionais e desde que provocado (CPC, arts. 2º e 262), o juiz poderá afastar o administrador, se a providência tiver amparo em lei (v.g., LRF, art. 64) ou, então, em caráter emergencial (CPC, art. 798), na pendência ou em caráter preparatório de ação anulatória ou cominatória<sup>199</sup> – p. ex., até que o órgão social competente pela eleição (e destituição) do administrador venha a deliberar sobre a prática de atos graves imputados ao administrador;

---

197 Cf.: TJSP, AI 174.174-4, 10ª Câm. Dir. Priv., Rel. Des. RUY CAMILO, v.u., j. 13-2-2001, RJTJESP 240/228 e RT 789/237. Em sentido diverso (concedendo o afastamento cautelar na pendência da ação social derivada): TJSC, AI 7.551, 4ª CC, Rel. Des. ANSELMO CERELLO, v.u., j. 3-6-1993; e TJSC, AI 7.551-EDcl, 4ª CC, Rel. Des. ANSELMO CERELLO, v.u., j. 23-9-1993 (embora, no caso, aparentemente a recusa à propositura da ação social tenha resultado do cômputo de votos dos impedidos, obstando a incidência da regra do art. 159, § 2º, da LSA).

198 Cf.: TJSP, Ap. 92.021-1, 2ª CC, Rel. Des. FORTES BARBOSA, m.v., j. 7-6-1988, RJTJESP 114/259; TACSP, MS 222.729, 4ª CC, Rel. Juiz GONÇALVES SANTANA, v.u., j. 2-3-1977, JUTACivSP-Lex 44/143; e TJRJ, Ap. 11.459, 7ª CC, Rel. Des. WELLINGTON PIMENTEL, v.u., j. 10-4-1980. Sobre o tema, em doutrina, confirmam-se: CUNHA PEIXOTO, *A sociedade por cota de responsabilidade limitada*, Rio de Janeiro: Forense, 1956, v. 1, n. 361, pp. 327-329; WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, *Comentários...*, cit., v. 2, pp. 690-691; e OCTAVIO MENDES, *Direito comercial terrestre*, São Paulo: Saraiva, 1930, p. 261 (para quem “os administradores das sociedades anônimas só podem ser destituídos pela assembléia geral. Aos juízes e tribunais não cabe esse direito”).

199 Cf.: TJSP, MS 162.769, 3ª CC, Rel. Des. LAFAYETTE SALLES, v.u., j. 28-9-1967, RT 392/143; TJSC, AI 5.399, 2ª CC, Rel. Des. RUBEM CORDOVA, v.u., j. 12-6-1990, DJ 12-7-1990 (com ampla fundamentação); e TJSC, AI 7.551, 4ª CC, Rel. Des. ANSELMO CERELLO, v.u., j. 3-6-1993. Alternativamente, admitiu-se, através de cautelar inominada, a nomeação de co-gestor para fiscalizar os negócios da companhia (cf.: TJRS, AI 585.018.450, 1ª CC, Rel. Des. TÚLIO MEDINA MARTINS, v.u., j. 11-6-1985, RJTJRS 118/206). Em doutrina, confirmam-se também: GALENO LACERDA, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Rio de Janeiro: Forense, 1980, v. 8, t. 1, pp. 237-239; LUIZ FERNANDO C. PEREIRA, *Medidas urgentes no direito societário*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, n. 5.6, pp. 247-256; OVÍDIO A. BAPTISTA DA SILVA, *A ação cautelar inominada no direito brasileiro*, Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 447; PINTO FERREIRA, *Medidas cautelares*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983, p. 222; e SYDNEY SANCHES, *Poder cautelar geral do juiz*, RT 587/15.

ou na hipótese em que a sua posse era, de alguma forma, ilegal (por problemas na eleição ou em virtude de impedimento legal que o obstava de exercer a função); ou, ainda, na hipótese em que o seu impedimento (e conseqüente afastamento) do cargo foi obstado, em virtude de votos proferidos por acionistas que não poderiam ter participado da votação, mas que, ainda assim, votaram e os seus votos foram decisivos para rejeitar a proposta de promoção da ação social etc. O que não se admite é, em condições de normalidade, a intervenção do Poder Judiciário na vida da sociedade para substituir a vontade da maioria dos sócios, afastando quem foi legitimamente guindado ou mantido no cargo<sup>200</sup>. Por evidente, nada impede que o autor da ação social derivada dê a conhecer à assembleia geral os termos de sua demanda, de tal modo que, se à maioria dos sócios afigurar conveniente, o réu possa ser afastado, temporária ou definitivamente, de sua função<sup>201</sup>: neste caso, todavia, o afastamento não se dará por força da simples propositura da ação ou da incabível interferência do Poder Judiciário no funcionamento da companhia; mas resultará, exclusivamente, da soberana decisão majoritária dos acionistas. Em outros países, as coisas podem se passar de forma diferente, mas é porque neles a lei também é outra.

#### 7.3.3.2.2 Redução do percentual pela CVM

Nas companhias fechadas, a ação social derivada só pode ser proposta por acionista ou grupo de acionistas que represente pelo menos 5% (cinco por cento) do capital social (LSA, art. 159, § 4º). Nas companhias abertas, a congregação de uma minoria qualificada de 5% (cinco por cento) de acionistas pode ser praticamente impossível, sobretudo em mercados com grande dispersão acionária (ou excessiva concentração), inviabilizando, assim, o exercício da ação social<sup>202</sup>. Para evitar que isso ocorra, a Lei das S/A prevê a possibilidade de a Comissão de Valores Mobiliários reduzir esse percentual, mediante fixação de escala em função do capital social (LSA, art. 291). Ainda hoje, a autarquia não ditou regulamentação geral específica para o exercício da ação social derivada. Quando vier a fazê-lo, convém que simultaneamente trate do

200 Não obstante, decidiu-se admissível a destituição judicial de liquidante convencional: “Dispõe o § 2º do art. 208 da Lei n. 6.404/76 que o liquidante deve ser destituído pelo órgão que o nomeou, o que não impede que seja ele destituído judicialmente por justa causa (descumprimento dos deveres previstos no art. 210 da Lei n. 6.404/76) e independentemente da origem de sua nomeação (estatutária ou assemblear)” (STJ, REsp 789.612-SC, 3ª T., Rel. Min. NANCY ANDRIGHI, v.u., j. 19-9-2006, DJU 2-10-2006, p. 277).

201 Cf.: NELSON EIZIRIK, *Inexistência...* In: *Aspectos modernos...*, cit., p. 77.

202 “Nella grande impresa ad azionariato diffuso”, explica GASTONE COTTINO, “la percentuale del quinto del capitale sociale è spesso percentuale di controllo o si avvicina alquanto ad essa” (*Diritto commerciale*, cit., v. 1, t. 2, n. 120.2, p. 436).

direito de aut  
par. ún., c), v  
próprio exerc

#### 7.3.3.2

Se para  
S/A previu a  
ação social d  
remédio par  
fechada. De  
tenha mais  
eleito o adm  
civil. Em ser  
tários? Prop  
5% (cinco p  
pressão de  
mas, bem a  
mente a resp  
dor de grup  
citado tribu  
ponsabilid  
expressam  
caução às c  
blear – dia  
ação poder  
STJ, o TJS  
sabilidade  
nistrador e  
ção assem

203 Cf.: ST

DJU 16

nas po

trolado

havia c

pessoa

como a

des tar

204 Vide: 7

2003,

dade c