

LUCÍOLA FABRETE LOPES NERILO

**O REGIME JURÍDICO DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS
ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES POR AÇÕES NO
BRASIL E NA ARGENTINA**

Dissertação apresentada no Curso de Pós-Graduação em Direito da
Universidade Federal de Santa Catarina, Turma Especial – UNOESC – Campus
Chapecó, como requisito para obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel

FLORIANÓPOLIS (SC)

2001.

Esta Dissertação foi julgada apta para obtenção do título de Mestre em Direito e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Curso de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina.



Dr. Luiz Otávio Pimentel
Professor Orientador

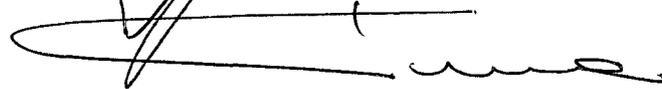


Dr. Christian Caubet
Professor Coordenador do Curso

Apresentada perante a Banca Examinadora composta dos Professores:



Prof. Dr. Luiz Otávio Pimentel – UFSC
Presidente da Banca



Profª. Dra. Odete Maria de Oliveira - UFSC
Membro Titular da Banca

Prof. Dr. Wanderlei de Paula Barreto – UEM
Membro Titular da Banca

Florianópolis, 16 de fevereiro de 2001.

Dedico este trabalho ao meu pai Getulio por ter me ensinado a pensar, e à minha mãe Maria Aparecida que me ensinou a agir. A você Nerilson, meu amor. Sem o seu carinho e sua paciência eu não teria concluído esta etapa.

Agradecimentos

Agradeço à Universidade Federal de Santa Catarina pela oportunidade de realizar este mestrado.

Ao meu professor orientador Luiz Otávio Pimentel pelo acompanhamento e pelos auxílios salutareos para que eu concluísse este trabalho.

Agradeço aos meus alunos que me proporcionaram os desafios mais interessantes que eu já vivenciei e que me fazem participar, todos os dias, da incomparável realização profissional.

À UNOESC pela oportunidade de trabalho e pelo aprendizado constante.

Aos meus pais e ao Nerilson que me proporcionaram um ambiente repleto de paz, amor e confiança.

Agradeço aos meus colegas de trabalho Cláudia Locateli, Edenilza Gobbo e Nédio Dariva Pires de Lima pelo companheirismo; à Cláudia Servilha Monteiro e à Clerilei Bier pelo incentivo e pelos ensinamentos preciosos.

SUMÁRIO

| | |
|--|----|
| RESUMO | 09 |
| RESUMEN | 10 |
| INTRODUÇÃO | 11 |
| I SOCIEDADE DE CAPITAL: SOCIEDADE POR AÇÕES | 16 |
| 1 A personificação societária | 17 |
| 1.1 A independência patrimonial | 24 |
| 1.2 A expressão da vontade | 29 |
| 1.2.1 A teoria do mandato | 29 |
| 1.2.2 Teoria do órgão | 32 |
| 1.3 A sociedade por ações e a limitação da responsabilidade | 35 |
| 1.3.1 O acionista comum e o controlador | 39 |
| 1.3.2 Os órgãos da sociedade por ações | 47 |
| 1.3.3 A função social da sociedade por ações | 53 |
| 1.4 A desconsideração da personalidade jurídica | 56 |
| 1.4.1 O fundamento da desconsideração da personalidade jurídica. | 62 |
| 1.4.2 A natureza jurídica da desconsideração da personalidade jurídica | 64 |

| | | |
|-----------|--|-----------|
| 1. 4. 3 | Os pressupostos de desconsideração da personalidade jurídica | 67 |
| 1. 4. 4 | Os efeitos da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica | 73 |
| II | TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL: | 76 |
| | BRASIL/ARGENTINA | |
| 2. 1 | A responsabilidade civil | 76 |
| 2. 1. 1 | Responsabilidade civil e penal | 78 |
| 2. 1. 2 | A função da responsabilidade civil | 79 |
| 2. 1. 3 | Ação e omissão | 81 |
| 2. 2 | A culpa | 84 |
| 2. 2. 1 | Exteriorização da culpa | 85 |
| 2. 2. 2 | O critério de aferição da culpa no âmbito da responsabilidade do administrador | 88 |
| 2. 3 | Fundamentos da responsabilidade civil: subjetiva e objetiva | 92 |
| 2. 3. 1 | Responsabilidade subjetiva (ou teoria da culpa) | 92 |
| 2. 3. 2 | Responsabilidade objetiva e responsabilidade por culpa presumida | 94 |
| 2. 3. 3 | Brasil e Argentina: adoção da culpa como fator de atribuição da responsabilidade sem descartar a responsabilidade objetiva | 97 |
| 2. 3. 4 | A natureza da obrigação dos administradores | 99 |
| 2. 4 | Dano: pressuposto inafastável da responsabilização | 103 |
| 2. 4. 1 | Nexo de causalidade | 104 |
| 2. 5 | Indenização | 105 |
| 2. 5. 1 | Solidariedade entre os administradores responsáveis | 106 |
| 2. 6 | O ato ilícito | 110 |
| 2. 6. 1 | Teoria do abuso do direito como espécie de ato ilícito | 112 |

| | | |
|------------|--|------------|
| 2. 6. 2 | Os atos irregulares de gestão | 114 |
| 2. 7 | O fundamento da responsabilização dos administradores | 118 |
| 2. 7. 1 | Hipóteses de responsabilização pessoal dos administradores | 121 |
| III | RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADMINISTRADOR NAS | 126 |
| | SOCIEDADES POR AÇÕES BRASILEIRA, ARGENTINA E NA | |
| | EMPRESA BINACIONAL | |
| 3. 1 | Legislação societária brasileira | 126 |
| 3. 1. 1 | Os deveres do administrador: de diligência, de lealdade e de informação | 128 |
| 3. 1. 2 | Responsabilidade dos administradores | 137 |
| 3. 1. 3 | Responsabilidade objetiva ou subjetiva? | 141 |
| 3. 1. 4 | A responsabilidade dos administradores no Direito Societário argentino | 146 |
| 3. 2 | A exclusão da responsabilidade (Brasil e Argentina) | 148 |
| 3. 2. 1 | A ratificação, pela assembléia geral, dos atos praticados pelo administrador | 150 |
| 3. 2. 2 | Responsabilidade da companhia pelos atos de seus administradores | 154 |
| 3. 2. 3 | A teoria da aparência no Direito Brasileiro | 159 |
| 3. 2. 4 | A teoria da aparência no Direito Argentino | 161 |
| 3. 2. 5 | Responsabilização pessoal do administrador x teoria da aparência | 162 |
| 3. 3 | Variáveis da responsabilidade: vítima sociedade comercial, vítima terceiro, vítima acionista | 164 |

| | | |
|---------|---|-----|
| 3. 4 | Responsabilidade solidária entre os administradores | 167 |
| 3. 4. 1 | A solidariedade na lei societária argentina | 175 |
| 3. 4. 2 | A empresa binacional brasileiro-argentina e a responsabilização de seus administradores | 177 |
| 3. 5 | Ação de responsabilidade | 180 |
| 3. 5. 1 | A ação social | 182 |
| 3. 5. 2 | A ação individual | 184 |
| 3. 6 | Distinção entre desconsideração da personalidade jurídica e responsabilização pessoal dos administradores | 186 |
| 3. 6. 1 | Princípio da subsidiariedade x princípio da preservação da empresa | 189 |
| | CONSIDERAÇÕES FINAIS | 192 |
| | REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 197 |

Resumo

O que se pretendeu com este trabalho foi fazer um estudo sobre o tratamento legal, doutrinário e jurisprudencial da responsabilidade civil dos administradores de sociedades por ações no Brasil e na Argentina. Com a personificação, o patrimônio societário não se confunde com o patrimônio particular de cada um dos sócios que a compõe. Esta separação patrimonial também beneficia aos administradores societários que têm poder gerencial sobre o patrimônio da companhia sem comprometer o seu patrimônio particular. Com o fenômeno da distinção patrimonial entre a pessoa jurídica e as pessoas naturais (ou jurídicas) que a integram, dissociam-se a propriedade do controle. Na sociedade por ações o controle e a gestão da propriedade societária pertencem aos administradores e acionistas controladores, que não são necessariamente os maiores proprietários das ações. Conseqüentemente quem administra não é quem detém a maior parcela de capital investido na sociedade comercial. Surge então outra peculiaridade no campo das sociedades comerciais: a gestão societária não está a cargo daqueles que arriscaram o maior capital no empreendimento.

Se o administrador não arrisca quinhão significativo de seu patrimônio pessoal a lei societária deve implementar um mecanismo de responsabilização pessoal para aquele que se porta de maneira incompatível com seu dever de preservar e fazer prosperar a sociedade comercial. A expressão de vontade da sociedade por ações está cometida, pela teoria organicista, aos órgãos da sociedade cujos titulares são pessoas naturais. Pelo órgão, trabalham pessoas cujas atribuições são orgânicas e, uma vez extrapoladas suas competências, ou ainda, quando exercidas para atingir finalidade diversa do objeto e do interesse sociais, deixam elas de cumprir a obrigação funcional. Por isso, nesses casos, serão responsabilizados pessoalmente. Os administradores societários estão submetidos à responsabilidade subjetiva nos dois países, porém, no Brasil, será por culpa presumida quando o administrador violar normas estatutárias ou legais, por isso a análise mais aprofundada dos modos de aferição da culpa pelo estudo do regime jurídico civil brasileiro e argentino.

Verificou-se que a companhia responderá perante terceiros pelos prejuízos causados pelo gestor pois aplica-se a teoria da aparência pela qual o administrador manifesta-se pela sociedade comercial já que é titular de um órgão societário. Porém depois de ressarcir os prejuízos para o prejudicado, a companhia deverá se haver perante o administrador pois são muitos os interesses envolvidos em torno de uma sociedade comercial e ela não pode absorver este prejuízo em detrimento de seu patrimônio. Por fim cabe salientar que a responsabilidade civil dos administradores não depende da desconsideração da personalidade jurídica, pode-se responsabilizá-los diretamente conforme previsão legal.

R e s u m e n

Lo que se pretendió con este trabajo fue hacer un estudio a respecto del trato legal y doctrinario de la responsabilidad civil de los administradores de sociedades por acciones en Brasil y en Argentina. Con la personificación, el patrimonio societario no se confunde con el patrimonio privado de cada uno de los asociados que la compone. Esta separación patrimonial también favorece a los administradores societarios que tienen el poder gerencial sobre el patrimonio de la compañía sin comprometer su patrimonio privado. Con el fenómeno de la distinción patrimonial entre la persona jurídica y las personas naturales (o jurídicas) que la integran, se disocian la propiedad de control. En la sociedad por acciones el control y la gestión de la propiedad societaria pertenecen a los administradores y accionistas controladores, que no son necesariamente los mayores propietarios de las acciones. Resultantemente quien administra no es quien detiene la mayor fracción de capital invertido en la sociedad comercial. Surge así otra peculiaridad en el ámbito de las sociedades comerciales: la gestión societaria no está a cargo de aquellos que arriesgan el mayor capital en el emprendimiento.

Si el administrador no arriesga quión significativo de su patrimonio personal la ley societaria debe implementar un mecanismo de responsabilidad personal para aquél que se porta de modo incompatible con su deber de preservar y hacer prosperar la sociedad comercial. La expresión de voluntad de la sociedad por acciones está cometida, por la teoría organicista, a los órganos de la sociedad cuyos titulares son personas naturales. Por el órgano, trabajan personas cuyas atribuciones son orgánicas y, una vez extrapoladas sus competencias, o todavía cuando ejercidas para lograr una finalidad diversa del objeto y del interés social, dejan ellas de cumplir la obligación funcional. Por eso, en esos casos, serán responsabilizados personalmente. Los administradores societarios están sometidos a la responsabilidad subjetiva en los dos países, pero, en Brasil, será por culpa presumida cuando el administrador infrinje normas estatutarias o legales, por eso el análisis más profundo de los modos de contratación de la culpa por el estudio del régimen jurídico civil brasileño y argentino.

Se comprobó que la compañía responderá frente a terceros por los daños causados por el gestor pues de aplica la teoría de la apariencia por la cual el administrador se manifiesta por la sociedad comercial ya que es titular de un órgano societario. Sin embargo, después de resarcir daños al perjudicado, la compañía deberá haberse frente al administrador pues son muchos los intereses envueltos en una sociedad comercial y ella no puede absorber este perjuicio en detrimento de su patrimonio. Por fin cabe salientar que la responsabilidad civil de los administradores no depende de la desconsideración de la personalidad jurídica, se puede responsabilizarlos directamente en conformidad a la previsión legal.

INTRODUÇÃO

Dentro do universo de produção e circulação de mercadorias que envolveu especialmente a economia do Brasil e da Argentina, os principais agentes econômicos são as empresas que atuam sob a forma de sociedades por ações, movimentando fabulosas quantidades de recursos pecuniários.

O regime jurídico que confere às pessoas jurídicas um tratamento privilegiado (personalidade jurídica com a conseqüente separação patrimonial entre sócios e sociedades) tem por escopo o fomento da atividade empresarial — vantagem que os acionistas e administradores da pessoa jurídica devem usufruir sem lesar terceiros. O princípio de que a pessoa jurídica não se confunde com as pessoas naturais tem um limite, pois a vontade de uma sociedade mercantil não deixa de ser a expressão volitiva das pessoas naturais que a compõe ou que estão na sua administração.

É previsível que uma sociedade comercial mal administrada ou gerida de má-fé possa ocasionar prejuízos que não se resumam aos interesses da companhia, mas que sejam passíveis de atingir acionistas, trabalhadores, empresas contratantes, consumidores e o próprio Estado, lançando seus efeitos, por assim dizer, na economia nacional ou mesmo regional.

As pessoas jurídicas estão reguladas por um regime normativo que é mais

benéfico do que o sistema das pessoas naturais e isto atende à finalidade de fomento à atividade empresarial, que é a base da economia de mercado. Nessa perspectiva, cabe discorrer a respeito da função social das sociedades comerciais, no intuito de não descurar de um tema que ganha cada vez mais relevo: a função social da propriedade — tema o qual justifica e agrava a responsabilização dos administradores de companhias.

É sabido que o gestor tem o poder de vincular a sociedade, comprometendo-lhe o patrimônio social. Tal autonomia é necessária do ponto de vista da agilidade que requerem as negociações comerciais. Esse poder, no entanto, tem um significado estrito e uma finalidade bem definida que não podem jamais ser esquecidos. De fato, esse poder, que é inversamente proporcional à riqueza que administra, deve ser equilibrado por mecanismos de compensação, a fim de evitar disfuncionalidade em seu exercício. Daí decorre o sistema de responsabilização dos administradores, já que o poder sem a correspondente responsabilidade é verdadeira tirania, uma vez que toda escolha de agir ou não agir, fazer esta ou aquela tarefa, deve ser pontuada por uma perfeita consciência das conseqüências advindas de sua atitude.

O fator determinante da eleição deste tema como ponto da dissertação que ora é apresentada corresponde ao desenvolvimento da matéria nas aulas da disciplina de Direito Comercial, ministradas pela mestranda, na Universidade do Oeste de Santa Catarina, *campus* de São Miguel do Oeste.

No desdobramento desta pesquisa, utilizou-se o método de abordagem dedutivo e os instrumentos de investigação utilizados foram: livros, artigos de revistas jurídicas, leis civis e leis societárias brasileiras e argentinas*. O método dogmático serve para observar o regime jurídico da responsabilidade civil de acionistas e administradores de

* As citações diretas desses livros, artigos de revistas jurídicas e dessas leis civis e societárias vêm expressas em parágrafo de citação ou em itálico, quando no corpo do trabalho, sendo, portanto, desnecessárias as

sociedades por ações no Brasil e Argentina. E o empírico, para determinar as divergências e convergências entre as ordens jurídicas nacionais sobre o tema.

Apresentam-se as divergências entre os sistemas de maneira separada e bem delineada. No entanto, não há, em todos os itens abordados de forma comparativa, um tópico separado para cada sistema (brasileiro e argentino). Optou-se por discorrer sobre os temas de forma a abordar os dois sistemas como complementares um do outro, posto que, na maioria dos casos, não há antagonismo.

O trabalho está dividido em três capítulos. O primeiro, denominado A SOCIEDADE DE CAPITAL: SOCIEDADE POR AÇÕES, inicia com um tema que está intimamente ligado às sociedades por ações, qual seja o da personalidade jurídica, tornando-a uma pessoa distinta da pessoa de seus acionistas e dirigentes. Por ser pessoa jurídica, a sociedade por ações tem sua própria vontade e precisa expressá-la através de um ou mais órgãos societários. Para tratarmos da forma e implicações de expressão da vontade por parte da sociedade comercial, abordamos a teoria organicista e sua evolução histórica. Quanto à sociedade por ações em si, procurou-se traçar historicamente as contingências de seu aparecimento — o que se reputa importante, na medida em que este foi o primeiro tipo societário cujos administradores não têm responsabilidade ilimitada. Em seguida, faz-se um apanhado dos órgãos societários previstos na lei brasileira e na lei argentina, com suas respectivas atribuições. A opção por abordar a função social da sociedade comercial reside no fato de que, a nosso ver, o administrador não pode estar dissociado da importância social de um grande empreendimento que representa a sociedade que administra. Por fim, tratou-se da desconsideração da personalidade jurídica, que também é utilizada para atingir patrimônios

peçoais de sócios e administradores.

No segundo capítulo, intitulado TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL: BRASIL E ARGENTINA, realizou-se um apanhado do regime da responsabilidade civil no Direito brasileiro e no Direito argentino. Para tanto, foram utilizadas como fonte de pesquisa, a legislação civil e a doutrina de ambos os países. Ressalva-se a limitação da pesquisa doutrinária argentina, posto que a distância e os custos que representavam angariar material daquele país nos levaram a trazer para o presente estudo somente autores de renome e obras atuais. Inicia-se o delineamento do estudo sobre a responsabilidade dos administradores - se subjetiva ou objetiva - com base no regime geral da responsabilidade civil nos dois países. Nesse ponto do trabalho, a dissertação está totalmente direcionada ao administrador e sua conduta e aos pressupostos de sua responsabilização. O enfoque é totalmente fechado, por analisarem-se os pressupostos da responsabilidade civil com ênfase na ação/omissão voluntárias, na culpa — bem como no modo de verificação desta na conduta do administrador —, levando-se em consideração as diferenças existentes no Brasil e na Argentina.

No terceiro e último capítulo, denominado RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADMINISTRADOR NA SOCIEDADE POR AÇÕES BRASILEIRA E ARGENTINA, a análise atravessa as hipóteses previstas nas leis societárias dos dois países para a responsabilização dos administradores até chegar às implicações da conduta do administrador que ocasiona danos a terceiros, ou a acionistas, ou ainda à própria sociedade que ele dirige. Realizou-se, então, um apanhado no histórico da responsabilidade dos administradores na legislação societária brasileira — o que não é feito com a legislação argentina em razão da escassez de material de pesquisa necessário para tanto, pois, conforme já mencionado, para a pesquisa do Direito argentino, optou-se por privilegiar os instrumentos mais atualizados.

Na seqüência, o estudo volta-se inteiramente para as duas leis societárias (brasileira e argentina) e os dispositivos legais que regulamentam a responsabilidade civil dos administradores das sociedade por ações.

Por entender que um trabalho dissertativo não pode se resumir a traçar um comparativo entre sistemas nacionais e estrangeiros, em alguns pontos, o enfoque do estudo transcende a simples comparação dos sistemas Brasil/Argentina, rumando para um aprofundamento e entrelaçamento de tudo o que se propõe neste trabalho, desde o primeiro capítulo. Nessa perspectiva, então, é que se procurou discutir os princípios da subsidiariedade, um dogma do Direito societário, e sua incompatibilidade com o princípio da preservação da empresa, o qual traz uma nova perspectiva para a função das sociedades comerciais em consonância com a sua função social tratada, já no primeiro capítulo.

I . SOCIEDADE DE CAPITAL: SOCIEDADE POR AÇÕES

Neste primeiro capítulo, faremos uma abordagem dos institutos da personificação societária, a qual está intimamente ligada às sociedades comerciais, já que a personalização determina a constituição de uma nova pessoa, que é a pessoa jurídica, com patrimônio próprio, titularidade negocial e processual próprias também. Se a pessoa jurídica tem vontade própria, ela precisa de seus órgãos para expressá-la. Os administradores são os titulares das atribuições acometidas ao órgão societário e, agindo nesta qualidade, podem ser responsabilizados pessoalmente se extrapolarem seus poderes e atribuições estatutárias. Neste primeiro tópico, pretendemos discorrer sobre a personalidade jurídica, sua função, a razão de sua existência e seus efeitos na vida societária.

No segundo momento deste capítulo, passamos ao estudo da sociedade por ações e seu aparecimento histórico — o que reputamos importante, na medida em que este foi o primeiro tipo societário cujos administradores não têm responsabilidade ilimitada. Para compensar o poder de mando com a responsabilidade limitada, a lei atribuiu-lhes uma responsabilidade pessoal e ilimitada quando agem ilicitamente.

A função social da sociedade por ações é tratada neste primeiro capítulo porque o administrador não pode estar dissociado da importância social de um grande

empreendimento que representa, na maioria dos casos, a sociedade por ações.

Por fim, tratamos da descon sideração da personalidade jurídica, que também é utilizada para atingir patrimônios pessoais de sócios e administradores. Porém, como será demonstrado, para responsabilizar os administradores que excedem suas atribuições ou violam a lei ou o estatuto social, não há necessidade de descon siderar a personalidade societária para alcançar o patrimônio pessoal dos administradores faltosos. Passamos, na seqüência, a desenvolver o proposto.

1 A personificação societária

Não há como falar de sociedades comerciais sem abordar o instituto da personalidade jurídica. Não queremos dizer com isso que a personalidade jurídica seja inerente às sociedades comerciais, pois é sabido que existem sociedades comerciais não personificadas: as chamadas sociedades de fato — ou irregulares.

Assim, neste primeiro tópico, discorreremos sobre a personalidade jurídica, sua função, a razão de sua existência e seus efeitos na vida societária. No Brasil, o art. 13 do Código Civil (Lei n.3.071, de 1916) não distingue as pessoas jurídicas das pessoas naturais, dizendo apenas que aquelas podem ser de direito público interno, externo, ou de direito privado. Na Argentina, o art. 32 do Código Civil, definindo a pessoa jurídica, diz que *Todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal, o personas jurídicas.*

Não obstante a principal questão acadêmica e doutrinária a rondar a personalidade jurídica seja a sua natureza jurídica — ficção ou realidade —, não pretendemos esgotar esse tema. Portanto, limitar-nos-emos a disponibilizar, aqui, alguns posicionamentos.

Quando se fala a respeito da pessoa jurídica, a discussão mais ferrenha é sobre a sua natureza jurídica, se é ela um ente real ou um ente fictício; vale dizer: se ela é real — e o Direito se limita a reconhecer essa realidade que existe independentemente dele — ou se é fictícia por não existir no mundo dos fatos, resultando da criação do Direito. Coelho, em *Desconsideração da personalidade jurídica*, afirma que os dois segmentos se colocam da seguinte maneira:

as defensoras da idéia de que a pessoa jurídica, enquanto realidade pré-jurídica, existia, lógica e cronologicamente, antes do direito reconhecer-lhe a personalidade, e as defensoras da idéia, segundo a qual a pessoa jurídica é uma criação do direito (Coelho, 1989, p. 66.).

Existem dois tipos de pessoas para o Direito: as pessoas naturais e as pessoas jurídicas. Para explicar a existência das pessoas jurídicas, existem duas concepções: a primeira considera a pessoa jurídica uma realidade já reconhecida pelo Direito; a outra a considera uma ficção, sendo, portanto, apenas uma criação doutrinal e legal. A essas duas concepções objeta-se uma terceira: a **revisionista**, para a qual a pessoa jurídica é só um nome ao qual não corresponde ente algum.

Segundo Perelman, em *Ética e Direito*, a jurisprudência belga concede apenas ao legislador o direito de criar ficções jurídicas. Por outro lado, a jurisprudência francesa atribui aos tribunais o direito de reconhecer a personalidade jurídica a certos agrupamentos bem constituídos. A ficção jurídica explicita-se em uma regra que trata os objetos criando-lhes uma configuração que não se coaduna com a realidade. Afirma Perelman:

Para que haja uma ficção jurídica é preciso que a disposição deforme cientemente a realidade jurídica. Se é estabelecida uma regra que não deforma explicitamente o estado de coisas efetivo, não há em absoluto ficção (Perelman, 1996, p. 608).

Noronha, em seu artigo **Pessoas jurídicas, organizações sociais e patrimônios especiais**, trata da pessoa jurídica partindo de uma categoria comum a todos os

tipos de pessoas jurídicas: as organizações sociais, que, para ele, são

conjuntos ou estruturas que reúnem homens e recursos materiais, para, coordenando a ação daqueles e o uso destes, realizarem determinado escopo, seja do interesse comum das pessoas nelas integradas, seja de interesse geral (Noronha, 1999, p. 82).

Dentro dessa categoria genérica — organização social —, enquadram-se as sociedades comerciais, as associações e as fundações, as quais ganharão personalidade jurídica com o registro de seus atos constitutivos no respectivo órgão competente. Declara o autor que as pessoas jurídicas são organizações sociais personificadas. *A respectiva personificação é feita tendo em vista facilitar a prossecução de finalidades de pessoas físicas, de seres humanos* (Noronha, 1999, p. 76).

Para Coelho (1989, p. 77), a personalização é a subsunção a um regime jurídico próprio de pessoas, caracterizado pela possibilidade de as pessoas naturais e jurídicas praticarem todos os atos jurídicos não proibidos expressamente por lei. Vale dizer, tudo lhes é franqueado fazer, salvo aquilo que a lei proíbe expressamente. E isso diferencia as “pessoas” dos sujeitos de direito sem personalidade (espólio, massa falida, condomínio horizontal, nascituro), que só podem praticar os atos para os quais estejam legalmente autorizados.

Em *A desconsideração da personalidade jurídica e os grupos de empresas*, Koury (1998, p. 6), afirmando o Direito como algo que se manifesta enquanto produto de seu meio, discorre a respeito das teorias que explicam a gênese da personalidade jurídica pontuando a sociedade e o próprio homem como em constante mutação — relativização da normatividade jurídica. Assim, as teorias não estão imunes ao contexto histórico na qual são produzidas. A teoria ficcionista de Savigny é produto de uma busca no sentido de reforçar o poder do Estado como unidade, já que ele se apresentava dividido em feudos. Por outro lado, a teoria realista de Gierke é fruto da vontade burguesa de negar o poder do Estado — razão

pela qual preconizava a existência real e anterior da pessoa jurídica.

Se há bastante divergência a respeito da natureza jurídica da pessoa jurídica, o mesmo não se dá com a sua função, ou seja, com a instrumentalidade de sua existência e de seu reconhecimento. É sabido que a sociedade comercial só será pessoa jurídica quando tiver personalidade jurídica — a qual, tratando-se do Brasil, adquire-se com o arquivamento (registro) de seus atos constitutivos no órgão competente, qual seja o Registro Público de Empresas Mercantis e Atividades Afins¹. Na Argentina, sua existência pressupõe autorização legal ou governamental², sendo que a Ley de Sociedades Comerciales (Ley n. 19.550, de 1972), em seu artigo 7, dispõe que *La sociedad sólo se considera regularmente constituida con su inscripción en el Registro Público de Comercio*.

A personificação das sociedades tem a função de facilitar o alcance de finalidades das pessoas naturais, ou seja, como as sociedades comerciais são formadas por duas ou mais pessoas, é necessário esclarecer quando as pessoas estão negociando e se expressando por si mesmas e quando estariam agindo em nome da sociedade. Isto para não dificultar as relações entre o terceiro e a sociedade comercial ou entre um terceiro e as pessoas naturais da sociedade. Com a personificação é mais fácil distinguir quando é a sociedade comercial que está agindo e quando é uma das pessoas que a compõe que está negociando

¹ Lei n. 8.934 de 18 de novembro de 1994, art. 2º. Ressalva-se o entendimento de Fábio Ulhoa Coelho, que considera a simples celebração de um contrato social entre os sócios como hábil a atribuir personalidade jurídica à sociedade comercial, independentemente do registro no órgão específico. Conforme o autor, efetivamente, *se a personalidade consiste, conforme expus acima, em uma autorização genérica à prática de atos jurídicos, não há que se negar que as sociedades irregulares (ou de fato, como propõem alguns) possuem personalidade jurídica, posto que realizam contrato de trabalho, de compra e venda, emitem e aceitam títulos de crédito e podem, enfim, realizar quaisquer atos jurídicos, sem necessidade de um dispositivo legal que expressamente habilitem-nas a isso* (Coelho, 1989, p. 86).

² O art. 45 do Código Civil Argentino, tratando do princípio da existência das pessoas jurídicas, prevê o seguinte: *Comienza la existencia de las corporaciones, asociaciones, establecimientos, etc., con el carácter de personas jurídicas, desde el día en que fuesen autorizadas por la ley o por el gobierno, con aprobación de sus estatutos, y confirmación de los prelados en la parte religiosa (...)*.

para si mesma.

A fim de evitar esse tipo de confusão, a sociedade comercial ganha *autonomia* com a personificação, tornando-se uma pessoa distinta da pessoa de seus sócios³. Com a atribuição da personalidade jurídica a uma organização, ela se transforma em ente autônomo em relação às pessoas naturais que a compõem — eis a autonomia da pessoa jurídica. Com essa autonomia, ela terá titularidade negocial (ela é sujeito dos negócios), processual (quem atua no processo como autora ou ré é a pessoa jurídica) e titularidade patrimonial, ou seja, o patrimônio investido na formação do capital social é dela e não mais dos sócios⁴.

Através desta personificação, o que se busca é realizar interesses de pessoas humanas. Daí porque o ordenamento possibilita às organizações se transformarem em pessoas.

De acordo com o exposto no artigo *Pessoas Jurídicas, organizações sociais e patrimônios especiais*, de Noronha (1999, p. 97), encarada deste ângulo, a personalidade jurídica é meramente instrumental: ela existe como meio para a realização de finalidades humanas.

³ O art. 20 do Código Civil Brasileiro diz: *As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros.*

⁴ Na Argentina, os arts. 39, 42 e 43, do Código Civil, tratam da distinção entre pessoas naturais e pessoa jurídica, bem como da separação patrimonial e titularidade negocial e processual. Observemos:

Art. 39: *Las corporaciones, asociaciones, etcétera, serán consideradas como personas enteramente distintas de sus miembros. Los bienes que pertenezcan a la asociación, no pertenecen a ninguno de sus miembros; y ninguno de sus miembros, ni todos ellos, están obligados a satisfacer las deudas de la corporación, si expresamente no se hubiesen obligado como fiadores, o mancomunado con ella.*

Art. 42: *Las personas jurídicas pueden ser demandadas por acciones civiles, y puede hacerse ejecución en sus bienes.*

Art. 43: *Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o com ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título: De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos.*

Justen Filho, em *Desconsideração da personalidade societária no Direito Brasileiro*, esclarece que à personificação societária corresponde uma modalidade especial do exercício do direito de propriedade. De fato, quando o sócio confere bens para integralizar o capital social, torna-se proprietário das quotas ou ações, as quais lhe dão o *status* de sócio. Em outras palavras, ele frui dos resultados produzidos por aquele capital. Além disso, passa a ter um poder de controle sobre o rumo e a orientação negocial da empresa. Ele não é mais proprietário dos bens conferidos para a integralização do capital social; porém, é detentor de direitos — entre os quais se destaca o de controle: daí a dissociação entre propriedade e controle. Prossegue Justen Filho (1987, p. 44), dizendo que

A grande peculiaridade da personificação societária reside exatamente aí. Inexistindo pessoa jurídica, concentram-se sobre a mesma pessoa a propriedade e o controle. Com o surgimento da pessoa jurídica, a propriedade e o controle tornam-se distinguíveis.

Quais seriam os motivos que levam o Estado a concordar com este sistema de limitação da responsabilidade e distinção patrimonial, negocial e processual, entre sociedades comerciais e seus sócios? Responde-nos Lima, através de sua obra *Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima*:

Esses dois princípios conjugados surtem o efeito benéfico de encorajar o aparecimento e estimular o desenvolvimento da empresa privada nacional, à qual compete, preferencialmente, com o estímulo e o apoio do Estado, organizar e explorar as atividades econômicas (Lima, 1989, p. 141).

Na mesma esteira, é Comparato (1983, p. 341), em *O poder de controle na sociedade anônima*, quem complementa: *A responsabilidade limitada é fator de progresso econômico, pois, permitindo um maior afluxo de capitais para as atividades produtivas, contribui para uma redução relativa de custos e preços.* As vantagens da personificação poderiam ser assim sistematizadas, conforme Noronha (1999, p. 98-99):

- a) A simplificação das relações jurídicas que se processam entre as pessoas que fazem parte da organização e as pessoas que estão fora dela; os terceiros não estarão negociando e se relacionando com cada um dos integrantes da organização, mas sim com a nova “pessoa” que é a organização personificada;
- b) A separação patrimonial da pessoa jurídica em relação às pessoas que nela intervenham;
- c) A personificação assegura a realização dos interesses da organização, independentemente das alterações de vontade dos seres humanos que, a cada momento, sejam incumbidos da respectiva prossecução — ou seja, a prossecução dos objetivos da sociedade será realizar a atividade à qual se propôs (seu objeto) gerando lucros (resultados) para os seus sócios e cumprindo sua função social; a pessoa jurídica tem um objeto próprio que fica a salvo das vicissitudes das vontades individuais daqueles que a compõem.

Se é instrumental, a pessoa jurídica deve valer apenas e na medida em que seu escopo esteja sendo respeitado. Se ela serve aos interesses humanos e estes interesses são tutelados pelo Direito por serem benéficos à sociedade, no momento em que a personificação for utilizada para atingir interesses outros, que não são tutelados, deve prevalecer e vir à tona a instrumentalidade da personificação⁵. Se é instrumento, pode ser afastada quando for contra os interesses prescritos no ordenamento. Surge então a possibilidade de aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, da qual trataremos mais detalhadamente na

⁵ O parágrafo único do art. 54 da Lei Societária Argentina (Ley n. 19.550, de 1972) traz um dispositivo que consagra a instrumentalidade da personalidade jurídica. Denominado de *Inoponibilidad de la personalidad jurídica*, dispõe: *La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados*. Os doutrinadores argentinos discutem se este artigo trata de desconsideração da personalidade jurídica ou se é um problema de imputação direta que torna inoponível o tipo legal da sociedade. Esse assunto será logo retomado, quando tratarmos da desconsideração da personalidade jurídica.

seqüência.

1.1 A independência patrimonial

Um dos princípios mais caros ao direito societário é a separação patrimonial que se dá entre a pessoa jurídica e as pessoas que a integram como acionistas ou quotistas. Juntamente com a separação dos patrimônios, dá-se a especialização das atividades, ou seja, um determinado patrimônio é afetado com o fim de realizar um empreendimento que será o próprio objeto da sociedade comercial.

A autonomia patrimonial nasce com a personificação das organizações sociais. Por exemplo: no caso das sociedades irregulares, a titular dos direitos e obrigações societárias é a sociedade, porém, como não há autonomia, os seus sócios e respectivos patrimônios respondem solidaria e subsidiariamente pelas obrigações societárias⁶. Já a sociedade comercial personificada e regular, de responsabilidade limitada, não submete os patrimônios particulares dos sócios ao pagamento de dívidas societárias, pois há nítida separação patrimonial depois da integralização do capital social. Na Argentina, o artigo 39 do Código Civil, inserto no título que trata das pessoas jurídicas, deixa claro que *Los bienes que pertenezcan a la asociación, no pertenecen a ninguno de sus miembros*.

Entre nós, todas as sociedades comerciais cujos atos constitutivos tenham sido arquivados no Registro Público de Empresas têm personalidade jurídica e, assim, usufruem do princípio da autonomia ou da separação patrimonial. Mas, como indica Bulgarelli em

⁶ Na Lei Societária Argentina (Ley n. 19.550, de 1972), em sua seção 4, tratando das sociedades não constituídas regularmente, dispõe o art. 23: *Los socios y quienes contrataron en nombre de la sociedad quedarán solidariamente obligados por las operaciones sociales sin poder invocar el beneficio del artículo 56 ni las limitaciones que se funden en el contrato social*.

Sociedades comerciais: sociedades civis e sociedades cooperativas; empresas e estabelecimento comercial: estudo das sociedades comerciais e seus tipos, conceitos modernos de empresa e estabelecimento, subsídios para o estudo do direito empresarial, abordagem às sociedades civis e cooperativas (2000, p. 28), há ordenamentos que negam a personificação às sociedades civis⁷ ou às sociedades em que há sócios com responsabilidade ilimitada⁸. Isso faz sentido, pois a personificação “esconde” as pessoas físicas e seus patrimônios particulares, limitando ao patrimônio da pessoa jurídica a responsabilidade pelos débitos. Nas sociedades de pessoas na quai há responsabilidade ilimitada dos sócios, a autonomia patrimonial da pessoa jurídica é relativa, pois, uma vez esgotado esse patrimônio, alcançam-se os bens dos sócios com responsabilidade ilimitada, porém subsidiária.

E por que permite a lei que se faça a separação patrimonial das pessoas naturais e da pessoa jurídica? Porque a atividade comercial é arriscada e as empresas são responsáveis pela produção e/ou comercialização de bens e serviços, gerando trabalho para a população; além disso, é delas que provém a maior parte das receitas estatais. Justifica-se a criação das pessoas jurídicas, com patrimônio, responsabilidade e personalidade próprios, por estarem elas servindo à sociedade humana. É uma das manifestações do fenômeno da funcionalização do Direito, pelo qual este passa a ser um instrumento de realização dos fins do Estado. O Direito promove atividades através de seus institutos. Assim, a personificação com a conseqüente limitação patrimonial leva ao desenvolvimento da atividade econômica — o que é bom para a sociedade, tal qual registra Justen Filho (1987).

Em *A responsabilidade civil dos administradores de empresas*, Leão (1988, p.

⁷ Como ocorre em Portugal.

⁸ Como se dá na Alemanha.

12) explica que

a empresa é o sucedâneo da propriedade imobiliária tradicional. O significado social e o papel que lhe são reservados é de inuidosa importância. É preciso prestigiá-la e, ao mesmo tempo, impor-lhe mecanismos de controle que não a desnaturem da função social que devem desempenhar.

Sempre que invocada a separação patrimonial entre pessoa jurídica e seus componentes (pessoas naturais e/ou jurídicas) há que se observar, empiricamente, como está sendo utilizada a pessoa jurídica. Desde que ela esteja sendo usada como ferramenta por um sócio que a conduz com vistas aos seus interesses individuais, e ela não esteja cumprindo sua função social, deve-se arredar o princípio da separação patrimonial que estaria servindo para acobertar interesses não protegidos pelo Direito. O fundamento do princípio é o benefício social. Na inexistência deste, não há razão para que prevaleça a separação dos patrimônios.

Daí, a ponderação de Costa (1984, p. 66), em seu artigo **Responsabilidade dos sócios pelas dívidas da sociedade**, segundo o qual

modernamente, esse princípio absoluto de separação patrimonial tem sido reduzido a partir de noções sociais de que se imbuí a ciência do direito, tais como a teoria do abuso do direito, a contenção da fraude civil, a atuação dolosa do responsável, bem como, no campo específico do direito societário, pelo desenvolvimento de dois princípios novos de cunho social, seja a responsabilização administrativa e do controlador das companhias, seja pela teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Pelo princípio da separação patrimonial entre as pessoas dos sócios e a pessoa jurídica fica estabelecido que o patrimônio pertencente aos sócios — que compõem o substrato pessoal da pessoa jurídica — não se confunde com o patrimônio desta: são patrimônios distintos. Noronha (1999, p. 86) assevera: *O patrimônio é tradicionalmente considerado como o complexo de direitos e obrigações de uma pessoa, que sejam suscetíveis de avaliação econômica*. O patrimônio líquido é o resultado da conta em que se diminui do todo o valor das obrigações — ou seja, é o patrimônio menos as obrigações.

O princípio da subsidiariedade informa toda a teoria geral do direito societário no que respeita à responsabilidade dos sócios pela dívidas sociais. Assim, seja qual for a espécie de responsabilidade do sócio (limitada ou ilimitada) ela será sempre subsidiária, o que significa dizer que ela só será alcançada pelo credor depois de esgotado o patrimônio social. Primeiro, o credor deve procurar seu crédito no patrimônio societário para depois, se possível, buscar sua satisfação no patrimônio particular dos sócios⁹. Estes, quando respondem, o fazem subsidiariamente, em complemento à responsabilidade societária. No Brasil, o princípio da subsidiariedade está positivado nos artigos 350 do Código Comercial (Lei n. 556, de 1850) e 596 do Código de Processo Civil (Lei n. 5869, de 1973). Na Argentina, o art. 56 da Ley n. 19.550, de 1972, trata da subsidiariedade nos seguintes termos:

La sentencia que se pronuncie contra la sociedad tiene fuerza de cosa juzgada contra los socios en relación a su responsabilidad social y puede ser ejecutada contra ellos, previa excusión de los bienes sociales, según corresponda de acuerdo com el tipo de sociedad de que se trate.

Para entendermos o princípio da subsidiariedade, é necessário sabermos o que são patrimônios especiais ou de afetação os quais exteriorizam o fenômeno da especialização do patrimônio.

De acordo com Noronha (1999, p. 87),

Patrimônios especiais (ou de afetação) são conjuntos de bens ou direitos que por força da própria lei estão afetos à prossecução de determinados objetivos e que, por isso, só respondem pelas dívidas relacionadas com a realização desse escopo, ou que, pelo menos, terão de responder em primeiro lugar por tais dívidas.

São conhecidos por patrimônios separados porque se destacam do patrimônio geral do seu titular. Quando um sócio transfere uma parcela dos seus bens para a formação da

⁹ Por acreditar que este princípio merece uma releitura, no terceiro capítulo da presente dissertação, tal questão será tratada de modo mais adequado.

sociedade comercial, perde a propriedade daqueles bens, os quais passam a pertencer à sociedade comercial. A finalidade deste patrimônio, então, é garantir o funcionamento e propiciar a prosperidade da atividade empresarial. Por isso se diz “patrimônio de afetação”: porque ele está destinado (afetado) a uma finalidade preestabelecida.

Borda (s.d., p. 286), em seu *Manual de Derecho Civil — Parte General*, refere-se ao princípio da especialidade, segundo o qual as pessoas jurídicas só podem realizar os atos que sejam vinculados aos fins de sua instituição. Em sua perspectiva, as pessoas físicas podem se dedicar a toda sorte de atividades, podendo, a um só tempo, ser comerciantes, filantropos, educadores, etc. Já as pessoas jurídicas podem dedicar-se apenas às operações vinculadas ao seu objeto social.

Se sua afetação é previamente estabelecida, há que se garantir que esse patrimônio não responda por dívidas estranhas e não relacionadas ao seu fim. Os patrimônios especiais ou de afetação, conforme Noronha (1999, p. 87), *são caracterizados por responderem apenas pelo seu próprio passivo (ou por responderem em primeira linha pelo seu passivo)*.

Afeta-se um patrimônio para a sociedade e este tem o objetivo de conseguir determinados fins. Por isso ele só responde por obrigações correlatas às suas finalidades, sendo o primeiro patrimônio a ser invocado para responder. Os bens particulares dos sócios só serão alcançados subsidiariamente (se sua responsabilidade for ilimitada), após se ter esgotado o patrimônio especial de afetação, que é o da sociedade comercial. Um patrimônio independente e autônomo do outro só responde pelos encargos daquele, subsidiariamente.

Quando se trata de responsabilização pessoal de administradores, não há que se falar em princípio da subsidiariedade pois ele é uma ferramenta de proteção aos sócios. Os

administradores de sociedades responderão diretamente, e pessoalmente, pelos danos que causaram no exercício de sua gestão.

1.2 A expressão da vontade

Outro tema complexo no Direito Societário é a natureza jurídica da atividade do administrador na sociedade comercial. As pessoas jurídicas atuam no mundo através de pessoas naturais escolhidas para manifestar a vontade da sociedade. Essas pessoas se manifestam enquanto sociedade comercial e seus atos são atribuídos à pessoa jurídica, responsável pelos atos de seus administradores, que têm poder para atuar em nome dela, sendo que tal poder tem origem em seus estatutos. Os administradores não podem praticar atos de liberalidade à custa da sociedade, muito menos engendrar negócios cuja finalidade seja conflitante com os interesses da sociedade.

Se a pessoa jurídica se manifesta através de pessoas naturais, qual a natureza desta manifestação e que tipo de poderes tem a pessoa física que atua pela sociedade comercial? Desse questionamento, surgem no panorama jurídico dois entendimentos. O primeiro, de que haveria mandato: a pessoa jurídica estaria sendo “representada” pela pessoa física; o segundo: de que a pessoa física seria a própria pessoa jurídica em manifestação externa, sendo um órgão cuja função é expressar a vontade societária.

1.2.1 A teoria do mandato

Os entes de existência ideal, como é o caso da pessoa jurídica, precisam atuar externamente, através de pessoas naturais que as dirigem, contratam em seu nome e tomam

decisões. Disso, resulta a seguinte questão: que relação existe entre as pessoas naturais e as pessoas jurídicas?

Duas teorias principais tratam de explicar a relação entre pessoa jurídica e pessoas naturais, que a integram: a teoria da ficção e a teoria da realidade. A primeira sustenta a existência de uma *representação*, a segunda considera os administradores como *órgãos* naturais dos entes ideais.

Para a teoria da ficção, as pessoas jurídicas são entes fictícios criados pelo legislador e, sendo incapazes de fato para atuarem por si, só se podem expressar por intermédio de representantes legais. Assim, entre pessoa jurídica e seus administradores haveria uma relação de representação.

A teoria da realidade entende a pessoa jurídica como um ente real e seus administradores devem ser considerados seus órgãos naturais. Borda (s.d., p. 287) resume esta teoria:

Lo que se quiere significar es que no hay dualismo entre la persona jurídica y sus administradores; que ambos no están vinculados por una relación externa, como es el mandato, sino que, por el contrario, los administradores forman parte de la entidad, la integran. Entre ambos no existe un vínculo contractual (el mandato), sino una relación institucional, derivada de la constitución y de la organización de la persona jurídica. Los administradores no están fuera de la entidad, sino dentro de ella.

Ainda conforme Borda, o legislador argentino adotou a teoria da representação nos artigos 35 a 37 do Código Civil Argentino:

Art. 35 Las personas jurídicas pueden, para los fines de su institución, adquirir los derechos que este Código establece, y ejercer los actos que no les sean prohibidos, por el ministerio de los representantes que sus leyes o estatutos les hubiesen constituido.

Art. 36 Se reputan actos de las personas jurídicas los de sus representantes legales, siempre que no excedan los límites de su ministerio. En lo que excedieren, sólo producirán efecto respecto de los mandatarios.

Art. 37 Si los poderes de los mandatarios no hubiesen sido expresamente designados en los respectivos estatutos, o en los instrumentos que los autoricen, la validez de los actos será regida por las reglas del mandato.

Ferreira (1958. p. 1609), em seu *Tratado de sociedades mercantis*, explica que o Decreto n. 434, de 1891, tratava os diretores da sociedade anônima como mandatários: *Assim, no artigo 97, § 1º, se dizia que “o mandato de administrador” não podia durar mais de seis anos e era revogável.* O Decreto n. 2627, de 1940, trouxe nova orientação ao tratamento dos diretores — agora considerados órgãos da sociedade. Para a teoria do órgão, a pessoa natural e a pessoa jurídica se identificam: a pessoa jurídica apresenta-se nos negócios jurídicos através de seus órgãos.

Hoje, o administrador não pode mais ser visto como um simples mandatário; tanto a diretoria como o conselho de administração são órgãos da companhia e, através de seus componentes, titulares das atribuições do órgão, realizarão os atos de gestão. Afirma Bove (1958, p. 127-129), em seu artigo **Responsabilidade dos gestores das sociedades anônimas**, que

Apesar de ser usada, pela legislação de outros países, a palavra “mandatário”, não pode ser emprestado esse caráter aos diretores das sociedades anônimas. (...) Diferenças sensíveis, na verdade, podem ser apontadas, para demonstrar que o diretor da sociedade anônima não é um mandatário.

O mandato admite revogabilidade, mas impõe ao mandante o ressarcimento de danos ou prejuízos decorrentes da revogação quando esta se dá sem culpa do mandatário. O mesmo não se dá com a destituição de diretores e administradores, conforme art. 143 da Lei n. 6.404, de 1976, e art. 265 da Ley 19.550, de 1972. Outra diferenciação: a situação jurídica do diretor difere da do mandatário, pois, conforme Bove (1958, p. 132), *o mandante ao outorgar procuração ao mandatário fixa-lhe os poderes e dentro desses limites deve ele agir.* Quanto aos diretores, sua autoridade não advém simplesmente da entidade social, suas atribuições emanam da própria lei. Eis aí mais uma característica que denota a feição institucional da companhia: a estrutura de gestão e poder decorre da lei — e não da vontade dos acionistas,

como registra Eizirik (1984, p. 48-62), em seu artigo **Responsabilidade civil e administrativa do diretor de companhia aberta**.

1.2.2 Teoria do órgão

Depois de concebida e adotada pelas legislações societárias mais modernas, a teoria organicista foi revista no sentido de não se considerar a pessoa natural como o órgão societário, posto que ela é *titular* de um órgão criado pela lei. As pessoas que agem investidas dos poderes dos órgãos societários não aparecem individualmente, como pessoa natural. A vontade por eles manifestada não é a deles e sim a da sociedade — que não poderia se exprimir, pois agir é um atributo do homem.

Assim, é equivocado dizer que o diretor representa a sociedade. Por certo, a *diretoria* é o órgão representante da sociedade, ainda que sua atribuição seja executada por uma pessoa física.

Segundo postula Noronha (1996, p. 68) em seu artigo **Responsabilidade civil de pessoas jurídicas em especial de sociedades e de seus administradores, por atos destes**,

Da visão tipicamente contratualista que prevalecia no séc. XIX, sendo o administrador considerado “mandatário” da pessoa jurídica, evoluiu-se primeiro para uma concepção organicista, antropomórfica, que o considerava como “órgão” (cérebro, voz e braço dela), para, depois, e atualmente, se tender para uma outra, que distingue entre o “órgão” e o respectivo “titular”.

Assim, o entendimento atual reside na perspectiva de que os órgãos da companhia são a diretoria, o conselho de administração, a assembléia geral e o conselho fiscal. Pelo órgão, trabalham pessoas cujas atribuições são orgânicas e, uma vez extrapoladas suas competências, ou ainda, quando exercidas para atingir finalidade diversa do objeto e do

interesse sociais, deixam elas de cumprir a obrigação funcional. Por isso, nesses casos, serão responsabilizadas pessoalmente.

Não haveria sentido responsabilizar a diretoria, o conselho de administração, enquanto órgãos da companhia, pois se presume que os órgãos jamais trabalharão contra a sociedade e contra os interesses sociais que em torno dela gravitam. Assim, arreda-se a idéia de que as pessoas investidas nas funções orgânicas são os próprios órgãos da companhia, visto deixarem de sê-lo no momento em que suas atitudes são incompatíveis com os interesses dos acionistas, da companhia e da sociedade (comunidade). Em razão disso, justifica-se a sua responsabilização pessoal.

Com relação aos fatos ou atos ilícitos praticados pelos administradores lesando terceiros, cabe a pergunta: de quem será a responsabilidade pela indenização: do administrador ou da companhia? Comenta Borda (s.d. p. 289) o artigo 43 do Código Civil Argentino e faz a seguinte dedução:

La idea de que entre la persona jurídica y sus administradores media una relación de representación, conduce lógicamente a esa conclusión: sólo los actos ejercidos dentro de los límites del mandato obligan a la persona jurídica.

Ainda segundo ele, essa disposição consagrou uma injustiça notória dando, então, início a uma evolução jurisprudencial naquele país, até o reconhecimento da responsabilidade da pessoa jurídica por atos ilícitos praticados pelos administradores. Atualmente, após a reforma do Código Civil Argentino, o art. 43 passou a vigorar com a seguinte redação:

Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren, en ejercicio o con ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título: de las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos.

Os comercialistas brasileiros¹⁰ pendem para a teoria do órgão como a mais sensata para explicar a relação existente entre pessoa jurídica e administradores. Não obstante, quando há visível exorbitância de poderes por parte dos gestores, defendem tratamento similar ao que se dispensa nas hipóteses de excesso de mandato, protegendo o terceiro de boa-fé. É o que se depreende do cotejo entre o art. 1.309 do Código Civil brasileiro e o art. 158 da Lei n. 6.404, de 1976. O primeiro trata da obrigação do mandante de satisfazer todas as obrigações assumidas pelo mandatário que estejam dentro dos limites do mandato. Pelo disposto na lei, a sociedade por ações (suposta mandante) assumiria todas as obrigações contraídas pelo gestor, dentro dos limites de suas atribuições.

Deduz-se desses dois dispositivos que, ao exorbitar o âmbito de poderes conferidos, tanto o mandatário como o gestor estariam pessoalmente responsáveis pelo adimplemento da obrigação contraída. No entanto, não é essa a orientação da jurisprudência que, aproveitando os preceitos da teoria do órgão, protege o terceiro de boa-fé, impondo à sociedade a obrigação de adimplir, com base na teoria da aparência. Na Argentina, como vimos acima, vigora dispositivo legal (art. 43, do Código Civil Argentino) que consagra o princípio pelo qual é a pessoa jurídica quem responde pelos danos causados pelos administradores.

Pela teoria do órgão, os administradores são *parte* da pessoa jurídica e isso, por si só, já justificaria o entendimento de que ela é a responsável pelos atos daqueles, perante o terceiro de boa-fé, ainda que houvesse o gestor excedido seus limites. Tal situação só seria diferente se houvesse conluio entre o administrador e o terceiro para lesar a pessoa jurídica.

¹⁰ Referimo-nos a comercialistas da atualidade tais como Waldirio Bulgarelli, Rubens Requião, Fábio Ulhoa Coelho, Fábio Konder Comparato, entre outros.

Mas, nesse caso, não há mais que se falar em terceiro de boa-fé, donde se justifica a sua desproteção. Mais adiante, no capítulo 3, voltaremos a esse assunto.

1.3 A sociedade por ações e a limitação da responsabilidade

A sociedade por ações é aquela cujo capital se divide em ações que são títulos representativos de uma fração ideal do capital social. No volume segundo de seu *Curso de Direito Comercial*, Requião (1998) informa-nos que, no Século XVII, devido à necessidade de empresas com grande capital promoverem a exploração do Novo Mundo, surgiu a sociedade anônima. Naquela ocasião, o Estado também tinha interesse na constituição dessas sociedades e, por isso, contribuía para a formação do capital social. A sociedade por ações é, por excelência, uma sociedade que nasce para fazer o papel de desbravamento e exploração das riquezas naturais da América. Requião (1998) reporta-se à Companhia das Índias Ocidentais, criada em 1621, cujo escopo era formar expedições para a conquista do Brasil.

Caracteriza-se a sociedade por ações por ser uma sociedade com uma regulamentação normativa específica, a fim de garantir ao público que investe em ações acesso ostensivo à informação, através da publicidade dos atos societários. A sociedade por ações é um instrumento empresarial adequado para grandes empreendimentos, pois permite a captação de poupança de parcela da população que, atraída pela limitação da responsabilidade e pela liquidez relativa dos títulos, investe em ações. Esse tipo societário permite uma grande concentração de capital, pois capta recursos junto à população e também junto a outras sociedades — o que lhe possibilita realizar empreendimentos de grande monta, os quais para outras espécies societárias seriam inviáveis. No entanto, essa aglutinação do capital nem sempre tem bons impactos na sociedade humana. Muito capital nas mãos de poucos

representa desigualdade, pois o capital pulverizado funciona como fator de equilíbrio social.

A Lei n. 6.404, de 1976, que disciplina, no Brasil, as sociedades por ações, foi estabelecida visando basicamente ao fortalecimento do mercado de capitais de risco. Tem por escopo a captação da poupança popular e isso exigiu uma sistemática que garantisse ao acionista minoritário o respeito a regras definidas a fim de lhe proporcionar segurança neste tipo de investimento.

De acordo com Boiteux (1988, p. 9), em *Responsabilidade civil do acionista controlador e da sociedade controlada*,

A modernização da estrutura do mercado de capitais e do sistema financeiro foi, portanto, feita sob uma clara opção pelas grandes empresas, que seriam depositárias da poupança popular, por intermédio dos acionistas. (...) O modelo legal para que se viabilizasse o econômico foi uma lei de base fortemente institucional, voltada essencialmente para grandes empresas e para a sua concentração. Sem inviabilizar, todavia, sua utilização para a constituição de pequenas empresas fechadas, de base contratual.

Ao comentar esses aspectos da sociedade por ações, o autor afirma ainda que:

ao invés de coibir o desenvolvimento da grande empresa, preferiu-se regulamentá-la levando-se em conta suas características. Havia que estabelecer sua responsabilidade, levando-se em conta os benefícios, viabilizando empreendimentos que, de outra forma, não poderiam ser realizados. Pois a capacidade financeira do conglomerado traz benefícios ao processo produtivo (Boiteux, 1988, p. 5).

A Constituição Federal de 1988 consagrou o princípio da livre iniciativa, como base da economia de mercado. Entretanto, não deixou de condicionar o direito de propriedade à sua função social. Dessa forma, a ordem econômica assume caráter instrumental, pois é meio de satisfação das necessidades coletivas.

O delineamento da limitação da responsabilidade dos sócios das sociedades de capital, como instrumento da atividade econômica, surgiu com força na Revolução Industrial. Nesse período, aumentou a necessidade de concentração de capitais para os grandes

empreendimentos e o capital individual dificilmente era suficiente. Além disso, o risco representado pela responsabilidade ilimitada e subsidiária desencorajava os que não podiam apostar toda a sua riqueza em um negócio. Conforme Justen Filho (1987), tal cenário, por conseguinte, faz aumentar o interesse pelas sociedades anônimas.

Cabe, em contrapartida, perguntarmo-nos: por que o Estado e a Sociedade aceitam que o acionista tenha acesso a um sistema em que sua responsabilidade pessoal seja limitada ao montante empregado na atividade?

Depois da constatação de que o Direito tem um papel muito maior de promoção de fins sociais do que de simplesmente assegurar e tutelar a vontade das pessoas (o Direito é o instrumento pelo qual o Estado busca atingir e realizar os seus fins), substitui-se o *modus operandi* do Direito que, de repressor, passa a ser também interventor promocional. Esse Direito quer que o indivíduo atue transformando a sociedade humana em que vive e, para isso, precisa oferecer recompensas. Surge a chamada sanção positiva. Para estimular os indivíduos a se associarem e desenvolverem a atividade econômica que permite a multiplicação de riqueza, o Direito institui e mantém esse esquema da responsabilidade limitada através da personificação societária (Justen Filho, 1987, p. 46-51).

Notemos que a limitação da responsabilidade só é possível para as sociedades que têm personalidade jurídica. Como indica Koury,

A função do instituto pessoa jurídica é limitar os riscos empresariais, através do reconhecimento de sua existência como distinta da existência de seus membros, que objetiva principalmente estimular o desenvolvimento das atividades econômicas e contribuir, assim, para o desenvolvimento social, não é evidentemente ilegítima; todavia, a utilização desta situação pode ter, em alguns casos, esse caráter (Koury, 1998, p. 67).

A limitação da responsabilidade daqueles que empregam capital próprio na formação de uma sociedade comercial é um meio de fomentar a atividade empresarial, pois

limita os riscos inerentes. O empresário que desloca parte de seu capital para aplicação em um empreendimento tem, de antemão, a certeza de que, caso não tenha sucesso, perderá somente aquilo que investiu. *Reconhecidamente, uma das mais úteis invenções científicas no campo da criação jurídica foram as sociedades comerciais, e a possibilidade de responsabilidade limitada no exercício dos negócios*, tal como refere Costa (1984, p.66).

Justen Filho (1987) relaciona o próprio aparecimento do instituto da personalidade jurídica à proliferação das sociedades anônimas — caracterizadas por serem diferentes das outras sociedades até então existentes, as chamadas sociedades de pessoas, às quais o direito europeu nega personalidade jurídica. A sociedade por ações já nasceu com feições publicísticas e, em sua gênese, era tida como uma massa inconfundível com os sócios. Afirma o autor que

A variabilidade de sócios, a dimensão do capital, a relevância da atividade econômica desempenhada, assim como a adoção de estrutura administrativa autônoma e complexa, distinguem a companhia como uma espécie jurídica à parte (Justen Filho, 1987, p. 23).

Como todo instituto jurídico, a pessoa jurídica também poderá ter sua função desviada, ou seja, utilizada contrariamente às suas finalidades. O desvio de função consiste na falta de correspondência entre os fins buscados pelas partes e o objetivo do Direito ao contemplar aquele instituto. Aí entra a desconsideração da pessoa jurídica¹¹, expediente utilizado pela jurisprudência para preservar o instituto dela, afastando-o, porém, diante de um caso concreto, a fim de alcançar as pessoas que estão por trás dela.

¹¹ O estudo relativo à desconsideração da pessoa jurídica está no item 1.4 deste capítulo.

1.3.1 O acionista comum e o controlador

Ponto-chave no direito societário atual, a limitação da responsabilidade do sócio é produto de uma evolução no tratamento jurídico societário. Sabe-se que o artesão — embrião do industrial — trabalhava sozinho e empenhava todo o seu patrimônio naquela atividade. O comerciante individual que comprometia ilimitadamente todo o seu patrimônio descobre que, se ele se associar a outro comerciante, a junção de capital e esforços tornará o negócio mais interessante e lucrativo. Dessa perspectiva surgiram as primeiras sociedades. A sociedade em nome coletivo, na qual todos os sócios continuavam a ter responsabilidade ilimitada e solidária, perante terceiros.

De acordo com o exposto por Bulgarelli (2000, p. 45-71), a razão de ser da sociedade comercial restringia-se à união de esforços e capital. Também a sociedade de capital e indústria, onde há um trabalhador e um capitalista, tem na sua razão de ser a associação entre alguém que sabe realizar um ofício e outro que tem capital para investir na estrutura e disponibilização para o público do trabalho realizado. Parece claro que esse tipo societário surgiu da sociedade entre o artesão e o comerciante. O sócio capitalista terá responsabilidade ilimitada e o sócio de indústria, que não contribui com bens ou dinheiro, somente com seu trabalho, não terá responsabilidade perante terceiros.

Os primeiros tipos societários que introduziram a responsabilidade limitada foram a sociedade em comandita simples e a sociedade em conta de participação. Esses dois tipos de sociedade distinguem duas categorias de sócios: aquela cujo sócio tem responsabilidade ilimitada e a que tem a limitação da sua responsabilidade. A partir dos Séculos XVI e XVII, intensifica-se na Europa o contrato de *commenda*. Relata Bulgarelli (2000, p. 63-66) que tal contrato consistia na entrega de mercadorias ou dinheiro, por parte de

uma pessoa, a um comerciante que realizava uma viagem além-mar para fazer negócios com aquelas mercadorias e aquele dinheiro, de modo que os dois — a pessoa e o comerciante — tinham participação nos lucros, ou seja, ambos lucravam com a venda das mercadorias atribuídas ao comerciante, ou, mesmo, lucravam com a venda das mercadorias adquiridas com o dinheiro do capitalista.

Prossegue o autor, indicando que o contrato de *commenda* passou a ser utilizado em negócios terrestres e, posteriormente, não era mais realizado isoladamente, mas em negócios sucessivos. Sua larga utilização deveu-se, principalmente, ao fato de possibilitar a participação no comércio às pessoas que não podiam ser comerciantes, ou não queriam aparecer como comerciantes, já que, naquela época, o Direito Canônico proscovia a atividade comercial. Com a *commenda*, o capitalista podia auferir as vantagens do comércio sem aparecer ou sem se comprometer como comerciante ou sócio.

Com essa modalidade de negócios surgiram duas espécies societárias: a comandita simples e a sociedade em conta de participação. Na sociedade em comandita, o sócio capitalista (comanditário) se associa a outros mas não quer comprometer no negócio mais do que aquilo que ele efetivamente empregou, tendo responsabilidade limitada e identidade divulgada. Em contrapartida, essa categoria de sócio não participa da gerência da sociedade. Na sociedade em conta de participação, o sócio oculto também tem responsabilidade limitada e sua identidade fica resguardada. Do mesmo modo, ao se beneficiar da limitação da responsabilidade, ele não participa da gerência societária.

Comparando-se, então, os três tipos societários aqui relacionados — capital e indústria, comandita simples e sociedade em conta de participação —, fica clara a distinção entre o sócio capitalista que emprega dinheiro e tem responsabilidade limitada, mas não pode

exercer a gerência. O poder de gerir, nestes tipos societários, implica responsabilidade ilimitada. Aquele que gerencia responde com todo o seu patrimônio para com os credores societários. É como se houvesse uma compensação: aquele que pode decidir e mandar tem responsabilidade agravada (ilimitada); já o que não dirige tem a certeza de que nada perderá além daquilo que ele investiu na sociedade.

É Bulgarelli (2000) ainda quem esclarece que, paralelamente a esses tipos societários em que há pequeno investimento e envolvimento de poucas pessoas, já se projetava, na época das grandes expedições marítimas, a sociedade anônima, que precisava de um grande aporte de capital, envolvendo muita gente que, na maioria das vezes, escolhia participar do comércio através da sociedade anônima para não ter sua identidade divulgada, justamente devido ao tratamento que a Igreja dispensava aos comerciantes. Ao se integrarem a uma sociedade anônima, os sócios ganhavam um título — uma ação — que não identificava o seu proprietário. Além do anonimato, havia ainda a vantagem da limitação. Não lhes era dada a gestão da administração da empresa, dissociando-se a propriedade do poder de mando e tornando nítida a diferença entre os empresários e os capitalistas. Aqueles participavam efetivamente da orientação e direcionamento da empresa; os outros investiam capital com expectativa de bom retorno e tinham consciência do risco de que, caso não houvesse o retorno, poderiam até perder aquilo que empregaram, embora corressem o risco, porque ele é limitado ao capital empreendido.

As vantagens da limitação da responsabilidade são claras e levaram o legislador a criar mais um tipo societário que admite uma só categoria de sócios com responsabilidade limitada. Sua particularidade em relação às sociedades anônimas, que já possibilitavam esta vantagem, é que a sociedade por quotas de responsabilidade limitada se

destina a empreendimentos menores, tanto no que respeita ao capital quanto ao número de sócios.

Na sociedade por ações, bem como na sociedade por quotas de responsabilidade limitada, contempla-se a limitação também para aqueles que as gerenciam. Por isso, a Lei n. 6.404, de 1976, e o Decreto n. 3708, de 1919, estabelecem que os gerentes e administradores não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome e por conta da sociedade comercial. Vale dizer: eles não têm responsabilidade ilimitada, como ocorre nos demais tipos societários.

Porém, estes administradores e gerentes são onerados com uma responsabilidade extra, direta e decorrente da lei, pela qual podem ser compelidos a ressarcir pessoalmente prejuízos provocados por condutas ilícitas — daí a responsabilização dos administradores de sociedades. Na Argentina, os artigos 59 e 274 da Ley n. 19.550, de 1972, tratam da responsabilidade dos administradores de sociedades, dispondo que o administrador que faltar com suas obrigações responsabiliza-se pessoal e ilimitadamente. *A contrario sensu*, ele terá responsabilidade limitada se agir cumprindo suas obrigações.

A limitação da responsabilidade é alcançada com a personificação, e com a escolha do tipo societário que permite tal limitação, sendo essa uma das principais conseqüências da personalização e também a mais almejada — o que se dá porque a coletividade se beneficia desse sistema, tornando-o uma necessidade para o fomento da atividade comercial.

Quando se diz que uma das funções da personificação é unificar as relações entre uma coletividade de pessoas e os terceiros que com ela se relacionam, tornando assim a relação simples entre duas pessoas (pessoa jurídica e o terceiro), há que se observar também a

facilitação da atribuição de responsabilidade limitada. Imagine-se que o terceiro estivesse negociando e se relacionando com uma coletividade de pessoas sem personalidade jurídica; ele certamente iria considerar e ponderar a situação do patrimônio de cada um dos integrantes dessa coletividade. Com a limitação da responsabilidade ao patrimônio social, o terceiro tem elementos objetivos que lhe permitem avaliar o risco do negócio, com base no patrimônio único societário. Ele não precisará fazer um estudo das diversas situações e dos integrantes societários para avaliar seus riscos.

Paes (1978. p. 59), em *Responsabilidade dos administradores de sociedades*, declara que a figura do controlador foi criada pela Lei n. 6.404, de 1976, e que, até então, não havia previsão legal sobre o acionista controlador. O Decreto-Lei n. 2.627, de 1940, consagrava o princípio da igualdade de todos os acionistas, ignorando a figura do controlador. A lei de 1940 trabalhava com o personagem do acionista majoritário, detentor de maior capital.

Hoje, já é possível distinguir o acionista majoritário do controlador — caracteres que nem sempre coincidem na mesma pessoa. Para ser majoritário, ele deve ter a maior parte do capital social, e suas ações não serão propriamente aquelas que lhe darão direito a voto — pode ele ser o majoritário, ainda que detentor de ações preferenciais que não lhe conferem direito de voto em assembleias gerais. Ao controlador não se exige a maioria do capital social, basta que detenha uma parcela significativa de ações ordinárias, ou que realize uma aliança para obter a maioria de votos, e use efetivamente esse poder para a condução da companhia. Em síntese, o controlador pode ter em mãos um número menor de ações do que o majoritário. Esclarece Cavallhosa (1977, p. 132), em seus *Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei n. 6.404 de 15 de dezembro de 1976: O controle não se origina da coletividade*

de acionistas, mas da categoria que tem a prerrogativa do voto.

O autor discorre a respeito dessa situação como uma espécie de subversão do conceito clássico de interesse coletivo, pois

o poder não mais se funda no princípio majoritário do capital social (...) Há os controladores que têm direitos políticos que lhes dão o domínio dos órgãos de deliberação e de execução da companhia, como seja, a assembleia geral, o Conselho de Administração e a diretoria. Esse domínio lhe é, com exclusividade, propiciado pelo próprio monopólio legal do voto (art. 112). E há os demais acionistas que não têm direitos políticos e que são estruturalmente considerados credores da companhia, por isso, inclusive, que lhes garante a lei um dividendo obrigatório (art. 202) (Cavallhosa, 1977, p. 132).

Boiteux (1988, p. 94) complementa, dizendo que é recente a regulamentação jurídica sobre o uso do poder na empresa e a correspondente responsabilidade, desenvolvendo-se no Brasil, a partir de 1964, quando houve uma reorganização do mercado financeiro. O art. 116 da Lei n. 6.404/76 define o acionista controlador como sendo a pessoa física ou jurídica, ou um grupo de pessoas vinculadas por acordo, que:

- a) é titular de direitos de sócio que lhe assegurem, de modo permanente, a maioria dos votos nas deliberações da assembleia geral e o poder de eleger a maioria dos administradores da companhia; e
- b) usa efetivamente seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar o funcionamento dos órgãos da companhia.

Assim, não basta ter a maioria do controle acionário para ser considerado acionista controlador; é necessário que ele efetivamente utilize seu poder para influir na vida da sociedade e para decidi-la.

Refere Lima (1989, p. 38) que a Lei n. 6.404, de 1976, foi editada como parte de um programa de Desenvolvimento Nacional chamado Plano Nacional de Desenvolvimento, cujo propósito era proteger as minorias acionárias, assegurando-lhes o direito de dividendos mínimos em dinheiro além de outros mecanismos que pudessem incentivar a participação popular no mercado de capitais.

A lei societária argentina (Ley n. 19.550, de 1972) prevê, em seu art. 33, a matéria e as formas de controle. Porém desconhece a figura do acionista controlador como pessoa natural, tratando apenas do controle exercido por outra sociedade¹². Francisco Junyent Bas (1998, p. 265-266), em *Responsabilidad civil de los administradores societarios*, define as relações de controle entre sociedades da seguinte forma: *cuando una sociedad está en condiciones de dirigir la actividad de otra sociedad a su voluntad*.

Ensina Lima (1989, p. 38) que *acionistas minoritários são aqueles que detêm pequenas parcelas de capital das empresas, freqüentemente representadas por ações sem direito a voto. Contrapõem-se aos acionistas chamados majoritários ou controladores, que detêm a maioria das ações votantes*.

Nessa perspectiva, acionista majoritário não se confunde com acionista controlador, já que é possível haver alguém que detenha a maioria do capital acionário composto por ações sem direito a voto. Por outro lado, o acionista controlador pode não ser majoritário desde que detenha porção suficiente do capital com direito a voto, ainda que no total sua participação acionária seja menor do que a de um acionista que também não tenha direito a voto. No entanto, a proteção aos minoritários se justifica, na medida em que, *na macro-empresa, paradoxalmente, o acionista minoritário tende a ser a maioria em termos de capital*, como esclarece Lima (1989, loc.cit.).

É nesta linha de implementação da proteção ao acionista minoritário que surge

¹² Art. 33: *Se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada:*

Posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias;

Ejerza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades.

a preocupação com a disciplina da conduta dos administradores e acionistas controladores, como mecanismo de controle pelo Estado. No Direito Societário argentino também está positivada a preocupação com as minorias acionárias em disposições que impedem a alteração do equilíbrio das maiorias e minorias (artigos 275 combinado com o 276 da Ley n. 19.550, de 1972, ordenada pelo Decreto n. 841, de 1984):

Art. 275. La responsabilidad de los directores y gerentes respecto de la sociedad, se extingue por aprobación de su gestión o por renuncia expresa o transacción, resuelta por la asamblea, si esa responsabilidad no es por violación de la ley, del estatuto o reglamento y si no media oposición es ineficaz en el caso de liquidación coactiva o concursal.

Art. 276. La acción social de responsabilidad contra los directores corresponde a la sociedad, previa resolución de la asamblea de accionistas. Puede ser adoptada aunque no conste en el orden del día, se es consecuencia directa de la resolución de asunto incluido en éste. La resolución producirá la remoción del director o directores afectados y obligará a su reemplazo.

Esta acción también podrá ser ejercida por los accionistas que hubieren efectuado la oposición prevista en el artículo 275.

Ciente da realidade que permeia a administração das sociedades por ações, em que os acionistas, não obstante proprietários do capital, nada influem no direcionamento da companhia, o legislador procurou defender a massa dos acionistas minoritários contra o abuso de poderes dos controladores. A existência do poder de controle é indispensável na organização societária.

Todavía, como indica Comparato (1983, p. 294), *a todo poder correspondem deberes e responsabilidades próprias, exatamente porque se trata de um direito-função, atribuído ao titular para a consecução de finalidades precisas*. É nesta esteira que o parágrafo único do art. 116 (da Lei n. 6404, de 1976) impõe ao controlador que utilize seu poder para conduzir a companhia na realização do seu objeto social, além de impor-lhe deveres e responsabilidades perante os demais acionistas, perante os empregados e a comunidade em que atua. Se ele agir com abuso de poder, o art. 117, da mesma Lei, impõe-lhe responsabilidade pessoal.

No Direito argentino, a lei societária não elenca as atitudes da sociedade controladora capazes de lhe impor responsabilidade ilimitada, mas a jurisprudência está repleta de decisões em que se analisa o tema do interesse social e dos conflitos de interesses entre a controladora e as controladas¹³.

1. 3. 2 Os órgãos da sociedade por ações

A lei brasileira estatuiu nas sociedade por ações órgãos que a compõem e movimentam: o conselho de administração, a diretoria, a assembléia geral e o conselho fiscal. A sociedade por ações, segundo a lei brasileira, como pessoa jurídica, tem deveres, exerce direitos e contrai obrigações através de seus órgãos: a assembléia geral, o conselho de administração, a diretoria e o conselho fiscal.

Ao tratar dos administradores, a Lei n. 6.404, de 1976, não faz distinção entre os integrantes da diretoria e os do conselho de administração, tratando-os todos com a denominação genérica de “administradores”. Há ainda que se registrar que os membros da diretoria podem ser acionistas ou não da companhia, *sendo, aliás, da essência da sociedade anônima moderna essa possibilidade de ser dirigida por quem não é sócio*, como refere Bulgarelli (1988, p.158).

Exige a lei que diretores e conselheiros administrativos sejam pessoas naturais, excluindo, dessa forma, a possibilidade de uma pessoa jurídica integrar a gestão da companhia. O § 1º do art. 147 (da Lei n. 6404, de 1976) declara inelegíveis para os cargos de administração as pessoas impedidas por lei especial, condenadas por crime falimentar, de

¹³ Casos ilustrativos de conflitos de interesses: “Carabassa, Isidoro c/ Canale S.A.”, “Blaquier, Alberto c/ Estancias La Martona S.A.” (Junyent Bas, 1998, p. 268).

prevaricação, peita, suborno, concussão, peculato, crimes contra a economia popular, contra a fé pública ou a propriedade, ou por pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos. Além dessas restrições, pode a Comissão de Valores Mobiliários declarar inabilitados pretensos administradores, tornando-os inelegíveis (art. 147 § 2º).

Na sociedade por ações argentina também existem órgãos de administração e de fiscalização. A assembléia geral (Brasil) e a assembléia de acionistas (Argentina) são órgãos eminentemente deliberativos; portanto, a execução de suas deliberações caberá aos diretores da sociedade (no Brasil) e ao diretório (Argentina). No Brasil, o *quorum* de instalação se dá, em primeira convocação, com a presença de acionistas que representem, no mínimo, um quarto do capital social com direito de voto; em segunda convocação, com qualquer número (art. 125 da Lei n. 6.404, de 1976). Na Argentina, vejamos o que a Ley n. 19.550, de 1972, dispõe no art. 243 sobre o *quorum* da assembléia:

La constitución de la asamblea ordinaria en primera convocatoria, requiere la presencia de accionistas que representen la mayoría de las acciones con derecho a voto. En la Segunda convocatoria la asamblea se considerará constituida cualquiera sea el número de esas acciones presentes.

O conselho de administração é um órgão previsto na lei brasileira, de deliberação colegiada e de existência obrigatória para as companhias abertas, para as sociedades de economia mista e as companhias de capital autorizado, conforme disposições dos artigos 138, § 2º, e 239 da Lei 6.404/76. Esse conselho foi criado por esta lei, visto que, antes, o Decreto-lei n. 2.627, de 1940, não previa a existência do conselho de administração como órgão diretivo da companhia. Na Argentina, não existe um órgão correspondente ao nosso conselho de administração.

O conselho de administração tem as competências previstas nos artigos 122 e 142 da Lei n. 6.404, de 1976. Assim, cabe a ele *fixar a orientação geral dos negócios da*

companhia (art. 142, I). Isto se dá porque a assembléia geral é um órgão cuja reunião é cercada de uma série de procedimentos como convocação pública, presentes na reunião, etc. Esses aspectos dificultam a realização da assembléia; além disso, quase sempre há desinteresse e desconhecimento por parte dos acionistas quanto aos problemas da empresa. Nessa perspectiva, o conselho de administração atuará no dia-a-dia tomando decisões mais rápidas, como exige a atuação no mercado.

As decisões do conselho de administração são tomadas em conjunto, ou seja, seus membros não têm atribuições e competências individuais. Conforme Paes (1978, p. 6), a lei n. 6.404 *distingue o órgão da representação do capital do órgão de representação da companhia, isto é, o conselho de administração e a diretoria.*

Os conselheiros, que são representantes do capital, serão necessariamente acionistas; já a competência de representação da companhia cabe aos diretores que podem ser acionistas ou não. Ambos — conselheiros e diretores — são considerados administradores, como menciona Lima (1989, p. 47).

O conselho de administração será composto de, no mínimo, três membros, cuja escolha, segundo informa-nos Paes (1996, p. 110), em seu *Manual das sociedades anônimas — legislação, jurisprudência, modelos e formulários*, dá-se por eleição em assembléia geral, podendo através dela ser destituídos *ad nutum*. É possibilitado aos acionistas minoritários que detenham, no mínimo, um décimo do capital social com direito a voto, a possibilidade de elegerem conselheiros (art. 141 da Lei n. 6.404, de 1976).

A diretoria na lei brasileira é um órgão executivo e de representação, pois suas competências compreendem exercer e realizar as decisões tomadas tanto em assembléia como pelo conselho de administração, além de ter como incumbência exclusiva a representação da

sociedade (§ 1º do art. 138 da Lei n. 6.404, de 1976). Tem existência obrigatória em todas as companhias e não é órgão colegiado. Cabe ao estatuto definir as atribuições individuais, bem como as decisões que deverão ser executadas em deliberação coletiva. A diretoria deve ser composta por, no mínimo, dois diretores (art. 143 da Lei n. 6.404, de 1976), cujas atribuições e poderes são individuais.

Os diretores estão obrigados a cumprir o que foi deliberado pelo conselho de administração. Porém, se for verificada a ilegalidade das decisões do conselho, bem como se este extrapolou os limites de competência estatutária, a obrigação deixa de existir. Os diretores são eleitos e destituíveis a qualquer tempo pelo conselho de administração ou pela assembléia geral, conforme Bulgarelli (1988, p. 158).

O Decreto-lei n. 2.627, de 1940, exigia dos administradores empossados que oferecessem uma caução de gestão. A lei n. 6.404, de 1976, aboliu tal obrigatoriedade e deixou ao arbítrio do estatuto estabelecer ou não a garantia da gestão (art. 148 da Lei n. 6.404, de 1976).

Nesse sentido, interessante é a colocação de Bove (1958, p. 124):

A regra de que os acionistas manejam a entidade pelo voto da maioria, perdura, apenas, como simples postulado legal. Na realidade, uma minoria organizada e atuante, geralmente insuflada pelos administradores da sociedade, é quem dirige e imprime sua orientação às assembléias.

Esclarece-nos Lima (1989, p. 48) que, em razão disso, decorre a exigência da lei para a definição de modo preciso do objeto social, pois, assim, será delimitado o espaço no qual os diretores e conselheiros da companhia podem agir discricionariamente. A cláusula definidora do objeto social constitui-se em uma baliza para a atuação do administrador. Quando extrapola a limitação traçada pelo objeto social, o administrador age *ultra vires* — vale dizer, ele realiza operações estranhas ao objeto social.

Quanto à possibilidade de criação de novos órgãos pela companhia através do estatuto, há que se analisar o que diz o art. 139 da Lei n. 6.404, de 1976: *As atribuições e poderes conferidos por lei aos órgãos de administração não podem ser outorgados a outro órgão, criado por lei ou pelo estatuto* — o que significa que a companhia não pode criar novo órgão e conferir-lhe as atribuições inerentes à diretoria e ao conselho de administração. Isso, porém, não veda a possibilidade de um administrador ou diretor nomear um mandatário que, em seu nome e sob sua responsabilidade, estará expressando a vontade do órgão da companhia.

Na lei de sociedades, na Argentina, o órgão que tem competência de administração e representação da sociedade é o diretório. Ele será composto de um ou mais diretores designados pela assembléia de acionistas ou o conselho de vigilância (artigos 255 e seguintes da Ley n. 19.550, de 1972). A representação cabe ao presidente do diretório (art. 268 da Ley n. 19.550, de 1972), embora o estatuto possa nomear outro para representar a sociedade ou, ainda, a representação possa se fazer por organização plural, como registra Gagliardo (1994, p. 123).

O conselho fiscal é um órgão com poderes específicos de fiscalização composto por no mínimo três membros e no máximo, cinco, eleitos pela assembléia geral, podendo ser acionistas ou não. Seu funcionamento é facultativo e essa foi uma inovação introduzida pela Lei n. 6.404, de 1976. Destacamos que a sua existência é obrigatória, mas seu funcionamento é facultativo.

Bulgarelli (1988, p. 165) identifica nesta facultatividade de funcionamento do conselho fiscal uma tendência em relação às companhias abertas, pela supressão e substituição desse órgão, por auditores independentes. *Aliás, em relação às companhias*

abertas, as demonstrações financeiras devem ser obrigatoriamente auditadas por auditores independentes registrados na Comissão de Valores Mobiliários, conforme dispõe o art. 177 § 3º da Lei n. 6.404, de 1976.

Seu correspondente na legislação societária Argentina é o conselho de vigilância, que pode ser organizado a partir de uma previsão estatutária, integrado por acionistas. Suas atribuições são basicamente fiscalizar a gestão do diretório (artigos 280 e 281 da Ley n. 19.550, de 1972). Além do conselho de vigilância, a lei argentina prevê a possibilidade de se formar a sindicatura, que é uma espécie de fiscalização privada. Gagliardo (1994, p. 104) diz que a sindicatura constitui um órgão de controle da legalidade formal e substancial, relevante no desenvolvimento e extinção da sociedade.

Depois dessas breves considerações a respeito dos órgãos da sociedade por ações e suas competências, devemos abordar a questão do mau uso dos poderes societários. Quando os titulares dos órgãos societários extrapolam os poderes que lhes foram conferidos, agem com vistas a interesses individuais e não societários, desvirtuam a utilização de um direito conduzindo-o para alcançar fins não tutelados pelo Direito, utilizam a personificação para burlar a lei, nessas hipóteses eles não podem mais ser vistos como simples titulares do órgão societário. Deve-se alcançá-los, ultrapassando a pessoa jurídica, a fim de atribuir-lhe os efeitos dos atos que inicialmente estavam destinados à sociedade comercial. Além de uma importante atribuição na condução nos negócios societários, os órgãos da sociedade comercial devem ter perfeita noção da função social da sociedade comercial — vale dizer, seu poder-função ultrapassa os lindes da empresa e se projeta na comunidade onde ela está.

1.3.3 A função social da sociedade por ações.

Distingue-se a função social da sociedade por ações de sua finalidade, pois que esta será sempre o lucro¹⁴; já a sua função social relaciona-se ao seu papel dentro da comunidade — é a sua projeção externa. Não é novidade a teoria da função social da propriedade, e a proposta de função social da empresa já foi abordada aqui no Brasil pelo pensamento teórico de Comparato (1995, p. 27-37), em *Direito empresarial: estudos e pareceres*.

De acordo com Leão (1988, p. 17), em *A responsabilidade civil dos administradores de empresas*, tal proposição foi dada, como uma reação, de um lado, às formas de capitalismo puro e livre de qualquer regulamentação e intervenção estatal, e, de outro, à concepção marxista que pregava uma forma de economia controlada. Prossegue o autor: *Inteligentemente, deu-se à propriedade nova roupagem de interesse coletivo, conservando-se, entretanto, o domínio individual (...). A teoria da função social da propriedade propõe limitações à iniciativa privada* (Leão, 1988, p. 18).

A idéia básica é a de que todas as pessoas têm uma obrigação social a cumprir, variando a obrigação conforme a posição ocupada na sociedade — vale dizer: quanto mais expressivos o *status* e a riqueza, maior será a sua função social, decorrente do poder e do capital que detém. A proteção social de sua riqueza depende, assim, do cumprimento da sua função.

Comparato diz que tratar da função social da empresa no nosso sistema tradicional capitalista é linguagem inteiramente estranha. A idéia corrente era de que, sendo

proprietário dos fatores de produção, o empresário teria total liberdade de exercer a atividade empresarial sem atentar a qualquer ordem de interesses que não fossem os dos participantes da empresa. Afirmo o autor:

A instituição do Estado social impôs, no entanto, duas conseqüências jurídicas da maior importância para a organização das empresas. De um lado, o exercício da atividade empresarial já não se funda na propriedade dos meios de produção, mas na qualidade dos objetivos visados pelo agente; sendo que a ordem jurídica assina aos particulares e, especialmente, aos empresários, a realização obrigatória de objetivos sociais, definidos na Constituição (Comparato, 1983, p. 296).

O empresário tem consciência da função social de sua atividade. Porém, muitas vezes, manifesta-a quando precisa do Estado para algum tipo de incentivo fiscal ou até mesmo para o livramento dos pagamentos de ordem tributária. A empresa, freqüentemente, é entendida como uma instituição; em contrapartida, as legislações não têm se dedicado à sua definição. O Código Civil Italiano, de 1942, é apontado pela doutrina como a norma que primeiro disciplinou a empresa, sem, no entanto, defini-la. Preferindo focar a pessoa do empresário para delimitar o âmbito de atuação do Direito Comercial, dispôs o Código Italiano, segundo Leão (1988, p. 14), que: *É empresário quem exerce profissionalmente uma atividade econômica organizada com a finalidade de produção ou troca de bens ou de serviços.*

Bulgarelli (2000, p. 291-295) afirma que, desde a Revolução Industrial, os economistas esforçam-se para conceituar a empresa. Também o conceito jurídico de empresa, bem como sua qualificação jurídica, são objeto de correntes confusões. Ele conceitua a empresa como

¹⁴ Ressalvam-se a empresa pública constituída sob a forma de sociedade por ações e a sociedade de economia mista, as quais têm por função primordial prestar um serviço público, sem, no entanto, descartar a possibilidade da geração de lucro ao Estado.

a atividade econômica organizada, exercida profissionalmente pelo empresário através do estabelecimento. Dessumem-se, desta forma, os três conceitos básicos da empresarialidade, que são o empresário, o estabelecimento e a *atividade*. Esta última se qualifica com os característicos da PROFISSIONALIDADE, ECONOMICIDADE e ORGANICIDADE (Bulgarelli, 2000, p. 294).

Não obstante, a Lei n. 6.404, de 1976, em seu art. 154, dispôs expressamente sobre a função social da empresa o que segue:

Art. 154. O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

Motivou-se tal disposição¹⁵ com o seguinte argumento:

não é mais possível que a parcela de poder, em alguns casos gigantesca, de que fruem as empresas e, através delas, seus controladores e administradores, seja exercida em proveito de sócios majoritários ou dirigentes, e não da companhia, que tem outros sócios, e em detrimento, ou sem levar em consideração os interesses da comunidade (Leão, 1988, p. 25).

Leão (1988, p. 21) defende que, assim como o Estatuto da Terra traz limitações de caráter positivo, disciplinando muito mais o que o proprietário deve fazer do que aquilo que ele não pode fazer, no Direito Empresarial, *para ser eficaz o princípio da função social da empresa é necessário ampliar as obrigações de fazer, consistentes em tornar obrigatórias certas realizações em prol dos seus empregados e da comunidade.*

Por outro lado, há uma grande dependência social e econômica que algumas corporações criam em relação à região em que se encontram. Requião exemplifica com algumas situações em que, malgrada a má administração da empresa, o governo daquela região não poderá deixá-la chegar à falência — seria o caso das empresas cujo capital é maior do que o Produto Interno Bruto de alguns países e que agregam contingente humano, como empregados diretos ou indiretos, ultrapassando a casa do milhão. Segundo Requião (1998), é

em razão disso que, hoje, em alguns países, como Estados Unidos e França, a legislação prevê um regime judicial para a recuperação de corporações em estado de debilidade econômica, a fim de afastá-las da falência. Vale dizer que esse regime de recuperação das empresas, que no Brasil foi traduzido no princípio da preservação da empresa, só se justifica na medida em que se reconhece a sua função social.

A função social da empresa assume duas vertentes: de um lado, o Estado reconhece a importância da atividade empresarial no desenvolvimento e promoção da sociedade humana; de outro, a empresa deve nortear sua condução para que a sua atuação não destoe dos benefícios que dela se espera na comunidade em que se instala. Há uma consciência recíproca entre empresa e Estado, no sentido de que os dois têm direitos e obrigações um em relação ao outro. Assim, a função social da empresa tem caráter teleológico, já que o interesse do Direito está muito mais para os fins e a destinação do que para o objeto em si.

1.4 A desconsideração da personalidade jurídica

Após breves considerações a respeito da personificação das sociedades comerciais, sua função e seus efeitos, trataremos da desconsideração da personalidade jurídica, bem como das conseqüências daí decorrentes. Esse tópico objetiva diferenciar a desconsideração da personalidade jurídica da responsabilização dos administradores, já que esta última acontece diretamente e independentemente da desconsideração da personalização.

Não se pode negar que a personificação societária propicia a utilização da

¹⁵ Exposição de motivos da Lei n. 6.404, de 1976.

pessoa jurídica para fraudar e abusar de direitos já que, por trás dela, se escondem indivíduos que podem manipulá-la, de modo a prejudicar terceiros e sócios não administradores. Daí a necessidade de encontrar um mecanismo de coibição das referidas práticas, imputando ao seu responsável as conseqüências do mau uso da personificação, preservando a pessoa jurídica, mantendo-a intacta, quanto aos atos não problemáticos.

Paralelamente ao fenômeno da relativização dos direitos que se deu em razão da funcionalização do Direito, verificou-se também a relativização da pessoa jurídica, através do reconhecimento da sua instrumentalidade. Assim, não se mantém o tabu de que há uma rígida e intransponível separação entre a pessoa jurídica e as pessoas que a controlam e têm direito de orientar seu direcionamento. De acordo com o exposto por Justen Filho (1987, p. 45),

A pessoa jurídica é e só pode ser um instrumento para a obtenção de resultados proveitosos para toda a sociedade. A personificação societária afigura-se como funcionalmente envolvida na consecução de valores e não se encerra em si mesma.

A desconsideração da personalidade jurídica é o fenômeno pelo qual se aprecia uma situação jurídica como se sociedade e sócio não fossem pessoas diferentes. Surgiu no cenário jurídico como uma construção jurisprudencial, que passou a considerar a personificação como uma técnica instrumentalizada pelo direito para facilitar as relações jurídicas entre o organismo social (formado pelos sócios) e terceiros, conforme refere Coelho (1989, p. 89). Com essa teoria, dois dos princípios jurídicos de maior relevância a nortear a vida das sociedades comerciais e civis com personalidade jurídica passam a ser atacados: o princípio de que a pessoa jurídica tem existência distinta da de seus sócios e o princípio de que a responsabilidade dos sócios será limitada ao montante por ele investido na sociedade.

Esclarece-nos Noronha (1996, p. 74) que,

Quando o ordenamento jurídico proporciona a certas organizações sociais a possibilidade de se transformarem em pessoas jurídicas, é certamente porque considera que esse é o meio mais adequado para a realização de determinados interesses de pessoas humanas. (...) Encarada deste ângulo, a personalidade jurídica é meramente instrumental: ela existe como meio para a realização de finalidades humanas. Não é possível conceber finalidades que sejam da própria pessoa jurídica.

Com a desconsideração, suspende-se a incidência das regras da personalidade jurídica. Essa suspensão, todavia, é episódica — ou seja, só acontece para algum ato específico. Este ato jurídico praticado pela pessoa jurídica permanece válido e produzirá todos os seus efeitos. Porém, o destinatário dos efeitos deste ato jurídico é alterado. Se, antes da desconsideração, os efeitos destinavam-se à pessoa jurídica (ou ao sócio), após a desconsideração esse mesmo ato passa a produzir efeitos em relação ao sócio (ou à pessoa jurídica). Em outras palavras, altera-se o sujeito que sofre as conseqüências do ato.

Ainda segundo as considerações de Coelho (1989, loc. cit.),

A idéia de que o ato constitutivo da pessoa jurídica pode, em dadas ocasiões, ter a sua eficácia suspensa, deixando, assim, de gerar conseqüências jurídicas o princípio da autonomia patrimonial, deve ser tomada como característica natural da pessoa jurídica (...) Nesse sentido, completando-se o conceito de pessoa jurídica, poder-se-ia consignar que esta é o sujeito de direito personalizado, incorpóreo e cujo ato constitutivo pode ser episodicamente ineficaz, se servir de instrumento para a realização de fraude ou abuso de direito.

É possível concluir daí que o instituto da personalidade jurídica não é absoluto e deve ser desconsiderado sempre que estiver sendo mal utilizado. A maior dificuldade da doutrina reside em sistematizar os casos em que será possível a desconsideração. Dito de outro modo, a jurisprudência norte-americana, por estar no sistema da *common law*, de acordo com o indicado por Requião (1998), aplica a desconsideração de acordo com a necessidade de cada caso. Não há uma preocupação em elencar legalmente os casos e as hipóteses em que se desconsideraria a personificação.

Em nosso caso (*civil law*), em que a lei norteia a aplicação dos institutos

jurídicos, há uma preocupação em especificar as hipóteses que ensejariam a desconsideração, bem como os requisitos, para que essa aplicação não desvirtue o instituto da personificação. Na trilha dessa tentativa, citamos os trabalhos pioneiros na abordagem desse tema, como o de Rolf Serick, na Alemanha; o de Piero Verrucoli, na Itália; e, no Brasil, os de Rubens Requião e Fábio Konder Comparato.

É Coelho (1989) quem nos apresenta, em *Desconsideração da personalidade jurídica*, as elaborações doutrinárias que aqui serão analisadas. Como fundamentos técnicos da desconsideração são apontadas as situações que seguem, provenientes dos exames pioneiros acima citados.

Dos estudos de Rolf Serick, duas circunstâncias foram levantadas: quando se abusa da personalidade jurídica com vistas à realização de fraude e quando a desconsideração é condição de aplicação de normas jurídicas. Pela construção de Verrucoli, a personalização das sociedades comerciais é um privilégio para os seus integrantes, pois podem agir e existir unitariamente, como um grupo. Assim, todas as vezes que a personalidade jurídica esteja servindo de instrumento para situações injustas, e sempre que haja o abuso do privilégio, deverá ser desconsiderada. Na perspectiva de Rubens Requião, a situação de quando a pessoa jurídica é utilizada para fins contrários ao Direito, principalmente para a fraude e o abuso do direito, deve ser considerada. Fábio Comparato, a seu turno, doutrina as seguintes circunstâncias: quando há ausência do pressuposto formal da separação de patrimônios, ou seja, quando os sócios não respeitam a separação patrimonial e confundem o patrimônio societário com o seu particular; quando não se respeita o objeto social; quando a sociedade não esteja cumprindo o seu objetivo social, que é a produção e a distribuição de lucros. E, por fim, quando houver a necessidade de desconsiderar a personalidade jurídica, para beneficiar a

própria sociedade — é o caso da Súmula 486 do STF¹⁶.

Essas propostas são sistematizadas em duas concepções: a concepção objetivista e a subjetivista. Para a concepção objetivista (cujo defensor é Fábio Konder Comparato), geralmente a desconsideração pressupõe desvio de função, abuso ou fraude. Mas o ato em si nem sempre é ilícito. Então, a ocorrência da confusão patrimonial é um critério para a desconsideração.

Há uma outra vertente da concepção objetivista, segundo a qual a desconsideração será aplicada quando houver uma desfuncionalização do instituto pessoa jurídica. Nesta desfuncionalização, que pode se materializar através do abuso de direito, da fraude ou da confusão patrimonial, não se exige demonstração do elemento intencional do sujeito. Não se caracteriza abuso de direito apenas quando a pessoa age com a intenção de maleficência. O abuso está caracterizado quando a pessoa quer realizar objetivos diversos daqueles para os quais o direito subjetivo foi criado. O instituto jurídico sofre uma desfuncionalização.

Para a proposta subjetivista a desconsideração da personalidade jurídica ficaria subordinada à prova da intenção do agente em fraudar ou prejudicar o terceiro. Noronha, em trabalho ainda inédito, adota a concepção objetivista, dispondo que

o abuso de direito, não deverá ser encarado de um ponto de vista subjetivista, com a exigência da intenção de prejudicar outrem, como ainda entende forte corrente presente tanto na jurisprudência como na doutrina.¹⁷

A desconsideração provoca a quebra do princípio da autonomia ou da

¹⁶ É também o caso da propositura da Ação Social por acionistas quando aprovada a responsabilização dos administradores em Assembléia Geral e, passados três meses, o órgão competente da companhia não o faça. Nesse caso, a beneficiária dos resultados da ação de responsabilização do administrador é a companhia.

separação patrimonial da pessoa jurídica em relação às pessoas físicas que são suas integrantes. Noronha (1996, p.73) explica que existem três modalidades de desconsideração:

- a) a desconsideração direta, que visa a forçar as pessoas físicas a responderem por débitos da pessoa jurídica — a hipótese mais corrente, em se tratando de sociedade por ações, é a responsabilidade do acionista controlador;
- b) a desconsideração invertida, pela qual a pessoa jurídica se responsabilizará pelas obrigações contraídas pelas pessoas físicas;
- c) a desconsideração em favor da própria pessoa jurídica, pela qual se permite a esta exercer direito que pertence a uma pessoa física — como exemplo deste último caso, o civilista aponta a Súmula 486 do STF¹⁸.

Na Argentina, a lei societária (Ley n. 19.550, de 1972) tem, no dispositivo do art. 54, uma norma de inoponibilidade da personalidade jurídica, pela qual:

La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios, constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados.

Segundo Gagliardo (1994, p. 65), o conceito de personalidade jurídica está intimamente ligado às noções essenciais de responsabilidade, capacidade e imputação, que possibilitam explicar as diversas situações em que se encontram os sócios de uma sociedade comercial, conforme o tipo de sociedade adotado.

Chamando esta possibilidade de *inoponibilidad de la personalidad jurídica*, a

¹⁷ Registramos que essa fonte é inédita e foi recebida das mãos do próprio autor, que nos autorizou seu uso (Noronha, inédito, p. 24).

¹⁸ Súmula 486 do STF: *Admite-se a retomada para sociedade da qual o locador, ou seu cônjuge, seja sócio, com participação predominante do capital.* [Interpretação dos arts. 72, IV e 52, II da Lei 8.245/91.]

Ley 19.550 (art. 54), de 1972, indica qual é o efeito da desconsideração da pessoa jurídica. Os sócios ou os controladores que violarem a lei, a ordem pública, a boa-fé, com o objetivo de frustrar direitos de terceiros, serão pessoalmente responsáveis pelos prejuízos e não poderão opor aos terceiros a distinção patrimonial entre eles e a pessoa jurídica da qual fazem parte.

1. 4. 1 O fundamento da desconsideração da personalidade jurídica.

Já nos reportamos, nesta dissertação, à função da personificação das sociedades comerciais. Os motivos que levam o legislador a concordar com este sistema de limitação da responsabilidade e distinção patrimonial, negocial e processual entre sociedades comerciais e seus sócios, correspondem, justamente, ao fomento à atividade econômica, bem como a facilitação das relações negociais entre a sociedade comercial e terceiros.

Isso está diretamente ligado ao fenômeno da funcionalização do Direito, sobre o qual discorre Justen Filho (1987). Assim, os direitos passam a não ser mais entendidos e aceitos como um fim em si mesmos e como algo que existe para servir a vontade individual. Com a funcionalização do Direito, a existência da pessoa jurídica é tida como instrumental, é tida como meio de realização de valores e interesses assumidos pelo Estado. Esse processo redundou no desaparecimento dos direitos subjetivos absolutos que não encontravam limitação, surgindo, no cenário jurídico, figuras inéditas, tais como a função social da empresa, a função social da propriedade e a coibição ao abuso do direito.

A funcionalização consagra a idéia de que o Direito, quando atribui poderes, busca realizar interesses que transcendam os interesses de seu próprio titular. Isso ocorre com muita ênfase na transformação sofrida pelo direito de propriedade, cuja função social é um princípio constitucional. Esses princípios, porém — o da separação patrimonial entre pessoa

jurídica e pessoas naturais e o da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações assumidas pela pessoa jurídica — cuja finalidade é declaradamente favorável à comunidade, podem ser desvirtuados para atingir finalidades negativas e repugnantes.

A pessoa jurídica é reconhecidamente um instrumento a serviço das relações negociais. O instituto da personificação permite às pessoas naturais participarem da vida econômica com limitação de sua responsabilidade pessoal, pois atuam através da pessoa jurídica, que é uma entidade independente dos indivíduos que a integram. Permite-se essa limitação da responsabilidade para fomentar a atividade econômica. É o estímulo que o Direito dá às pessoas que querem empreender para gerar riquezas e trabalho. No entanto, a personalidade jurídica pode perfeitamente ser manipulada para atingir finalidades diversas daquelas consagradas pelo Direito. Nestes casos, requer-se um tratamento especial para sanar o problema específico, sem desrespeitar o instituto da personalização que precisa ser resguardado e aperfeiçoado. Não se nega a pessoa jurídica, apenas se luta contra o seu desvirtuamento, como assevera Justen Filho (1987).

Coelho (1989, p. 19) afirma que

Ganha relevância a constatação de que, malgrado a autonomia, não há pessoa jurídica sem uma pessoa física a agir por ela. E é justamente o comportamento dessa pessoa física que deverá ser levado em conta para se determinar se houve, ou não, abuso da pessoa jurídica.

No Brasil, por muito tempo a jurisprudência e a doutrina fundamentaram-se no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (Decreto-Lei n. 4.657, de 1942), para a adoção da *disregard doctrine*, já que se veio, só em 1990, com o advento do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078), a contemplar a possibilidade de aplicação da desconsideração. Porém, não há ainda em direito positivo uma sistematização dos pressupostos e requisitos de aplicação da doutrina.

Na Argentina, como vimos no item anterior, o art. 54 da Ley 19.550 traz a possibilidade de se penetrar na personalidade jurídica de uma sociedade para responsabilizar pessoal e solidariamente os sócios e os controladores que utilizaram a sociedade para encobrir fins extra-societários, violar a lei, a ordem pública, a boa-fé e os direitos de terceiros.

1. 4. 2 A natureza jurídica da desconsideração da personalidade jurídica

Justen Filho (1987, p. 70-71) faz uma importante distinção entre a desconsideração da personalidade jurídica e os vícios do ato jurídico. O ato jurídico tem uma estrutura projetada pelo ordenamento jurídico; quando há vícios, o modelo normativo estrutural do ato não corresponde à conduta concretizada. Na desconsideração, não há defeitos na estrutura do ato jurídico, o qual será perfeito. Haverá problemas, porém, na finalidade do ato praticado.

As pessoas têm a faculdade de praticar atos jurídicos, porque o ordenamento consente os objetivos a serem atingidos por aquele ato. Quando essa finalidade não se coaduna com aquela que merece a tutela legal, pode ocorrer a desconsideração para ajustar a função do ato jurídico praticado, como refere Justen Filho.

Exemplos máximos de atos jurídicos que em sua estrutura podem se apresentar perfeitos, mas com problemas na finalidade almejada, são a simulação e a fraude contra credores. Esses atos podem ser atacados com as regras de anulabilidade dos atos jurídicos previstos no Código Civil brasileiro, art. 147, II, e com as regras da anulabilidade e revogação, previstas no Código Civil argentino, artigos 954 e 961.

A simulação em si não é reprimida, pois o art. 102 do Código Civil brasileiro prevê as hipóteses em que haverá simulação nos atos jurídicos e, em seguida, no art. 103,

declara: *A simulação não se considerará defeito em qualquer dos casos do artigo antecedente, quando não houver intenção de prejudicar a terceiros, ou de violar disposição de lei.* No sistema argentino, a orientação é semelhante. O artigo 957 retira da simulação qualquer reprovabilidade quando ela não tem finalidade ilícita: *La simulación no es reprobada por la ley cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito.* Somente quando há a intenção de prejudicar terceiros e quando a simulação for o meio utilizado para frustrar valores consagrados pelo Direito é que o ato será passível de anulação¹⁹.

Também a fraude contra credores é exemplo máximo de utilização de uma faculdade — disposição de bens de propriedade particular —, para prejudicar terceiros (credores), já que redundando na insolvência do disponente. Sabe-se que a fraude é um vício social que torna o ato anulável, pois o artigo 147, II do Código Civil brasileiro, diz que por vício resultado de erro, dolo, coação, simulação ou fraude, o ato é anulável. No Código Civil argentino, o artigo 961²⁰ torna revogáveis, a pedido dos credores, os atos celebrados pelo devedor em prejuízo dos direitos dos credores.

Justen Filho (1987, p. 83) informa que, para aplicar a desconsideração, o ato jurídico em questão deverá ser válido:

Parece-nos que o vício de invalidez prevalece sobre a aplicação da teoria da desconsideração. É que só se cogita de desconsideração da personalidade societária na medida em que se ultrapassa a barreira da validade. A desconsideração pressupõe concorrerem, no caso, os requisitos de validade tanto do ato jurídico quanto da personificação societária.

¹⁹ Na Argentina, a anulabilidade do ato simulado está prevista no art. 954: *Podrán anularse los actos viciados de error, dolo, violencia, intimidación o simulación.*

²⁰ Art. 961: *Todo acreedor quirografario puede demandar la revocación de los actos celebrados por el deudor en perjuicio o en fraude de sus derechos.*

Assim, pelo que diz o autor, a desconsideração pressupõe ato válido, atuando no âmbito da eficácia jurídica, já que produzirá efeitos em relação a uma pessoa diferente daquela para a qual fora inicialmente planejado. Essa situação, no entanto, não é assim tão simples, pois sabemos que a invalidação do ato pode, muitas vezes, ser mais vantajoso para aquele que usou de simulação maliciosa, ou para aquele que fraudou, do que a inversão da aplicação dos efeitos do ato jurídico. Para os sócios que agiram por conta da pessoa jurídica, com simulação maliciosa ou em fraude contra credores, pode ser muito mais interessante ver seu ato anulado do que vê-lo produzir efeitos contra eles mesmos.

Então, tanto na simulação maliciosa quanto na fraude contra credores, é possível buscar a invalidação do ato ou a desconsideração da personalidade jurídica. Imaginemos a seguinte situação: a sociedade comercial, agindo por intermédio de seus dirigentes, se desfaz de todos os seus bens, tornando-se insolvente. Houve fraude contra credores. Para a invalidação dos atos de disposição dos bens, há necessidade de propor a ação pauliana (no Brasil) ou a ação de revogação (na Argentina). Estas ações são de conhecimento e pressupõe larga produção de provas no intuito de comprovar a situação de insolvência do devedor. Após a sentença de reconhecimento da fraude, haverá a invalidação (Brasil) ou a revogação (Argentina) desse ato. Assim, os adquirentes desses bens, mesmo estando de boa-fé, estarão sujeitos à devolução dos bens ou dos valores, pois o negócio invalidado não produzirá efeitos. Assim, parece claro que neste caso a prejudicada não foi a pessoa jurídica que, através de seus sócios, agiu em fraude, mas sim os terceiros de boa-fé que com ela contrataram.

Seria muito mais didático, para aquele que aplicar o Direito, “punir” os sócios com a desconsideração da personalidade jurídica, alcançando-os a despeito de terem agido

sob a proteção da personificação societária. Com isto, seus bens particulares seriam utilizados para a satisfação dos credores lesados e os terceiros de boa-fé não seriam obrigados a se desfazer dos bens adquiridos. Dessa forma, é mais plausível o entendimento de que, mesmo sendo válido o ato, pode-se aplicar a desconsideração da personalidade jurídica quando há conflito de interesses legítimos e o intérprete do Direito deve escolher um deles.

Não se trata de remédios distintos para fatos diferentes, porque no caso de fraude ou de simulação, praticada por sócios ou administradores de uma sociedade comercial, a lei permite ao lesado a alternativa de pedir a anulação do ato ou a desconsideração da personalidade jurídica. No exemplo dado acima, fica claro que, em alguns casos, é muito mais vantajoso para o terceiro prejudicado pedir a desconsideração da personalidade jurídica a fim de atingir o patrimônio dos sócios e se ressarcir dos prejuízos impostos.

1. 4. 3 Os pressupostos de desconsideração da personalidade jurídica

Os doutrinadores costumam afirmar que, no Brasil, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica só teve inserção legal a partir do Código de Defesa do Consumidor. Porém, é defensável a idéia de que a Lei das Sociedades por Ações já trazia em seu bojo casos de desconsideração. Na verdade, o Código de Defesa do Consumidor foi o primeiro diploma legal a dispor expressamente sobre a desconsideração da personalidade jurídica — ainda que outras normas já trouxessem preceitos nos quais se pode visualizar claramente a desconsideração²¹.

Na Argentina, a reforma do Código Civil, através da Ley 17.711, introduziu a

²¹ O art. 117 da Lei n. 6.404, de 1976, responsabiliza pessoalmente o acionista controlador por danos decorrentes de atos praticados com abuso de poder — ora, é previsão legal de desconsideração da pessoa jurídica.

teoria do abuso de direito no art. 1071²², sancionando a conduta que contraria os fins que a lei teve em mira ao reconhecer o direito. Gagliardo (1994, p. 65) entende que a consagração legal da teoria do abuso de direito relativizou o conceito da pessoa jurídica.

Segundo Comparato (1983, p. 344), ocorre abuso de poder quando o controlador confunde seu patrimônio com o patrimônio da sociedade, utilizando-se desta como instrumento de sua atividade individual:

A confusão patrimonial entre controlador e sociedade controlada é, portanto, o critério fundamental para a desconsideração da personalidade jurídica *externa corporis*. E compreende-se, facilmente, que assim seja, pois, em matéria empresarial, a pessoa jurídica nada mais é do que uma técnica de separação patrimonial. Se o controlador, que é o maior interessado na manutenção desse princípio, descumpre-o na prática, não se vê bem porque os juízes haveriam de respeitá-lo, transformando-o, destarte, numa regra puramente unilateral.

Assim, ao responsabilizar pessoalmente o acionista controlador por abuso de direito, prestigia-se a doutrina da desconsideração. Leão (1988, p. 4), a seu turno, declara que

no que se refere ao art. 158, há veementes indícios da entronização, entre nós, da teoria da desconsideração da personalidade jurídica. (...) Traços do instituto encontramos no art. 158 da Lei 6.404 em que a responsabilidade do administrador é pessoal, quando muito, embora agindo dentro de suas atribuições ou poderes, obra com culpa ou violando a lei ou o estatuto.

O comercialista argentino Junyent Bas (1998, p. 235), ao dedicar um capítulo de sua obra para tratar deste tema que ele denominou de *la inoponibilidad de la personalidad societária*, diz que a lei, ao imputar diretamente a responsabilidade a quem atua pela sociedade frustrando direitos de terceiros, tem provocado um debate doutrinário que se polariza em dois entendimentos: para uma corrente de pensamento, trata-se da desestimação da personalidade; para outra corrente, está-se frente a um problema de imputação direta que

²² Art. 1071 do Código Civil: *El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. La ley no ampara lo ejercicio abusivo de los*

torna inoponível o tipo legal da sociedade e, por isso, não é caso de despersonalização.

Conforme exposição acima, cada tipo societário permite, a uma ou a todas as categorias de sócios e gerentes, a limitação de sua responsabilidade por obrigações contraídas pela sociedade comercial. Assim, a maior ou menor permeabilidade patrimonial e os alcances da responsabilidade individual de seus integrantes não depende apenas da personificação societária, mas também dos efeitos do tipo societário escolhido — haja vista que a sociedade em nome coletivo, por exemplo, ainda que personificada, é um tipo societário no qual é ampla a comunicação entre o patrimônio da sociedade e o individual dos sócios e dos gerentes.

Junyent Bas (1998, p. 243) aplaina a questão em poucas palavras:

la división patrimonial es un efecto directo de dicha personalidad. Sin embargo, la limitación de la responsabilidad de los socios es un efecto directo del tipo elegido al generar el nuevo centro imputativo, o sea al elegir el tipo de sociedad. Esta limitación se concreta cuando se cumplen las cargas previstas por la legislación societaria para originar una sociedad regular y típica.

Gagliardo (1994, p. 67) defende que o art. 54, parágrafo segundo, da Ley 19.550 configura uma desconsideração da pessoa jurídica, e por isso *se modificará el régimen de responsabilidad del socio*. Nesse aspecto, cumpre não confundir a responsabilidade dos administradores com o instituto da desconsideração. Para responsabilizar pessoalmente os administradores, não há necessidade de desconsiderar a personalidade jurídica, pois, quando a lei lhes impõe o dever de indenizar, ela não está pressupondo o transplante da personificação.

Assim também se pronuncia Junyent Bas (1998, p. 244), ao concluir sobre o tema em discussão:

derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

Desestimar también la personalidad traería efectos no queridos para los acreedores sociales. La norma permite la imputación directa de los responsables. (...) Si se elimina la sociedad se pone en un pie de igualdad a los acreedores sociales con los individuales de cada socio y en realidad esto es improcedente.

Também não se pode confundir a desconsideração da personalidade jurídica com os casos em que a lei societária impõe responsabilidade pessoal e ilimitada aos sócios²³ ou aos administradores. Nos casos em que a lei os responsabiliza diretamente, não há necessidade de desconsiderar a personalidade jurídica para atingir o administrador. A punição para atos de má gestão de administradores e a responsabilização de sócios que exerçam suas atividades com excesso de poderes, infração à lei ou ao contrato social não depende de desconsideração da pessoa jurídica; decorrem da lei. Nos diplomas legais pertinentes, a *aplicação da sanção não é obstaculizada pela existência da pessoa jurídica*, como refere Koury (1998, p. 191).

Para que haja desconsideração, é necessário que, à primeira vista, perceba-se a pessoa jurídica como a responsável por tal ato, ou não se veja ninguém como tal, posto que os verdadeiros responsáveis se esconderam atrás da pessoa jurídica. Daí a necessidade de afastá-la para alcançá-los — é exatamente aquela representação de se abrir uma cortina para apanhar quem está por trás dela: os sócios. Quando se responsabilizam os administradores, não há necessidade de afastar cortina nenhuma; eles já estão expostos pela lei que os responsabiliza diretamente, sem a necessidade de se alterar subjetivamente o sujeito passivo da obrigação por meio da desconsideração.

Devido à grande preocupação de sistematizar-se todos os casos que seriam pressupostos da desconsideração, alguns autores propõem uma fórmula genérica pela qual

²³ Exemplo: art. 10 do Decreto 3.708, de 1919.

todas as vezes em que houvesse abuso da pessoa jurídica ela poderia ser desconsiderada. Coelho entende que a formulação subjetiva que compreende a intenção de fraudar ou abusar do direito é a melhor formulação para aplicação da teoria.

Independentemente de se adotar a formulação subjetiva ou objetiva proposta por Comparato, é prudente dispensarmos um espaço neste item para considerações acerca da fraude e do abuso de direito, pois são defeitos do ato jurídico que permeiam a teoria geral do direito societário. *Fraude* é artifício, malícia com a finalidade de prejudicar terceiros. O propósito de causar prejuízo aos credores está presente na fraude. Porém, diante da dificuldade de demonstrar a intenção do agente de lesar terceiros, tem-se admitido que, para caracterizar a fraude, basta que o devedor tenha consciência de que sua atitude tem potencial para produzir um dano. Essa consciência será demonstrada a partir de circunstâncias externas: as condições intelectuais do sócio, suas experiências de vida e profissional, a atitude que provocou o dano e a sua extensão, entre outros. *Abuso de direito* é elaboração da doutrina que passou a entender o Direito como um fator de promoção social e, por isso, desconstruiu-se a idéia de que um direito poderia ser exercido pelo seu titular da maneira que melhor lhe apossasse. A coibição do abuso de direito visa a impor limites ao seu exercício. Conforme Coelho (1989, p. 57), *é abusivo o exercício do direito quando dele decorrer prejuízo a terceiros, sem nenhum benefício ao seu titular.*

Ter um direito corresponde a poder desfrutá-lo. Esse desfrute, contudo, não pode ocasionar uma humilhação, uma ruína, uma desgraça para outrem. Quando o titular de um direito escolhe o meio mais prejudicial, entre as várias maneiras que ele teria para realizá-lo, não sendo este o mais útil para si, está abusando do direito. Afirma Justen Filho (1987, p. 42): *O abuso indica justamente a incompatibilidade entre o exercício de um direito subjetivo*

e os interesses coletivos ou supra-individuais em função dos quais o direito objetivo existe e os quais busca realizar.

Haveria necessidade de apontar a intenção do titular do direito, ou bastaria examinar o ato e suas conseqüências danosas? Não é possível dizermos que o abuso de direito só se configura quando o autor o faz com a mera e deliberada intenção de prejudicar; é preciso considerar a concepção objetiva: há abuso quando o direito é exercido contrariamente aos seus fins sociais e econômicos.

Os elementos exteriores ao ato nem sempre permitem identificar o intuito do agente de prejudicar. Então, basta a configuração do abuso de direito e da fraude. Assevera Coelho (1989, p. 37): *Com efeito, a experiência tem demonstrado que a prova de um elemento subjetivo é ônus exagerado que se impõe, às vezes desnecessariamente.* Apesar de defender a necessidade da ocorrência de fraude ou de abuso de direito para a aplicação da teoria da desconsideração, Coelho reconhece hipóteses em que a desconsideração prescinde da fraude ou do abuso, como são os casos dos artigos 2º § 2º da Consolidação das Leis Trabalhistas (Decreto-Lei n. 5.452, de 1943) e 135, III do Código Tributário Nacional (Lei n. 5.172, de 1966).

Para aceitarmos a possibilidade de desconsiderar a personalidade jurídica, devemos assentar a idéia de que a personificação é um método utilizado pelo Direito para promover a atividade econômica, através da iniciativa privada. Quando a personificação se tornar um instrumento, um meio de se desrespeitarem direitos alheios, ela deve ser repensada. E para não se extingui-la, pois isto seria prejudicial (e por isso o Projeto de Código Civil é

severamente criticado²⁴), adota-se um expediente que preservará a pessoa jurídica, mas também preservará a integridade patrimonial do terceiro prejudicado com seu uso desvirtuado, como indica Justen Filho (1987, p. 45-51).

Formula o autor genericamente a seguinte proposição: *a desconsideração da pessoa jurídica tem por pressuposto a ocorrência de evento que impede a consecução dos fins que conduziram à adoção da personificação* (Justen Filho, 1987, p. 95). É como se a personificação fosse uma máquina que serve de instrumental para a consecução de seu fim, que é incentivar o desenvolvimento econômico. Sempre que a máquina estiver servindo como instrumento para atingir outros fins, ela deve ser “desligada”. Isso transparece a desnecessidade de se perquirir com que *intenção* foi utilizada a pessoa jurídica. Se a máquina não está sendo utilizada corretamente e está sacrificando interesses tutelados pelo Direito, não se trata de demonstrar a intenção de quem a está operando ilegitimamente. O que se quer com a desconsideração não é punir a má-fé e sim não permitir o mau uso, a disfunção da máquina.

1. 4. 4 Os efeitos da aplicação da desconsideração da personalidade jurídica

²⁴ O Projeto de Código Civil tratou da “desconsideração” nos seguintes termos: *A pessoa jurídica não deve ser desviada dos fins estabelecidos no ato constitutivo, para servir de instrumento ou cobertura à prática de atos ilícitos, ou abusivos, caso em que poderá o juiz, a requerimento de qualquer dos sócios ou do Ministério Público, decretar a exclusão do sócio responsável ou, tais sejam as circunstâncias, a dissolução da entidade. Parágrafo único — Nestes casos, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, responderão, juntamente com os da pessoa jurídica, os bens pessoais do administrador ou representante que dela se houver utilizado de maneira fraudulenta ou abusiva, salvo se norma especial determinar a responsabilidade solidária de todos os membros da administração.* Como se vê, a lei vincula ao desvio do objeto social, à prática de ato ilícito ou ato abusivo, a possibilidade de exclusão do sócio ou da extinção da sociedade. Não se trata absolutamente de desconsideração da personalidade jurídica, que tem como um dos principais fundamentos a preservação do instituto da personificação. Esta orientação do Projeto de Código Civil dissocia-se do princípio da preservação da empresa e de todo o mecanismo montado pelo Direito, para estimular a atividade econômica pela iniciativa privada. Extinguir total ou parcialmente a empresa é uma solução que prejudica a sociedade comercial e não ajuda o terceiro que sofreu o dano com a utilização nociva do instituto da personificação. Além disso, limitar a

Com a desconsideração, busca-se aperfeiçoar o instituto da personificação com o objetivo de não permitir sua utilização para fins ilícitos. Assim, não é anulada a personalidade jurídica que continua intacta; apenas se afastam os efeitos da personificação no que concerne a um ato específico, para o qual a personificação é ineficaz — razão pela qual os efeitos do ato alcançarão quem está por trás da pessoa jurídica. Declara Coelho (1989, p. 37) que a *aplicação da teoria da desconsideração pressupõe o deslocamento do centro de imputação: uma obrigação por que responderia a sociedade passa a ser imputada a quem fez o uso fraudulento da separação patrimonial.*

Comentando a desconsideração no sistema argentino, Gagliardo diz que constitui uma sanção que impede que os efeitos de um ato da pessoa jurídica sejam a ela atribuídos, imputando-se aos sócios ou controladores. Além disso, o autor argentino reconhece que há diferenças entre a nulidade societária e a inoponibilidade da personalidade jurídica, disposta no art. 54 da Ley n. 19.550, de 1972: *aquella afecta al ente erga omnes, en tanto que ésta deja subsistir la sociedad respetando los efectos que produce entre partes, poniendo en salvaguarda a los terceros perjudicados* (Gagliardo, 1994, p. 67-68).

Desconsiderar a personalidade jurídica das sociedades significa não aceitar a separação entre a pessoa jurídica e a pessoa de seus sócios. Tal desconsideração da personificação, entretanto, é apenas episódica — vale dizer: só ocorrerá para um ato específico e não para todos os atos jurídicos praticados pela pessoa jurídica, em relação aos quais ela continuará perfeitamente preservada. Com a desconsideração, procura-se buscar quem está agindo, por trás da pessoa jurídica, e imputar a esse indivíduo as conseqüências de

legitimidade ativa para requerer a extinção parcial ou total da pessoa jurídica aos sócios ou ao Ministério Público é retirar do verdadeiro prejudicado (o terceiro) qualquer possibilidade de reação.

determinado ato que, a princípio, seria de responsabilidade da pessoa jurídica.

A título de finalização deste capítulo, podemos dizer que o instituto da personalidade jurídica é indissociável das sociedades comerciais regulares, pois a personalização permite o acesso a diversos benefícios que as sociedades comerciais e seus integrantes (pessoas naturais) querem alcançar, tais como a distinção patrimonial e limitação da responsabilidade dos sócios e administradores.

Verificamos ainda que estas benesses só se justificam à medida que a sociedade comercial personificada atenda à sua função social e seja administrada de modo a não tornar a personalização societária um instrumento prejudicial aos credores e terceiros que com ela contratam.

No próximo capítulo, centralizaremos os estudos no instituto da responsabilidade civil, para aferirmos as atitudes dos administradores que poderão ocasionar sua responsabilização pessoal por atos praticados na gestão da pessoa jurídica.

II TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL: BRASIL/ARGENTINA

Neste capítulo, para situarmos a obrigação ressarcitória nos casos de responsabilidade civil dos administradores, trataremos das linhas gerais da responsabilidade civil no Direito brasileiro e no argentino, ordenada pelas respectivas leis societárias aos administradores, tendo como marco a teoria geral da responsabilidade civil. Tampouco no regime jurídico comercial argentino como no brasileiro, há normas gerais para a responsabilidade dos comerciantes, por isso, como afirma Gagliardo (1994, p. 17), se aplicam as disposições da legislação civil.

2.1 A responsabilidade civil

O vocábulo “responsabilidade” contém a raiz *spondeo*, palavra do latim que corresponde à fórmula solene de ligação entre o devedor e o credor nos contratos verbais do direito romano. Vários sentidos são emprestados ao termo responsabilidade. Ela pode ser entendida em uma acepção ampla, abrangendo todas as obrigações que devem ser cumpridas e as respectivas sanções. Assim, é comum dizer-se: o responsável por este setor é Fulano e se ele não der conta, será penalizado. Por outro lado, fala-se em responsabilidade daquele

devedor que não cumpriu com a prestação avençada ou daquele que não se conduziu de acordo com o dever de diligência e causou dano a alguém. Há, ainda, um sentido incorreto que o linguajar popular empresta ao termo responsabilidade, como sendo o ato de fazer a coisa certa: ele não tem responsabilidade — frase dita, muitas vezes, para significar que alguém não fez a coisa considerada certa segundo o senso comum.

Conforme registra Dias (1995, p. 2), em *Da responsabilidade civil*, a evolução e a aplicabilidade da palavra responsabilidade, atualmente, dão a noção de contraprestação e de equivalência. Assim, costuma-se dizer que a responsabilidade é de quem agiu mal. Essa idéia difundida socialmente mostra como o vocábulo “responsabilidade” está diretamente ligado ao caráter retributivo de uma determinada ação contrária ao Direito.

Surge a possibilidade de se responsabilizar alguém quando ocorre um dano, o qual é um resultado. É a partir do dano que se faz uma retrospectiva dos fatos para se chegar à conclusão de que se pode interpelar uma pessoa para responder por aquele prejuízo — ou não. Nessa perspectiva, é a partir da ação ou omissão que se chega à responsabilidade.

Muitas vezes, a antijuridicidade é encarada como um pressuposto da responsabilidade; assim, em agindo de acordo com os cânones, não há que se falar em obrigação decorrente de comportamento. Porém, essa idéia não é tão simples, já que o direito da responsabilidade, em alguns casos, tem focado somente a existência do dano injusto, devendo este ser indenizado mesmo que não haja ilicitude. Chamar alguém para dar uma resposta significa vir justificar sua atitude ou reparar e restituir a pessoa lesada ao estado em que se encontrava antes.

Silva (1998, p. 9), em *Responsabilidade civil*, diz que:

a tendência da doutrina é aliar a noção técnica da responsabilidade civil à obrigação de reparar o prejuízo sofrido por uma pessoa, independentemente de identificar a causalidade. Na ocorrência de um dano, a ordem jurídica procura determinar a quem compete a obrigação de reparar, e em torno desse dever enunciam-se os princípios.

A responsabilidade jurídica organiza-se num sistema de coação e sanção, a fim de atribuir conseqüências concretas à infração do dever de não lesar. É preciso registrar que não se pode confundir responsabilidade com solvabilidade. Quando se diz que aquele que lesar deverá indenizar, não se está levando em conta, para a imputação dessa obrigação, a capacidade patrimonial do lesante. Ele será responsável, não obstante insolvente. Haverá aí um caso em que o dano não será reparado — pelo menos enquanto o ofensor permanecer insolvente.

2. 1. 1 Responsabilidade civil e penal

No âmbito da responsabilidade civil, a “resposta” exigida do agente tem o caráter de restituição, através da indenização. Quando se trata de responsabilidade penal, a resposta exigida do agente tem o caráter de penalização, castigo. No entanto, não é possível fazer distinção entre os dois tipos de responsabilidade (penal e civil), utilizando o critério da repercussão social ou individual do dano. É equivocado dizer que a responsabilidade penal tem projeção social maior do que a civil. Afirma Dias (1995, p. 7), que o *prejuízo imposto ao particular afeta o equilíbrio social*. Todas as pessoas se incomodam quando alguém sofre um dano provocado por outrem.

A responsabilidade civil tem como desiderato uma prestação patrimonial a favor da vítima. Já a responsabilidade penal conduzirá o infrator a uma prestação pessoal de pena — privativa de liberdade, restritiva de direitos, de prestação de serviços ou até de multa

—, cuja finalidade não é reparar o mal sofrido pela vítima, mas sim de expiá-lo.

Quanto à gravidade da ação ou omissão, em se tratando de responsabilidade civil no âmbito empresarial, tal gravidade não será parâmetro para majorar ou minorar a indenização. Assim ensina Noronha (1996, p. 62):

A responsabilidade civil dos administradores e das pessoas jurídicas (...) consiste apenas na obrigação de reparar o dano causado e, por isso, tem por medida não a gravidade da conduta do lesante ou outros fatores subjetivos, mas unicamente a extensão do dano causado. Isso só não será bem assim quando se tratar de danos morais, porque estes não se reparam propriamente, nem se indenizam, apenas se contrabalançam, ou se compensam pecuniariamente.

Porém, é necessário consignar que, no sistema civil argentino, verifica-se a existência do dolo ou culpa grave para majorar a indenização conforme se verá adiante.

Existem ilícitos penais no âmbito da atuação de administradores de sociedades comerciais que estão relacionados aos crimes contra a economia popular, crimes falimentares, crimes contra o consumidor e de sonegação fiscal, como refere Noronha (1996).

2. 1. 2 A função da responsabilidade civil

Duas são as orientações para definir qual a função da responsabilidade civil: a punitiva-preventiva e a reparadora, à qual Dias (1995, p. 29) chama de função de restituição. Segundo a primeira orientação (a punitiva-preventiva), o papel da responsabilidade civil é a sanção do ato ilícito civil. Paralelamente, atuaria o caráter preventivo da sanção que desestimula a prática de novos ilícitos que acarretam prejuízos, de acordo com o exposto por Jorge (1995, p. 48), em seu *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*.

Há no Brasil, porém, uma forte tendência em abandonar esse entendimento e reconhecer que, atualmente, a responsabilidade civil orienta-se para um sistema fundado no

ressarcimento, na solidariedade, na equidade, cuja tônica é o dano sofrido pela vítima.

É certo que o desequilíbrio social provocado por um fato danoso afeta não só a vítima, mas toda a sociedade. Para o lesado, não basta a aplicação de uma pena ao ofensor; é necessário que este seja compelido a reparar o dano. Se considerássemos suficiente a finalidade punitiva-preventiva da responsabilidade, a obrigação de indenizar nasceria imediatamente da prática de um ato ilícito, independentemente da existência de efetivo prejuízo. Seria, ainda, aplicável a responsabilidade nos casos de tentativa de lesão, de acordo com o que expõe Jorge (1995, p. 48), em seu *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*.

A doutrina argentina empresta bastante relevo à função punitiva da responsabilidade civil, afirmando que a imposição da reparação dos danos é uma forma de sanção, como refere Junyent Bas (1998, p. 22): *la reparación de daños, fruto de la responsabilidad jurídica en el ámbito civil, comporta una forma de sanción*.

A opinião mais coerente com o sistema de responsabilização é aquela que atribui à responsabilidade civil uma função eminentemente reparadora: *é fim dela a restituição do lesado ao estado em que se encontraria se não tivesse havido lesão* (Jorge, 1995, p. 49). A restituição ao *status quo ante* tem o escopo duplo de sanção e de restauração do equilíbrio violado. Eis aí os pressupostos da responsabilidade civil: ação/omissão, culpa, dano e nexo de causalidade.

Todos têm o direito de estar em paz e manter a integridade patrimonial, moral e física. De repente, alguém cai em estado de desgraça e percebe que isto aconteceu não porque tenha sido incompetente para administrar sua felicidade, mas sim porque outrem interferiu em

sua esfera de direitos e a desarmonizou. A partir de um prejuízo (dano) sofrido, o prejudicado terá que puxar um fio (nexo de causalidade) que o conduza diretamente a alguém que tenha agido ou deixado de agir voluntariamente (ação ou omissão voluntária), de modo que se possa identificar nesta conduta a culpa ou dolo. Percorrido este caminho, restará a responsabilidade civil. Em sede de responsabilidade objetiva, prescinde-se do elemento subjetivo culpa ou dolo, mas não dos outros componentes: dano e seu nexo de causalidade com uma ação ou omissão voluntária.

Neste tópico analisaremos particularmente cada um desses elementos: ação e omissão voluntárias, culpa, o dano e o nexo de causalidade.

2. 1. 3 Ação e omissão

A ação ou a omissão que desencadeia todo o processo de responsabilização civil poderá ser voluntária ou involuntária. Pode existir a vontade do agente em praticar tal conduta, como pode ser ter sido coagido. Assim, o resultado que se sucede à sua ação nem sempre faz parte de sua esfera volitiva; vale dizer, mesmo que ele pratique o ato por querer, pode não desejar o resultado dele advindo. Mesmo longe de sua vontade, ele provoca um dano com sua ação/omissão. Nesse momento, surge a necessidade da investigação da existência ou não de culpa, ou seja, ele não previu o desiderato ruim de seu ato, mas ele o deveria prever; ou ainda, se ele poderia ter resistido à coação que lhe foi aplicada e não resistiu.

O artigo 897 do Código Civil Argentino classifica os fatos humanos e diz que *Los hechos humanos son voluntarios o involuntarios. Los hechos se juzgan voluntarios, se son ejecutados con discernimiento, intención y libertad.* A culpa é a falta de atenção, de diligência necessária que todos têm que ter para não causar dano. O Direito Civil Argentino

expressa o conceito jurídico da culpa nos artigos 512 e 904:

Art. 512. La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Art. 904. Las consecuencias mediatas son imputables al autor del hecho, cuando las hubiere previsto, y cuando empleando la debida atención y conocimiento de la cosa, haya podido preverlas.

Estes dois dispositivos deixam claro que a culpa aparece quando os cuidados mínimos exigidos de qualquer pessoa na condução de suas atividades não são observados, embora fosse possível prever os resultados desastrosos de sua conduta²⁵. Se o agente desejou o resultado, diz-se que agiu ou se omitiu por dolo, pois sua vontade se estende até às conseqüências de seu ato ou omissão.

É necessário frisar que existem certos deveres no âmbito extracontratual que são indeterminados — e esta situação é a mais comum em se tratando dos atos de gestão de sociedades comerciais. Por isso, cabe aos administradores encontrarem e adotarem momento a momento o comportamento adequado. Algumas prestações têm conteúdo indefinido, mas finalidades determinadas. Afirma Jorge (1995, p. 75) que, nestas espécies de prestação, cabe ao gestor a escolha do comportamento necessário para atingir a finalidade.

O argentino Junyent Bas (1995, p. 38) traz a lume essa situação apontando duas classes de antijuridicidade: a material e formal. A antijuridicidade formal pressupõe a definição, pelo ordenamento jurídico, de uma conduta proibida. Já a antijuridicidade material se baseia em uma ação que contraria a ordem jurídica como um todo. Em termos de responsabilidade do administrador, tal distinção é extremamente importante porque a lei

²⁵ A culpa e seus aspectos de aferição serão objeto de considerações no próximo item deste capítulo.

societária traz um rol de condutas exemplificando algumas possibilidades de ações antijurídicas. As legislações societárias brasileira e argentina não tratam das condutas antijurídicas de maneira taxativa.

É exemplo de prestação de conteúdo indefinido a obrigação do administrador que deve estar sempre descobrindo e escolhendo os atos mais adequados para atingir os fins impostos. Por isso requer-se das pessoas um *grau de esforço exigível* (Jorge, 1995, loc. cit.) — ou seja, um determinado empenho para que as conseqüências de seu ato não sejam desviadas.

Conforme Jorge (1995, p. 83)

a idéia de administrar, pela qual se define a prestação de quem se obrigou como administrador de bens alheios, não exprime em si mesma nenhum tipo de conduta, mas antes um fim atingível por condutas muito diversas: o administrador deve praticar variados actos para administrar o patrimônio que lhe está confiado, ou seja, para assegurar a conservação, frutificação e melhoramento deste. O comportamento concretamente devido é determinado *hic et nunc* por esse objectivo, tomando em consideração as circunstâncias em que se encontra.

A antijuridicidade da conduta dos administradores é a material e se afere a partir da violação da lei, do estatuto, das decisões ditadas pelos órgãos sociais. Como registra Junyent Bas (1995, p. 43):

la antijuridicidad societaria no aparece como un sistema cerrado a su propia normativa, sino que se integra en el esquema general del derecho privado (...) también la ley de sociedades adhiere a un criterio de antinormatividad material, estando a tono com la moderna concepción del derecho de daños. Así, no es necesario infringir un catálogo de prohibiciones, sino que, la conducta debe confrontarse com el ordenamiento total.

Neste sentido, é na apreciação da ação/omissão que vamos aferir a conformidade da conduta à prestação a que o agente estava obrigado. Depois de constatada a inexistência do grau de esforço exigível dele é que passaremos a analisar se sua atitude foi

embalada pela culpa (abrangendo o dolo), ou não.

2.2 A culpa

O Código Civil Brasileiro não definiu a culpa preferindo falar genericamente do ato ilícito, o qual comporta a noção de culpa como seu elemento subjetivo. Porém, sabe-se que nem todo ato culposo será ilícito. Bem como o ato pode ser ilícito objetivamente porque contrariou o direito, mas não ter sido praticado por culpa do agente.

O Código Civil Argentino definiu a culpa nos seguintes termos:

Art. 512. La culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consiste en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación, y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Dias (1995, p. 120) diz que

a culpa é a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das conseqüências eventuais da sua atitude.

A culpa sempre decorre de uma ação ou uma omissão. A ação é um ato positivo pelo qual executa-se alguma coisa. A omissão é a ausência de atitude positiva, é um não fazer. Quando se trata de responsabilidade civil extracontratual, a omissão só é relevante quando produz um resultado danoso. Neste caso se havia um dever legal de agir, haverá obrigação de reparar os danos causados pela inércia. A existência da culpa na omissão será relevante quando se tratar de responsabilidade civil extracontratual fundada na teoria subjetiva (obrigação de indenizar por culpa). Sob o título da responsabilidade objetiva, a omissão será hábil para determinar obrigação de indenizar, independentemente da existência de culpa.

2. 2. 1 Exteriorização da culpa

A culpa se manifesta pela negligência, pela imprudência e pela imperícia, que são qualidades do ato adotado pelo agente. Ou seja, não se pode dizer que o agente é negligente, imprudente ou imperito, mas sim que sua **atitude** pode sê-lo — a qual é analisada a fim de aferir a sua culpabilidade.

No Direito Civil Brasileiro, o artigo 159 refere-se a ação ou omissão voluntárias. No Direito Civil Argentino, o artigo 897 diz quando é que se consideram voluntários os fatos humanos: *Art. 897. Los hechos humanos son voluntarios o involuntarios. Los hechos se juzgan voluntarios, se son ejecutados con discernimiento, intención y libertad.* Porém cumpre não confundir voluntariedade com imputabilidade. Segundo doutrina Pereira (1998, p. 70), a conduta pode ser voluntária ou involuntária, de modo que todos devem obedecer à norma, a inobservância, por imprudência ou negligência, resulta erro de conduta.

A negligência é não fazer aquilo que razoavelmente se faria para evitar o resultado ruim. Na negligência, o sujeito não realiza um ato que evitaria o resultado danoso. Isso, no entanto, não significa que ele permaneça inerte; ele pode até agir, mas se abstém de realizar determinado comportamento hábil para não resultar em dano. A imprudência é a atitude afoita, precipitada, impensada. Nesse caso, o agente não reflete a respeito das conseqüências de seu comportamento. A imperícia, como registra Nunes (1990, p. 481), em seu *Dicionário de tecnologia jurídica*, corresponde à falta de aptidão, habilidade ou experiência exigida para o exercício de determinada função ou profissão. A imperícia se manifesta na medida em que o profissional deve apresentar determinada habilidade ou aptidão para realizar suas tarefas cotidianas, porém algum ato seu se configura imperito por não ter

ele tomado as cautelas exigíveis de alguém com aquela função.

Embora o ato culposo seja voluntário, o resultado dele advindo não foi querido pelo agente. Ou seja, mesmo ele agindo com vontade, essa vontade não se estende ao resultado de sua ação. Nessa trilha, cabe a pergunta: se o resultado de sua ação não faz parte da sua vontade, por que então ele responde pela reparação dos danos? Simplesmente, porque existe um dever de previsão: ele deveria ter previsto e não previu as conseqüências danosas de seu ato. No entanto, se houver previsão e vontade de produzir o resultado, a ação é dolosa. Aquilo que não se pode prever se enquadra na esfera do caso fortuito ou força maior. O artigo 514 do Código Civil Argentino dispõe que *Caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse.*

Mas como saber se um sujeito, em determinada situação, tinha condições de prever os resultados prejudiciais de seu ato? Esse é um dos problemas centrais a ser resolvido pelo profissional do Direito. O critério de aferição da culpa passou durante muitos anos pela noção do homem médio, o bom pai de família. Dias (1995, p. 72) diz que

a culpa é situação contrária ao que consideramos, recorrendo à linguagem teológica, o estado de graça, isto é, aquele em que não há possibilidade de censura, em face da lei moral, da lei positiva ou de quaisquer espécies de mandamento imposto ao homem, como tal, como membro da sociedade ou como religioso.

Existem duas maneiras de estimar-se se a ação ou omissão foi negligente ou imprudente. A primeira delas, é a culpa *in concreto*, nas palavras de Dias (1995, p. 116), que leva em consideração a conduta usual do próprio agente. Assim, para saber se naquela ação ou omissão o sujeito foi imprudente ou negligente, é preciso olhar para suas atitudes usuais para, a partir delas, estabelecer o comparativo. Seria como se perguntássemos: de acordo com o que ele faz normalmente em seus atos de gestão, essa atitude fugiu do seu padrão? Se a resposta

for afirmativa, significa que o administrador extrapolou e, então, podemos falar em negligência ou imprudência.

Esse critério, porém, merece críticas, na medida em que acaba premiando o sujeito que é quotidianamente desidioso, afoito, negligente. Ora, se o cotejo da ação/omissão que se coloca sob julgamento é feita com ações/omissões usuais do agente, ele não será facilmente penalizado se for uma pessoa incauta. Ademais, com o critério de comparação *in concreto*, o sujeito cauteloso, cuidadoso, diligente será mais severamente apenado quando sua ação/omissão exorbitar das condutas que ele normalmente adota.

Uma outra maneira de se estimar a conduta é compará-la com a de um tipo-padrão — vale dizer: o cuidado e a diligência que o homem-padrão teriam naquela situação, determinam a existência ou não de culpa por parte do sujeito. Assim, se o sujeito sob julgamento agiu ou deixou de agir voluntariamente e produziu resultado danoso, não querido, porém, previsível ao tipo padrão, então houve culpa. Essa é a apreciação da culpa em abstrato, nos dizeres de Dias (1995, loc. cit.).

É assente que o administrador tem um *plus* em relação ao homem médio, pois tem sob seu comando uma empresa. Para Bulgarelli (1988, p. 159),

Sendo os cargos de direção da maior responsabilidade, entende-se não devam ser ocupados por qualquer um, exigindo-se certos requisitos, tanto em relação à capacidade técnica como à própria condição pessoal.

Vale observar, ainda, que o ato produzido com culpa pode ser danoso ou inócuo em termos de resultado. Assim, é errado dizer que **toda** ação/omissão culposa redundam no dever de indenizar. O equívoco se estabelece, porque nem sempre existe o dano — e sem este não há que se falar em indenização, pois no nosso sistema não se pune o ato

ilícito civil; apenas se impõe o dever de reparar prejuízos. O mesmo acontece no sistema civil argentino. O artigo 1067, que trata dos atos ilícitos, indica: *No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, o outro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia.*

Com relação ao grau de culpa, é corrente utilizar uma classificação tripartite da culpa: *lata, leve e levíssima*. Gagliardo faz um resgate histórico acerca da tripartição da culpa. Segundo ele, essa gradação tem como ponto de referência os romanos, que distinguiam duas classes de culpa: *lata e leve*. Porém, na Idade Média, por má interpretação dos glosadores, se elabora a teoria das três culpas: *lata, leve e levíssima*. Resume Gagliardo (1994, p. 561):

En suma, la clasificación tripartita de la culpa se tipifica del siguiente modo: la grave por la negligencia grosera, manifiesta y evidente en el cumplimiento de la obligación; la leve como aquella en la que no hubiera incurrido un diligente o buen padre de familia y la levísima, consistente en no haber tenido el cuidado de un diligentísimo padre de familia.

Também o Código Civil Argentino, no art. 512, abraça a corrente romanística. É nesse mesmo sentido que se situa a formulação do art. 274 da Ley n. 19.550, de 1972. Este artigo contempla a culpa grave como fator de atribuição de responsabilidade. Isso, porém, não significa isenção da responsabilidade quando o administrador atua com culpa leve ou levíssima. É Gagliardo (1994, p. 563-564), novamente, quem afirma:

no obstante, podemos concluir que la conducta debida por el director en función de la integración de los artículos 512 y 902 del Código Civil, lo hacen incurrir en culpa, con independencia de su mayor o menor gravedad, por lo cual toda calificación debe considerarse superflua.

2. 2. 2 O critério de aferição da culpa no âmbito da responsabilidade do administrador

Conforme exposto no item anterior, a averiguação da conduta como culposa ou

não pode ser feita a partir da comparação com a conduta de um determinado comportamento dito padrão — é o critério chamado *in abstracto*, pois leva em consideração um tipo ideal, o qual serve de modelo para concluir pela culpabilidade do agente. Também é possível apreciar a existência de culpa, partindo do critério *in concreto*, através do qual se analisa o comportamento do próprio sujeito cuja ação está posta sob observação.

Em se tratando de administradores de empresas, não há que se falar em *bonus pater familias* como parâmetro, pois se reconhece ser de esperar de um administrador de companhia habilidades especiais.²⁶

Paes (1996, p. 112), em seu *Manual das Sociedades Anônimas — Legislação, Jurisprudência, Modelos e Formulários*, entende que o Direito brasileiro não mais contempla a figura do “bom pai de família” como ponto de referência para a caracterização *in abstracto* dos deveres inerentes à função do administrador. A nossa lei

²⁶ A previsão legal mais coerente com a atividade empresarial encontramos na lei espanhola, a qual indica, em seu art. 127.1, que *los administradores desempeñarán su cargo com la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal*. Ou seja, neste dispositivo, o legislador elege um parâmetro mais sofisticado do que o do homem comum. Diz José Antônio Cruces Gonzáles a esse respeito: se hace preciso intentar concretar algunos criterios de valoración da la actuación del administrador a fin de verificar si la misma responde o no a la diligencia exigida. Y, en este sentido, no existen otros criterios que aquellos que con carácter general há destacado nuestra doctrina con tal finalidad. En concreto, a la hora de valorar el comportamiento del deudor — en este caso, el administrador — há de atenderse a dos criterios básicos, conforme a una interpretación finalista de la exigencia general de actuación diligente. En primer lugar, la discrecionalidad del deudor; esto es, debe recordarse que en la realización del comportamiento debido el deudor-administrador es libre en la elección de aquellos medios que estime más acertados para tal fin. Pero, también y com carácter principal, ha de recordarse la exigencia de un criterio de congruencia entre la conducta desarrollada por el deudor-administrador y el resultado perseguido.

estabeleceu como padrão de administrador um homem probo e ativo, que emprega todo cuidado e diligência no exercício de suas funções, como faz com a administração de seus próprios negócios (art. 153 da Lei n. 6.404/76, de 1976).

Bulgarelli (1988, p. 160) critica ferozmente tal dispositivo, dizendo ser essa a

regra típica do mandato, não se coadunando com a concepção de órgão, e também é totalmente inócua em termos de eficiência, pois se o administrador cuidar mal dos seus negócios não se quer que da mesma forma aja com a companhia.

Em nossa leitura, a última colocação deste autor não faz sentido — a não ser que consideremos a aferição da culpa pelo critério *in concreto*, em que se levam em consideração as ações do próprio imputado. Considerando o critério abstrato de apuração da culpa, seria possível dizer que a conduta será comparada à conduta de um bom administrador.

Segundo afirmam Alterini *et alii* (1993, p. 185), em *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*, o Código Civil Argentino adota uma definição *in concreto*, alheia a um arquétipo que sirva de parâmetro. Sua opinião apóia-se no que diz o art. 909 daquele código: *para la estimación de los hechos voluntarios, las leyes no toman en cuenta la condición especial, o la facultad intelectual de una persona determinada, a no ser en los contratos que suponen una confianza especial entre las partes.*

Junyent Bas (1998, p. 49-50), também afirma que o Direito Civil Argentino pauta-se em um sistema concreto de apreciação da culpa, no qual o juízo de comparação se faz entre a atuação do sujeito e aquela que ele **deveria** ter, levando em conta a natureza da obrigação, as circunstâncias da pessoa, de tempo e de lugar. O Direito Civil Argentino adota o sistema concreto de estimação da culpabilidade, afastando os padrões do “bom pai de família” ou do “bom administrador”. A doutrina argentina, no entanto, de acordo com o autor, não se

furta da problemática causada pela contradição entre o sistema geral e o sistema especial de responsabilização dos administradores societários que encarta a noção do “bom homem de negócios”. O art. 59 da lei societária argentina (Ley n. 19.550, de 1972) fala em obrar com lealdade e com diligência de um bom homem de negócios. Esta disposição faz referência expressa ao sistema abstrato de apreciação da culpa, estando em evidente confronto com o art. 512 do Código Civil Argentino que elegeu o sistema concreto. Para harmonizar esta contradição, os doutrinadores dizem que não há que se falar em polarização dos dois sistemas (concreto e abstrato), pois que não existe uma oposição entre eles e a consideração de um não exclui o outro.

A noção do bom homem de negócios pode ser forjada com base nas circunstâncias em que o sujeito se encontra, pois seria inconcebível achar que há apenas um tipo imutável de bom homem de negócios. Além disso, a apreciação em concreto supõe a orientação de um padrão. Daí que os dois sistemas se complementam, conforme Junyent Bas (1998, loc. cit).

A integração dos dois sistemas é aceitável, na Argentina, visto que a apreciação da culpa supõe a possibilidade de previsão de algum acontecimento. Esta previsibilidade é abstrata, uma vez que toma como padrão de comportamento o comum dos administradores, o tipo ideal (o bom homem de negócios teria previsto a consequência danosa?). Depois de respondida afirmativamente essa pergunta, passa-se à etapa da cognoscibilidade, qual seja, a possibilidade de o sujeito na **sua** condição, conhecer os resultados danosos de sua atitude. Nesse segundo momento, desloca-se para a apreciação em concreto, pois considera as condições do sujeito (de acordo com as circunstâncias no momento, ele poderia agir diferente?). Se afirmativa a resposta, houve culpa. Assim, aparece, então, por sugestão da

doutrina argentina, um sistema misto de aferição da culpa.

Dos administradores de empresas cabe exigir especial rigor e pode-se conceber uma conduta culposa quando há omissão de um comportamento diligente, próprio de um profissional. A natureza de sua atividade requer um dever de diligência diferenciado.

2.3 Fundamentos da responsabilidade civil: subjetiva e objetiva

Diante de um prejuízo, requer-se alguma investigação para se chegar à obrigação de repará-lo ou não. As perguntas que se fazem são: este dano fere direito alheio? Se a resposta for afirmativa, há a antijuridicidade — que é a contrariedade ao direito, ou seja, o dano não precisa ser suportado pela vítima.

Quem, então, irá indenizá-la? A resposta depende da aferição da imputabilidade, isto é, da possibilidade de se atribuir ao próprio causador do prejuízo a obrigação de ressarcir. Quando é que o causador do dano será responsabilizado pela indenização? Quando agir voluntariamente. Nesse caso, há duas possibilidades. Primeira: sua ação está envolvida em dolo ou culpa; segunda: sua ação está dissociada destes elementos subjetivos. Entretanto, ainda assim, há a obrigação indenizatória fundada na solidariedade humana e na equidade, pois a base de toda a estrutura da responsabilidade civil é o princípio do *neminem laedere*²⁷, que impõe às pessoas o dever de não lesar.

2.3.1 Responsabilidade subjetiva (ou teoria da culpa)

Como afirma Pereira (1998, p. 27), em *Responsabilidade civil*, pressuposto

²⁷ Não lesar a ninguém.

material da aquisição, modificação ou extinção de um direito é o fato. O fato jurídico constitui-se de um acontecimento ou eventualidade sobre os quais incide a norma jurídica, a fim de fazer daquele fato um gerador de consequências jurídicas.

Para o ordenamento, interessa o ato jurídico (humano e voluntário), mas não se cogita da vontade em relação aos efeitos do ato nem da consciência do resultado do ato. Havendo dano, basta a voluntariedade da conduta para produzir os efeitos previamente estabelecidos na norma, ainda que a vontade do indivíduo não tenha se dirigido às consequências produzidas. Aí o aspecto em que o ato jurídico difere do negócio jurídico, pois neste a declaração de vontade se destina a produzir efeitos queridos e perseguidos pelo agente, como indica Pereira (1998, p. 28).

A responsabilidade subjetiva exige que o comportamento do agente tenha sido culposo ou doloso; só a partir deste pressuposto é que nasce a obrigação de indenizar.

O ato ilícito tem um elemento objetivo, que é a contrariedade ao direito, a contraposição entre a conduta e a norma; e um elemento subjetivo, que é a possibilidade de atribuir ao agente a consciência e vontade de sua conduta. Junyent Bas (1998, p. 35), na Argentina, reforça tal idéia e esclarece que a antijuridicidade é o elemento objetivo do ato ilícito, citando como embasamento o artigo 1066 do Código Civil Argentino:

Art. 1066. Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policía; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, se no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto.

Em sede de responsabilidade subjetiva, o elemento subjetivo (imputabilidade) do ato ilícito é gerador do dever de indenizar. A responsabilidade subjetiva traduz-se em obrigação de reparar quando a conduta resultou de ações ou omissões que o agente teria a

possibilidade de evitar, se agisse de outra forma.

As primeiras insurgências contra a teoria da responsabilidade fundada exclusivamente na culpa vieram por parte dos alemães. Na França, a teoria da responsabilidade sem culpa foi defendida pelos civilistas Saleilles e Josserand, no começo deste século, como informa Pereira (1998, p. 16-18). Saleilles engendrou sua doutrina da responsabilidade sem culpa utilizando o próprio Código Civil Francês, que é partidário da teoria da culpa. Josserand, não se contentando com a interpretação literal, aponta a evolução que sofre a responsabilidade civil como fator determinante da responsabilidade sem culpa.

2.3.2 Responsabilidade objetiva e responsabilidade por culpa presumida

Tradicionalmente, o dever de reparar estava associado a uma conduta reprovável. Na Argentina, Alterini *et alii* (1993, p. 150) dizem que a responsabilidade civil evoluiu de uma dívida de responsabilidade para um crédito de indenização: *hoy importa la injusticia del daño antes bien que la injusticia de la conducta generadora, porque los ojos de la justicia se han puesto del lado de la víctima.*

A doutrina da responsabilidade sem culpa tem como ponto de partida um dano e o liame de ligação entre ele e um fato. Não se preocupa com a existência ou não da culpa do agente, posto que desloca totalmente seu alvo: passa a visar à vítima e não ao autor do dano — o que interessa é satisfazer a vítima.

A teoria da responsabilidade sem culpa, ou teoria do risco²⁸, está sedimentada na idéia de que não é necessário identificar o elemento subjetivo do ato ilícito (culpa), para

²⁸ Risco é a probabilidade de dano; é a possibilidade de perecimento do objeto de uma relação jurídica.

gerar o dever de reparação do dano. Alterini *et alii* (1993, p. 181) comentam que o princípio pelo qual *não há responsabilidade sem culpa*, na verdade, é resultado do processo de expansão da economia industrial, pois tem o condão de amenizar os custos de produção já que não se respondia pelos danos causados sem culpa. Dessa forma, na atualidade, em se tratando de responsabilidade sem culpa, privilegiam-se conceitos solidaristas.

No Brasil, Alves, em *Responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários* (1997, p. 52), fala sobre a *ratio essendi* da teoria da responsabilidade objetiva:

A crescente dilatação do corpo social, com o aumento populacional e o inevitável recrudescimento dos eventos danosos, com atingimento lesivo de mais larga quantidade de vítimas, também por maior número de responsáveis, veio a demonstrar gradativamente a insuficiência da teoria subjetiva na definição da responsabilidade civil para a composição dos conflitos.

A acomodação social exigida pelo incremento das atividades que implicam riscos aos outros requer um novo tratamento para os casos em que o dano sofrido decorre diretamente do exercício de uma dessas atividades. Muitas vezes, exigir da vítima que demonstre e prove a culpa do seu ofensor é negar-lhe a reparabilidade. Então, por uma questão de equidade, é necessário não impor esse ônus à vítima.

Nesse diapasão, pode-se afirmar que nem toda obrigação de indenizar provém de ato ilícito, pois, quando há responsabilidade objetiva, o ato danoso pode não ter ocorrido por culpa ou dolo do agente. A ilicitude está seccionada em objetiva (contrariedade a direito) e subjetiva (culpa). Sem esses dois elementos não se pode classificar de ilícito o ato. Em sede de responsabilidade objetiva, basta a verificação do dano e de uma ação cujo resultado seja aquele dano. Não há que se investigar a culpa do agente que se empenhou na conduta. E ainda, mesmo que o dano causado não tenha advindo de ato ilícito, sob o título da responsabilidade objetiva, há obrigação de indenizar. Alterini *et alii* (1993, p. 161)

arrematam: *Las modernas tendencias, hoy aceptadas, postulan que la obligación de reparación del daño causado comprende tanto al derivado de los actos ilícitos como igualmente de los lícitos.*

Não se pode confundir a responsabilidade objetiva com os casos em que a lei impõe a presunção de culpa. Na essência, os dois casos se assemelham por abandonarem o princípio da culpa. Quando se trata de responsabilidade objetiva, o dever de indenizar aparece, ainda que não haja culpabilidade; enquanto nos casos de culpa presumida, exige-se a sua existência ainda que artificial. O efeito da presunção da culpa é a inversão do ônus da prova. Todavia, se o suposto responsável comprovar a ausência de culpa, não será obrigado a indenizar.

A criação da responsabilidade objetiva e da presunção de culpa atendem à mesma finalidade: assegurar o direito da vítima. No âmbito da responsabilidade com culpa, o ônus de provar o dolo ou culpa do agente dificultam sobremaneira a efetivação do direito à reparação da vítima. Neste sentido, Alves (1997, p. 52) alerta:

Em princípio, o ofendido no plano do direito material passou a ser vítima também no plano do direito processual, na medida em que a sistemática vigente o colocava na contingência de ter que alegar e comprovar o elemento subjetivo — culpa, dolo — animador da conduta do agente lesiva à sua esfera jurídica.

Assim, com vistas a facilitar o empenho da vítima em obter o ressarcimento de seu prejuízo, criam-se a responsabilidade objetiva e a responsabilidade por culpa presumida, pelas quais o ofensor terá a seu cargo o ônus de provar a inexistência da culpa (no segundo caso), da lesão ou do fato, para se livrar da obrigação de indenizar.

2. 3. 3 Brasil e Argentina: adoção da culpa como fator de atribuição da

responsabilidade sem descartar a responsabilidade objetiva

A lei brasileira e a argentina apontam a culpa e o risco como fundamentos da responsabilidade civil, ora incidindo uma, ora outra. Isto significa que os dois fundamentos (culpa e risco) podem conviver harmonicamente. Em alguns casos, a culpa será acionada para a responsabilização; em outros, o risco será o motor. Quando há preponderância do interesse social, privilegia-se a responsabilidade objetiva; quando há risco especial, implementa-se a culpa presumida. Nos demais casos, prevalece a responsabilidade subjetiva.

De acordo com Dias (1995, p. 14),

Culpa e risco são títulos, modos, casos de responsabilidade civil. Não importa que a culpa conserve a primazia como fonte da responsabilidade civil, por ser seu caso mais freqüente. O risco não pode ser repellido, porque a culpa muitas vezes é, sob pena de sancionar-se uma injustiça, insuficiente como geradora da responsabilidade civil.

O Projeto de Código Civil Brasileiro, no art. 929, consagra a culpa como fundamento principal da responsabilidade civil e, no parágrafo único, acolhe a teoria do risco, baseada no princípio romano *neminem laedere*:

Todavía haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para o direito de outrem (Dias, 1995, p. 14).

O Direito Civil Argentino adota o princípio da responsabilidade assentada na culpa. Porém, a reforma do Código Civil introduzida pela Lei 17.711, de 1968, contemplou a responsabilidade objetiva, através do novo artigo 1.113:

La obligación del que há causado un daño se extiende a los daños que causaten los que están bajo su dependencia, o por las cosas de que se sirve, o que tiene a su cuidado. En los supuestos de daños causados com las cosas, el dueño o guardián, para eximirse de responsabilidad, deberá demostrar que de su parte no hubo culpa; pero si el daño hubiere sido causado por el riesgo o vicio de la cosa, sólo se eximirá total o parcialmente de responsabilidad acreditando la culpa de la víctima o de un tercero por quien no debe

responder. Si la cosa hubiese sido usada contra la voluntad expresa o presunta del dueño o guaridán, no será responsable.

Segundo registram Alterini *et alii* (1993, p. 148-205), as duas versões da teoria do risco são aplicadas no sistema argentino: a teoria do risco criado e a teoria do risco proveito. Isso, no entanto, não significa que toda a obrigação de reparar danos na Argentina esteja fundada na responsabilidade objetiva. Cada fator de atribuição — a culpa e o risco — têm incidências distintas.

Dias (1995, p. 32), defensor da teoria do risco como fonte de responsabilização, admite que

banir a culpa do sistema da responsabilidade civil talvez seja uma temeridade, dadas as repercussões econômicas que acarretariam a adoção integral do princípio do risco. Mas já é tempo de consagrar a responsabilidade objetiva para atividades que resultem, só pelo seu exercício, com frequência considerável, em dano injusto para a comunidade.

A responsabilidade civil fundada no risco é imprescindível naqueles casos em que se torna impossível fazer uma investigação acerca do elemento psicológico do agente quando da condução de suas atividades. Alterini *et alii* (1993, p. 199), comentando o sistema argentino, afirmam que a culpa não é indiferente nos casos em que se admite responsabilidade fundada no risco. Segundo eles, a prova da culpa influi na fixação do montante indenizatório, podendo este ser majorado, caso a culpa seja mostrada.

A essa altura, desenha-se a questão: para os administradores, será objetiva ou subjetiva a responsabilidade resultante de seus atos? Com o fim de respondermos a esse questionamento, é necessário analisarmos a legislação dos dois países: Brasil e Argentina, através de um cotejo com a teoria geral da responsabilidade civil aqui explanada — o que será feito no próximo capítulo.

2.3.4 A natureza da obrigação dos administradores

Discute-se muito acerca da natureza da obrigação dos administradores de empresas em relação à sociedade comercial, em relação aos terceiros e aos acionistas, quando se provoca um dano no exercício de sua função no cargo. São várias as proposições apresentadas pelos autores: obrigação contratual, extracontratual, obrigação de meio ou obrigação de resultado.

Segundo Gagliardo (1994, p. 550), a obrigação de resultado é aquela em que o devedor assume o compromisso de alcançar determinado resultado — esperado pelo credor. A obrigação de meio, a seu turno, é aquela em que o devedor assegura que disponibilizará, de sua parte, todos os meios aptos para alcançar determinado objetivo, embora não garanta que este seja alcançado.

A distinção entre obrigações de meio e de resultado é de extremo interesse quando da produção da prova do incumprimento da obrigação por parte do devedor. Nas obrigações de resultado, basta provar a inexistência do resultado avençado. O devedor só se isenta da responsabilidade nas obrigações de resultado se demonstrar que não cumpriu sua parte por uma causa alheia exculpante, como a força maior e o caso fortuito (Junyent Bas, 1998, p. 51-54). O ponto de partida na aferição da responsabilidade do devedor nas obrigações de meio é o resultado esperado e não atingido. O devedor estava obrigado a prestar uma conduta que conduzisse ao resultado esperado: a inexistência desta conduta leva à investigação da culpa ou dolo no incumprimento da obrigação.

Junyent Bas (1998, loc. cit.) e Gagliardo (1994, p. 556) afirmam que a obrigação do administrador de sociedades comerciais é de meio e não de resultado, pois ele

não está obrigado a resultado algum senão à conduta diligente, profissional, consciente e leal para atingir bons resultados.

Com relação à natureza contratual ou extracontratual da obrigação do administrador, há que se fazer uma distinção: perante terceiros e os demais sócios não há obrigação anterior estabelecida em contrato, pois perante os terceiros não é o administrador, mas sim a sociedade comercial quem está atuando. De acordo com o exposto por Graeff Júnior (1997, p. 230-231), em seu *Compêndio elementar das sociedades comerciais*, a responsabilidade do administrador *escapa às regras contratuais e funda-se no dever de a ninguém prejudicar*. Perante a própria sociedade comercial por ele administrada, sua responsabilidade pode ter origem contratual ou extracontratual. Será contratual, desde que não cumpra alguma determinação preestabelecida em contrato; extracontratual, quando não observe seus deveres de lealdade e diligência estabelecidos em lei.

Na Argentina, há ainda alguma discussão, mas os autores apontam como certa a obrigação extracontratual, justamente em função da teoria do órgão. Refere Junyent Bas:

Tanto la doctrina nacional como extranjera han realizado una evolución conceptual sobre el sistema de responsabilidad societaria pasando de una visión contractualista a una construcción orgánica en orden al modo de expresión de la voluntad de la persona jurídica sociedad (1998, p. 141).

En una palabra, la responsabilidad frente a la sociedad y frente a los terceros es ontológicamente idéntica y no existe fundamento para diferenciarla en contratual y extracontratual (1998, p. 309).

Sasia e Murad (1998, p. 80-81), em *Deberes de los administradores societários*, também se pronunciam pela natureza extracontratual da responsabilidade dos administradores, enfatizando ser esta uma responsabilidade legal extratificada nos arts. 59 e 274 da lei societária argentina. Esclarecem que nada obsta que o contrato social e/ou o estatuto imponham novas obrigações aos administradores, porém isto não desnatura a

responsabilidade legal e não a transforma em contratual.

Do mesmo modo, Gagliardo (1994, p. 545), partindo do princípio de que o diretório é um órgão societário, afirma que as obrigações emergentes desta função são de caráter legal, ainda que o estatuto possa adicionar outras tantas — o que não afetará sua natureza. Os órgãos societários são estruturas jurídicas internas que têm determinadas competências, as quais permitem que a atuação de seus integrantes seja imputada à sociedade comercial, visto ser esta uma pessoa e não manter contrato de mandato com seus diretores, a não ser que os invista da função destinada aos órgãos. A diferença entre o mandato e o órgão societário reside no fato de que, naquele, há um vínculo jurídico ligando duas pessoas diferentes (mandante e mandatário); já o órgão é parte da estrutura social e seus integrantes fazem o atuar da própria sociedade comercial.

Assim, parece-nos mais coerente a idéia de que a fonte das obrigações dos administradores não é o seu contrato de prestação de serviços com a sociedade comercial; sua obrigação tem origem funcional, pois eles ocupam um órgão cujas funções e responsabilidades já estão assinadas na lei e no estatuto social. Vale dizer que tais obrigações podem vir descrevendo uma conduta desejada ou proibida; ou ainda, de forma genérica.

De acordo com Alterini *et alii* (1993, p. 160), a proibição legal pode ser específica ou genérica. Quando específica, há descrição da conduta defesa — é como se houvesse uma tipicidade da conduta a ser evitada. Este tipo de proibição específica ocorre quando há previsão expressa de condutas defesas para os administradores nos estatutos sociais. Sendo genérica a proibição, ela compreenderá um conjunto de ações que não têm uma descrição minuciosa; que não estão “tipificadas” em lei. Nesses casos, caberá ao agente, a

cada momento, eleger a ação adequada e atender às finalidades das normas gerais, levando em conta os bens jurídicos a serem protegidos. Reafirmamos, aqui, o princípio da reserva legal, pois a ilicitude só se configura quando há o confronto entre um comportamento e a norma.

Assim, podemos dizer que a lei — tanto a brasileira como a argentina — ou expõe obrigações ou impõe o dever genérico de lealdade e diligência. Quando proíbe, expressa a conduta reprovável; porém, por ser impossível elencar todas as condutas reprováveis que um administrador pode realizar, ela estende à geneneralização, possibilitando a reprovação de qualquer ação que resulte em um dano à sociedade comercial, ao terceiro ou ao acionista. Então, quando houver infração de uma proibição estabelecida na lei ou no estatuto social, não será necessário demonstrar a culpa ou dolo do administrador, basta provar que descumpriu a lei. Nos outros casos, quando o dano resultar de proibição genérica de não lesar, a responsabilização se funda no não cumprimento do dever de diligência e lealdade, do que decorre a necessidade de provar a culpa ou dolo que caracterizam a reprovabilidade.

Junyent Bas (1998, p. 75) diz que,

Por ello, acreditada la realización de hechos prohibidos, o sea, el nexo de causalidad material entre el daño y la conducta del administrador, quedará demostrado el incumplimiento del deber de lealtad y diligencia. Así, en esta conducta está ínsita la culpabilidad. Basta acreditar el daño y la infracción de conductas prohibidas, surja también el reproche subjetivo. En una palabra, la prueba de la causación del daño llevará implícita la demostración de la culpa o el dolo del agente.

Assim, na Argentina, quando a responsabilidade provém do não cumprimento de obrigações específicas como aquelas elencadas na lei, basta a prova de que o dano está ligado a um ato contrário à lei ou ao estatuto. Nesse caso, o administrador só se eximiria se provasse a inexistência de culpa de sua parte. Há uma similitude com o sistema brasileiro, já que aqui sustentamos haver culpa presumida quando se viola dispositivo da lei ou do estatuto.

2. 4 Dano: pressuposto inafastável da responsabilização

Para averiguar se haverá obrigação de reparar o dano, é necessária a configuração de quatro pressupostos: (1) uma ação ou omissão, (2) a culpa, (3) um dano e (4) um nexo de causalidade entre ambos.

O dano é diminuição no patrimônio de quem o sofreu. Assim, corresponde à diferença entre o patrimônio atual e aquele que existia antes da ação que levou à responsabilidade civil. O dano não se resume somente ao que se perdeu, mas também ao que se deixou de ganhar²⁹. Quando se fala em patrimônio, há que se considerar que ele é formado de bens materiais e imateriais. Além disso, existe o direito à integridade moral, cuja incolumidade é igualmente protegida por lei.

No Direito Argentino, o art. 1078 do Código Civil trata da reparação por danos morais nos seguintes termos: *La obligación de resarcir el daño causado por los actos ilícitos comprende, además de la indemnización de pérdidas e intereses, la reparación del agravio moral ocasionado a la víctima. A paz social, que é a finalidade da regra jurídica, só é atingida quando a violação se traduz em prejuízo. Daí resulta que não se cogita da responsabilidade jurídica enquanto não há prejuízo*, afirma Dias (1995, p. 4).

O nosso sistema civil não permite a responsabilização, pelo simples fato de ter havido um ato ilícito³⁰. O que determina a reparação é a existência do prejuízo efetivo — seja

²⁹ O artigo 1069 do Código Civil Argentino dispõe: *El daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este Código se designa por las palabras pérdidas e intereses.*

³⁰ Em se tratando de responsabilização de administradores de sociedades, vale registrar que a lei societária espanhola, de 1989, previu casos de responsabilidade civil não indenizatória, mas puramente punitiva. Assim, perante aquele diploma legal, o ato ilícito, uma vez deflagrado, gera para o seu agente a obrigação indenizatória, não obstante a inexistência de danos (Cruces Gonzéles. *Apud* Corona, 1999, p. 13 e 49).

ele patrimonial, seja extrapatrimonial. Da mesma forma no sistema argentino, visto deprendermos o mesmo do artigo 1067 do Código Civil: *Art. 1067. No habrá acto ilícito punible para los efectos de este Código, si no hubiese daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar, y sin que a sus agentes se les pueda imputar dolo, culpa o negligencia.*

2. 4. 1 Nexo de causalidade

O terceiro pressuposto da responsabilidade é uma relação de causalidade entre a ação ou omissão voluntária e o dano. O Direito Civil Argentino classifica as conseqüências do fato como imediatas e mediatas. O Art. 901 conceitua tais conseqüências: *Las consecuencias de un hecho que acostumbra suceder, según el curso natural y ordinario de las cosas, se llaman en este Código consecuencias inmediatas. Las consecuencias que resultan solamente de la conexión de un hecho con un acontecimiento distinto, se llaman consecuencias mediatas. Las consecuencias mediatas que no pueden preverse se llaman consecuencias casuales.*

Existem acontecimentos que impedem a caracterização do nexos de causalidade; a culpa exclusiva da vítima é um dos casos que eliminam o nexos causal entre a ação ou omissão do terceiro interveniente e o dano. As chamadas causas excludentes de responsabilidade também incidem diretamente sobre o nexos de causalidade, já que não se pode estabelecer um liame integral entre uma conduta e seu resultado — são o caso fortuito e a força maior.

O Código Civil Brasileiro, no artigo 1058, isenta o devedor de responder por prejuízos advindos de caso fortuito e força maior e, no parágrafo único, conceitua-os nos seguintes termos: *O caso fortuito, ou de força maior, verifica-se no fato necessário, cujos*

efeitos não era possível evitar, ou impedir. O Direito Civil Argentino só conhece a figura do caso fortuito e conceitua-o no artigo 514 da seguinte forma: *Caso fortuito es el que no há podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse.*

Percebemos, assim, que o elemento chave da inexistência do nexo de causalidade é a previsibilidade, pois o caso fortuito e a força maior caracterizam-se como fatos imprevisíveis, ou, ainda que previstos, inevitáveis.

2.5 Indenização

No sistema civil brasileiro, a indenização será medida de acordo com a extensão do dano — e não de acordo com o grau de culpa. Desse modo, não há importância se o agente agiu com culpa grave ou levíssima para a aferição do montante a indenizar, porque o critério é o dano sofrido. Já no sistema obrigacional argentino, o montante indenizatório ganha um *plus*, quando o sujeito age com dolo — constituindo-se em caso de agravação da indenização.

Alterini *et alii* (1993, p. 146; p. 149; p. 196) expõem, como princípio da responsabilidade civil na Argentina, a agravação do tratamento para o dolo, acrescentando que ao credor é vantagem provar o dolo, pois assim ele terá uma extensão maior na obrigação do devedor³¹.

Os artigos 902 e 1069 do Código Civil Argentino tratam de causas majorantes da indenização:

³¹ Alterini *et alii* citam uma passagem de Aristóteles, em *Ética a Nicômano*, que se refere ao injusto e ao malvado. Diz Aristóteles que o culposo é injusto, mas quando se obra por dolo, se é injusto e malvado. Alterini

902. Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos.

1069. El daño comprende no sólo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este Código se designa por las palabras pérdidas e intereses.

Los jueces, al fijar las indemnizaciones por daños, podrán considerar la situación patrimonial del deudor, atenuándola si fuere equitativo; pero no será aplicable esta facultad si el daño fuere imputable a dolo del responsable.

Pela última frase do parágrafo do art. 1069, fica claro que o dolo não permite a atenuação do pagamento da indenização por parte do devedor, mesmo que sua situação patrimonial não seja boa.

Quando há culpa concorrente, é o grau de participação de cada indivíduo no fato danoso que indica o *quantum* que tocará a cada um. É uma técnica parecida com a teoria do domínio do fato no concurso de pessoas do Direito Penal. A indenização acometida a cada um que participou do evento danoso depende da importância da sua participação.

2. 5. 1 Solidariedade entre os administradores responsáveis

O vocábulo *solidariedade* procede, etimologicamente, de *solidum* — que expressa a idéia de totalidade, coisa inteira e não partida. O antecedente mais antigo da solidariedade está no Direito Romano, que contemplava as obrigações *correales*, pelas quais cada credor tinha direito de demandar por inteiro o todo de qualquer dos devedores, como registram Alterini *et alii* (1993, p. 524).

Tanto no Brasil quanto na Argentina³², a obrigação será solidária quando a

et alii defendem que o direito não pode tratar quem comete um erro por descuido da mesma forma que trataria quem o comete por querer causar um dano.

³² No Código Civil Argentino, o artigo 699 tem a seguinte redação: *La obligación mancomunada es solidaria, cuando la totalidad del objeto de ella puede, en virtud del título constitutivo o de una disposición de la*

totalidade de seu objeto possa ser demandado por qualquer dos credores ou qualquer dos devedores — solidariedade passiva e solidariedade ativa. Entretanto, essa possibilidade que resulta da solidariedade não se presume; ela resulta da lei ou do contrato. Alterini *et alii* (1993) dizem que a solidariedade é excepcional e deve ser expressa, pois a regra geral das obrigações mancomunadas é a divisão da dívida (artigo 699 do Código Civil Argentino).

A finalidade da solidariedade ativa é facilitar o pagamento da obrigação, já que o devedor pode escolher a qual credor pretende efetuar-lo. Por outro lado, todos os credores solidários têm o direito de fazer a cobrança em representação dos outros credores.

A solidariedade passiva, que é muito mais freqüente, tem a finalidade de assegurar ao credor a percepção de seu crédito, pois lhe dá o direito de requisitar o pagamento integral de qualquer devedor solidário. No entanto, aquele devedor solidário que se viu premido a pagar integralmente a dívida tem direito ao ressarcimento, perante os outros devedores, pela parte que a cada um deles correspondia na obrigação³³.

Referem Alterini *et alii* (1993, p. 531):

Se trata del principio de contribución, establecido expresamente por el artículo 716 del Código Civil [Argentino], en los siguientes términos: La obligación contraída solidariamente respecto de los acreedores, se divide entre los deudores, los cuales entre sí no están obligados sino a su parte y porción.

Os efeitos principais da solidariedade são: (1) a possibilidade de cobrança integral da dívida com relação a todos ou a qualquer um dos codevedores; e (2) o pagamento,

ley, ser demandada por cualquiera de los acreedores o a cualquiera de los deudores.

³³ Esta é a regra da solidariedade do Direito Civil, na qual aquele que paga o total da dívida pode regressar contra os demais devedores, cobrando-lhes o quinhão correspondente. Com relação ao Direito Cambiário, a diferença que se desenha quanto à solidariedade reside na impossibilidade de rateio entre os coobrigados. Nesta, cada coobrigado cambial responde pelo total pago pelo devedor que foi o primeiro a pagar.

a novação, a compensação e a remissão de qualquer dos devedores propagam seus efeitos aos demais codevedores, extinguindo a obrigação para todos eles — conforme dispõem os artigos 706 e 707 do Código Civil Argentino e o artigo 900, e seu parágrafo único, do Código Civil Brasileiro.

A importância de se estudar a solidariedade no âmbito da responsabilidade do administrador expressa-se quando constatamos que as sociedades por ações geralmente têm mais de um administrador. Em princípio todos eles têm poder de gestão e estão sujeitos à responsabilização civil por atos ilícitos, abuso ou excesso de poder. No momento adequado, contudo, estudaremos os casos em que a lei prevê solidariedade para os administradores.

Devemos lembrar também que o estatuto pode estabelecer a solidariedade entre os dirigentes como forma de resguardar a própria pessoa jurídica, que poderia estar acionando qualquer um deles para reparar danos por ela sofridos, a não ser que o próprio estatuto preveja de maneira detalhada as atribuições de cada um. Caso contrário, como diz Noronha (1996, p. 64),

nas pessoas jurídicas com um corpo único de administradores e na falta de previsão em contrário nos estatutos ou no pacto constitutivo, as atividades de gestão social competem em princípio a todos eles (cf. Código Civil, arts. 17 e 1384; Código Comercial, art. 302, n. 3; Lei das Sociedades Limitadas, art. 13; Lei das S/A, art. 144).

O mesmo acontece no Direito Argentino: o artigo 1676 do Código Civil dispõe que todos terão o poder de administrar se não constar no contrato social quem os sócios nomearam para exercê-lo — *El poder de administrar la sociedad corresponde a todos los socios, y se reputa ejercido por cada uno de ellos, si no constare que para ejercerlo, los socios hubiesen nombrado uno o más mandatarios, socios o no socios.*

Com relação à solidariedade, uma das questões mais intrigantes é a

possibilidade de ser dada, para o terceiro que tenha sofrido prejuízo por ato ilícito do administrador, a oportunidade de haver seu prejuízo, cobrando da sociedade por ações (pessoa jurídica) ou do administrador, à sua escolha. Em outras palavras: haveria solidariedade entre a pessoa jurídica e o administrador faltoso? Poderia o credor escolher cobrar de quem quisesse? A princípio não. A solidariedade depende de lei ou do ato constitutivo da obrigação; tanto no Brasil quanto na Argentina, esta solidariedade entre pessoa jurídica e seu administrador só seria possível se decorresse de ato constitutivo, ou seja, de um contrato entre o terceiro e a pessoa jurídica, nomeando-se o administrador como responsável solidário em caso de descumprimento da obrigação³⁴.

Por ora, podemos concluir que só haverá solidariedade entre pessoa física (administrador) e sociedade comercial, quando o ato constitutivo da obrigação dispuser expressamente. Os casos em que haverá solidariedade entre os administradores serão tratados no capítulo seguinte, com análise da legislação vigente no Brasil e na Argentina.

Neste capítulo, fizemos um estudo sobre o instituto da responsabilidade civil no Brasil e na Argentina, destacando os aspectos semelhantes e divergentes. Pudemos perceber que são poucas as diferenças no tratamento da responsabilização entre os dois países referidos. Assim, tanto aqui quanto lá, a responsabilidade tem por fundamento genérico a existência da culpa, seja ela *lato sensu* ou *stricto sensu* — porém nenhum dos dois

³⁴ A lei societária espanhola que comentamos aqui, por ser um diploma inovador, estabeleceu a pena por ato ilícito civil, independentemente da existência de dano e coloca que, nos casos em que caberia ao administrador requerer a dissolução da companhia e este não a fez, a responsabilidade será solidária dos administradores e da sociedade comercial. Esta conclusão é derivada do art. 262.5, que não subordina a solidariedade a uma insuficiência patrimonial da sociedade. Aparecendo o ato ilícito, é dado ao credor cobrar da sociedade ou do sujeito responsável, como refere Cruces Gonzéles (*Apud* Corona, 1999, p. 64). Isso significa que, no ordenamento espanhol, o credor pode cobrar tanto da companhia como do administrador. Exclui-se, assim, o que eles chamam de “beneficio de excusión” que corresponde ao nosso princípio da subsidiariedade.

ordenamentos rejeita a responsabilidade civil objetiva, com fundamento no risco, reservada para os casos que a lei previu.

2.6 O ato ilícito

Propositadamente, deixamos o ato ilícito para ser analisado fora do item que trata dos elementos componentes da responsabilidade, pois, como vimos, a responsabilidade objetiva prescinde da ilicitude do ato para obrigar o autor do dano a repará-lo. Entretanto, para responsabilizar administradores de sociedades comerciais, a lei utiliza esta categoria: atos ilícitos. Em razão disso, entendemos a importância de procedermos a uma análise mais detalhada deste instituto.

O ato ilícito manifesta-se em procedimento contrário ao exigido pelo ordenamento legal, desobedecendo um mandamento ou uma proibição do direito positivo.³⁵ Ao contrário dos atos jurídicos que podem gerar direitos e obrigações, os atos ilícitos só geram obrigações para seu agente.

³⁵ O artigo 1066 do Código Civil Argentino trata dos atos ilícitos: *Ningún acto voluntario tendrá el carácter de ilícito, si no fuere expresamente prohibido por las leyes ordinarias, municipales o reglamentos de policia; y a ningún acto ilícito se le podrá aplicar pena o sanción de este Código, si no hubiere una disposición de la ley que la hubiese impuesto.*

Dias (1995, p. 42) distingue ato ilícito de culpa. Segundo ele, ato ilícito é o elemento objetivo da responsabilidade; a culpa é seu elemento subjetivo, é a reprovabilidade do ato que contrariou o direito.

Também Alterini *et alii* (1993, p. 159) fazem a dicotomização do ato ilícito, nomeando *incumplimento objetivo* à infração de um dever: *Su carácter objetivo deriva de que resulta de una observación previa y primaria del acto, ajena a toda consideración de la subjetividad del agente*. Dessa perspectiva, pode-se sistematizar o ato ilícito a partir de duas vertentes: ilicitude objetiva e ilicitude subjetiva.

Assim, para identificarmos se um ato é ilícito ou não, é necessário visualizar nele a desconformidade com aquilo que o direito regula. Ele corporifica uma violação de um dever e uma conduta voluntária diferente da devida. Desde o ponto de vista objetivo a ilicitude só depende dessa ilação: contrariedade ao direito. Ultrapassada esta etapa, parte-se para uma análise subjetiva do ato³⁶.

Quanto ao agente, a ilicitude envolve a noção de imputabilidade, que é a possibilidade se atribuir a alguém uma inércia ou um comportamento indevido. A imputabilidade é a vertente subjetiva do ato ilícito. É neste ponto da análise que se passa a identificar se é possível atribuir ao agente as conseqüências da imprevisibilidade do resultado danoso proveniente de seu ato. Sendo imputáveis a ele essas conseqüências, passa-se à aferição da culpa quando esta é importante para a responsabilização, ou seja, quando o

³⁶ Interessante a análise do doutrinador português Fernando de Sandy Lopes Pessoa Jorge (1995, p. 67): *A violação voluntária de uma norma jurídica determina a possibilidade de formular, a seu respeito, dois juízos de valor e não apenas um, o juízo de valor sobre o carácter anti-social (ou socialmente nocivo) do acto ou do seu resultado, e o juízo sobre a conduta do agente, na sua dimensão ético-jurídica. Pode-se dizer neste sentido que a violação da norma jurídica implica um juízo de valor sobre o fato e um juízo de valor sobre o agente.*

fundamento da responsabilidade civil é a culpa.

Nem sempre o ato ilícito implicará imediatamente o dever de indenizar. Refere Dias (1995, p. 108) que *o ato ilícito pode ou não produzir efeito material, o dano. À responsabilidade civil só esse resultado interessa, vale dizer, só com a repercussão do ato ilícito no patrimônio de outrem é que se concretiza a responsabilidade civil*. Por outro lado, nem sempre o dever de indenizar está relacionado ao descumprimento do dever legal. Um ato ilícito pode acarretar prejuízos indenizáveis pelo fundamento da responsabilidade civil objetiva.

O projeto de Código Civil Brasileiro, no art. 186, estabelece: *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito*. Esse esquema mereceu críticas de Dias (1995, p. 30) — e com razão —, pois o dispositivo inclui o dano na definição do ato ilícito, como se só fosse ilícito o ato de que decorre o dano. Ora, sabemos que o ato ilícito pode não causar dano, que é pressuposto da obrigação de reparar, e não da ilicitude do ato.

2. 6. 1 Teoria do abuso do direito como espécie de ato ilícito

O abuso configura-se quando o agente poderia fazer uso de seu direito sem interferir na esfera jurídica alheia; porém, ele utiliza a sua prerrogativa de detentor de um direito para prejudicar outrem. Ter um direito e fazer uso dele de modo a prejudicar outra pessoa implica contrariar um dever preexistente de não lesar a ninguém. Dias (1995, p. 61) explica que *os direitos não nos são concedidos para que façamos uso deles discricionariamente, para prejudicar a outrem. Quando tal acontece, estão sendo desviados do seu fim e isso é abuso de direito*. O mesmo fundamento condena o abuso de direito e o

abuso de poder, pois ambos caracterizam o mau uso de uma prerrogativa legítima (direito e poder).

O abuso surge na ofensa ao direito alheio provocada pelo exercício de um direito próprio. Ocorre, então, uma colisão de direitos. Havendo este choque, a questão se coloca da seguinte maneira: qual dos direitos será preferencialmente protegido? Segundo Dias (1995, p. 459), aquele cujo exercício está *autorizado por interesse jurídico social prevalente, em relação ao sujeito passivo da ação prejudicial*.

Alterini *et alii* (1993, p. 721-722) indicam que existem três critérios de caracterização do abuso de direito: o intencional, o econômico e o teleológico. Pelo critério intencional, só seria considerado abusivo o ato cujo objetivo é danificar — a intenção de lesar seria imprescindível para a caracterização do abuso de direito. Pelo critério econômico, o abuso residiria no exercício contrário ao destino econômico ou social do direito subjetivo. Por fim, o critério finalista ou teleológico atenderia à função social inerente ao exercício de todo direito.

O Código Civil Argentino é um exemplo de evolução no tratamento dado ao abuso de direito. Originariamente, não acatou a teoria do abuso de direito. Posteriormente à reforma do Código Civil, pela *Ley 17.711* de 1968, acrescentou um parágrafo ao artigo 1071, que postula: *La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquélla tuvo en mira al reconocerlos o al que exceda los limites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres*.

Antes dessa reforma, a lei declarava que o ato pelo qual se exerce um direito próprio ou se cumpre uma obrigação não seria considerado ilícito — o artigo 1071, primeira

parte, diz que *El ejercicio regular de un derecho próprio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto*. Posteriormente, houve o acréscimo a este artigo, dispondo sobre o abuso de direito. Complementou-se essa disposição: a lei não abriga o exercício abusivo dos direitos. Em seguida, a lei coloca o que se considera abuso de direito: considerar-se-á abuso de direito o ato que contrarie os fins visados pela norma que reconhece o direito, bem como ao ato que exceda aos limites impostos pela boa-fé, pela moral e os bons costumes.

O Código Civil Brasileiro, no artigo 160, parece consagrar o critério teleológico, pois impõe a condição de que o direito seja exercido de maneira regular — o que pode nos levar à interpretação de que o direito deve ser exercido para atingir a função socialmente aceita e sem causar dano a ninguém.

O abuso de direito se torna relevante para a responsabilidade civil, no momento em que dele dimana um dano, um prejuízo. A partir deste momento, bifurcam-se as possibilidades de indenização, conforme o fundamento da responsabilidade seja objetivo ou subjetivo. Sendo subjetivo, será necessário identificar no ato em que houve abuso de direito, culpa ou dolo. O administrador, ao exercer seu direito (poder), foi negligente ou imprudente em relação ao direito do outro; ou, ainda, quis prejudicá-lo (dolo). Isto o remeterá à obrigação de indenizar. Já se o fundamento da responsabilidade, nas contingências do evento danoso, for objetiva, ao prejudicado basta provar o dano e o nexo de causalidade entre este e o exercício abusivo do direito.

2. 6. 2 Os atos irregulares de gestão

Visto que as leis societárias brasileira e argentina não elencaram um rol de

obrigações e proibições destinadas aos administradores — e nem poderiam, pois é impossível pensar em todas as atitudes irregulares que podem ser engendradas no exercício de sua função —, a responsabilidade deve ser apreciada, quando o ato é irregular, por não ter obedecido ao dever genérico de lealdade e diligência. A lealdade se exige dos administradores na medida em que são gestores de patrimônio alheio, o que demanda muita disciplina e probidade.

Atos de gestão regulares são aqueles praticados dentro dos limites formais dos poderes do administrador e com vistas à realização do fim social. Destacamos que a atividade de administração de patrimônio alheio implica liberdade e responsabilidade. A lei brasileira de sociedades por ações trata da responsabilidade dos administradores e enumera exemplificativamente alguns atos considerados irregulares na gestão dos negócios.

No entanto, é impossível precisar em legislação todos os atos que podem ser praticados em nome da gestão administrativa e que trarão prejuízo à sociedade, aos seus acionistas e a terceiros — tão grande é a gama de possibilidades para o dirigente. Então, a par da enumeração casuística da Lei 6.404, de 1976 (que é insuficiente), há que se falar genericamente a respeito da transgressão dos limites de atuação do administrador na realização da sua atividade.

Noronha (1996, p. 64) ensina que

irregulares são aqueles que, embora entrando no âmbito objetivo das atribuições dos administradores, representam uso indevido das atribuições legais ou estatutárias, por serem utilizadas para realização de finalidades diversas daquelas da pessoa jurídica

Vale dizer: formalmente, o ato é perfeito, pois não desborda dos limites impostos pela lei ou pelo estatuto. Seu exercício, porém, visa a atingir finalidades diversas. O administrador usa seu poder de maneira inadequada. Justifica-se o poder do dirigente na

medida em que ele tem o dever de realizar o fim social; mas, no momento em que ele se vale de suas prerrogativas para atingir finalidade diversa, estará praticando atos irregulares de gestão.

Qual seria, então, o fim social (ou finalidade) da empresa? A finalidade de toda sociedade comercial é o lucro. Nenhum comerciante se embrenha na atividade arriscada do comércio sem a expectativa do ganho. Aliás, a própria Lei das Sociedades por Ações (Lei n. 6.404, de 1976) declara em seu art. 2º — *Pode ser objeto da companhia qualquer empresa de fim lucrativo, não contrário à lei, à ordem pública e aos bons costumes* — que é da essência das companhias uma atividade de fim lucrativo. A par disso, há a função social da empresa, que é diferente de seu fim social — o artigo 154 da Lei n. 6.404, de 1976, fala em bem público e função social³⁷.

Lima (1989, p. 27) ensina que toda empresa privada tem uma função social e deve submeter-se às exigências do bem público, muito embora a *sua finalidade principal declarada seja o lucro*. Há, então, uma distinção entre a finalidade e a função social da empresa. Sua finalidade será sempre o lucro, já que nenhuma empresa comercial se desvia desse intuito. Entretanto, no empenho da consecução do lucro, a empresa não pode se distanciar de sua função social constitucionalmente instituída: a de obedecer às exigências do bem público. Comparato (1983, p. 296) afirma que *o lucro, longe de aparecer como o fruto da propriedade do capital, passa a exercer a função de prêmio ou incentivo ao regular desenvolvimento da atividade empresária, obedecidas as finalidades sociais fixadas em lei*.

³⁷ Art. 154 da LSA: *O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa*. Lembramos que a função social da empresa foi tema de estudo no capítulo anterior.

Quando comete crimes contra a economia popular, não obedece aos ditames das leis trabalhistas, consumeristas, fiscais e previdenciárias, está-se confrontando o bem público e, conseqüentemente, a empresa não cumpre seu papel social. Por outro lado, o do enfoque interno, temos o administrador que se distancia da finalidade da empresa, quando sua ação ou omissão atinge objetivos diversos do lucro ou qualquer outra vantagem equivalente para os acionistas. Assim, o administrador pode ser responsabilizado tanto por infringir o fim social quanto por se desviar da função social da empresa.

O Código Civil Argentino dedica o Título VII, da Seção III, às sociedades comerciais. No artigo 1691, tratando da extensão dos poderes dos administradores, dispõe:

La extensión de los poderes del socio administrador, y el géneros de actos que él está autorizado a ejecutar, se determinan, no habiendo estipulación expresa, según el objeto de la sociedad, y el fin para que há sido contratada.

Noronha (1996, p. 64) explica que existem duas categorias de atos irregulares de gestão: os praticados com desvio de poder e os com excesso de poder. Ele sintetiza as duas categorias, afirmando que:

Os atos praticados com desvio de poder são aqueles que, embora ainda cabendo no âmbito formal dos poderes de gestão, constituem uso indevido pelos administradores das atribuições conferidas, as quais são usadas com vista à realização de finalidades diversas daquelas da pessoa jurídica. (...) Os atos viciados por excesso de poder são aqueles que ultrapassam a competência dos administradores, ou porque vão além do objeto da pessoa jurídica, ou porque desrespeitam disposições normalmente estatutárias, restritivas de seus poderes.

Vale dizer: quando o administrador age dentro de sua esfera de atuação, a qual é delimitada pela lei e pelo estatuto, porém visando a uma finalidade diversa do fim social, estará em desvio de poder. Ele se desvia da finalidade que sua gestão deveria ter. Se age fora do âmbito traçado pelo estatuto e pela lei, ele excede seus poderes, e estará incorrendo em excesso de poder.

No Brasil, a exigência, pela Lei de Sociedades por Ações (Lei n. 6.404, de 1976), de uma definição precisa e completa do objeto social, possibilita a verificação do desvio de poder, como registra Lima (1989, p. 57). Cabe deixar claro que a concepção do abuso de poder é equivalente ao abuso de direito, pois em ambos os casos são legítimos o poder e o direito — mas seu uso maculado por ânimo anormal. Ou seja, em se tratando de atos de gestão, o abuso de direito constitui exercício anormal do poder e o abuso de poder enseja exercício irregular de um direito.

2.7 O fundamento da responsabilização dos administradores

O delineamento do administrador de sociedade se perfaz a partir da noção de que há um órgão a quem é acometida a gestão da empresa social e o poder de determinar as estratégias econômicas para a empresa.

No direito societário tradicional, havia perfeita correspondência entre o poder de gerir e a responsabilidade pelos atos de gestão, já que todos os sócios gerentes eram pessoalmente responsáveis pelas dívidas contraídas em nome da sociedade. Assim ocorre com a sociedade em nome coletivo, sociedade de capital e indústria, em comandita simples.

O modelo implantado pela sociedade anônima mudou este panorama fixando o princípio da irresponsabilidade dos acionistas, os quais passaram a correr o risco limitado aos investimentos empregados na companhia. Quanto aos administradores, as inovações introduzidas foram radicais. A administração da companhia pode ser atribuída a pessoas que não sejam sequer acionistas. Desse modo, a correspondência entre poder de gestão e risco não existe mais, como refere Comparato (1983, p. 332).

Os poderes e as competências são do órgão diretivo, o qual se serve de uma

pessoa para implementar as atividades orgânicas. O administrador, então, tem um papel funcional dentro do órgão pelo qual atua.

Sabe-se que a pessoa jurídica possui sua própria titularidade negocial, visto ter também seu próprio patrimônio (autonomia patrimonial). Então, dentro da normalidade, a pessoa jurídica será o sujeito dos negócios por ela desenvolvidos e também o sujeito responsável pelo desiderato perfeito desses negócios. Nessa perspectiva, as pessoas físicas que se manifestam pelos órgãos da sociedade comercial sequer aparecem nas negociações.

A pessoa jurídica expressa-se por meio de seus órgãos, cujos titulares são pessoas físicas que, muitas vezes, desvirtuam a finalidade societária, abusam ou excedem dos poderes, prejudicando, com suas atitudes, a sociedade, bem como os terceiros que com ela se relacionam. Comparato (1983, p. 319) comenta que *agir é um atributo do homem*. Então, nestes casos, *o que há, em verdade, é um problema de atribuição dos efeitos de atos humanos, como bem salientou a doutrina crítica da personalidade jurídica*.

É preciso deixar claro que a autonomia não é do administrador — e sim da sua função. Ou seja, é funcional no sentido de que existe para cumprir determinado ofício, determinado papel, e por isso deve ser exercida com vistas ao interesse maior do grupo de acionistas como um todo.

As sociedades por ações se caracterizam, em sua maioria, por serem empresas de grande porte, com poder econômico e influência política capazes de ditar o sucesso de toda uma região. Miranda (1977, p. 169), em *Breves comentários à lei de sociedades por ações*, diz que *a liquidação de uma companhia pode também ser o fim de uma cidade*. O reflexo das atividades de uma sociedade por ações, na comunidade em que se insere, é facilmente

explicada quando a enxergamos enquanto uma instituição.

A sociedade por ações é vista, hoje, dentro de uma perspectiva institucional, por isso o seu funcionamento tem que estar sob controle, e a regulamentação de sua atividade vem disposta minuciosamente em lei. Assim, o sistema de responsabilidade dos administradores sociais vem atender a elementares exigências de controle. O poder de um administrador é legítimo na medida em que ele age em sintonia com os interesses maiores da sociedade comercial e no interesse de toda comunidade, que é composta pelos empregados da empresa, seus credores e todos aqueles que, de forma direta ou indireta, com ela se relacionam. Assim, também a Lei n. 6.404, de 1976, estabeleceu todo um esquema de proteção às minorias acionárias, concedendo-lhes mecanismos de coibição da atuação do dirigente da companhia sempre que esta se direcione para prejudicar os acionistas minoritários.

No momento em que a gestão dos administradores é animada por outras finalidades que não o desenvolvimento profícuo da própria empresa, existe o abuso do poder que lhes é conferido. Nasce, então, todo o aparato de responsabilização deste(s) administrador(es) faltoso(s). Agindo com abuso ou excesso de poder, ou praticando atos ilícitos, o administrador pode estar prejudicando a própria pessoa jurídica, seus acionistas ou terceiros.

E por que o administrador se tornaria, de uma hora para outra, um agente de desmoração da empresa da qual é parte? De acordo com Cruces Gonzéles (*Apud* Corona, 1999, p. 11), na grande empresa que normalmente adota a forma jurídica de sociedade por ações, nota-se uma dissociação entre o sujeito detentor do poder de decidir e o sujeito detentor

do capital. Vale dizer: a propriedade não é de quem decide. De fato, os administradores estão imunes ao controle natural que a economia clássica atribuía à propriedade e que era exercido mediante o direito de voto nas Assembléias Gerais da Companhia (Comparato, 1995, p. 19).

A realidade é que a grande maioria dos acionistas nem participa das Assembléias, gerando o fenômeno do absentéismo. Daí sucede a notável liberdade do administrador na condução dos negócios da Companhia. A liberdade, associada ao relativo descompromisso oriundo da não-detenção do capital por parte do administrador, pode traduzir problemas nas relações jurídicas da empresa com seus credores e acionistas.

O administrador tem o poder de vincular a sociedade comprometendo-lhe o patrimônio social. Esta autonomia é necessária do ponto de vista da agilidade que requerem as negociações comerciais, mas esse poder tem um significado correto e uma finalidade bem definida que não podem jamais ser esquecidos. De fato, este poder — chamado por Comparato (1995, loc. cit.) de “poder-função” — é inversamente proporcional à riqueza que administra. Como afirma Cruces Gonzéles (*Apud* Corona, 1999, p. 13): *há de tener mecanismos de compensación que evitem cualquier disfuncionalidad em su ejercicio*. Daí o sistema de responsabilização dos administradores, já que o poder sem a correspondente responsabilização é verdadeira tirania, pois toda escolha de agir ou não agir, fazer esta ou aquela tarefa, deve ser pontuada por uma perfeita consciência das conseqüências advindas de sua atitude ou omissão.

2. 7. 1 Hipóteses de responsabilização pessoal dos administradores

A atividade de gestão está intimamente ligada à noção de governo de um patrimônio. Para governar, o administrador tem poderes inerentes à sua atividade. O espaço

de mobilidade do gestor é delimitado pela lei e pelo estatuto social e essa esfera de atuação livre, que lhe é dada, tem por finalidade propiciar-lhe a realização dos objetivos da sociedade.

Conforme Noronha (1996, p. 63), *Toda atividade de promoção do fim social é atividade gestora*. O administrador de sociedade por ações é um gestor de interesses e de titularidades alheias pois trabalha com propriedades que não são suas. Font Ribas (*Apud* Corona, 1999, p. 105) diz que o administrador se coloca em uma situação parecida com a do fiduciário, pois se lhe exige, frente aos acionistas, um dever de fidelidade que tem por base a confiança: *El administrador, por tanto, asume el riesgo de la gestión en nombre ajeno y, en consecuencia, debe responder en la medida en que el riesgo asumido no pueda se 'internalizado' por él mismo.*

É de se reconhecer que a função administrativa tem por característica inerente uma certa discricionariedade, no sentido de que há liberdade para que o administrador escolha, entre tantas possíveis, a conduta adequada aos fins sociais. É nesta escolha da melhor atuação que ele expressa a sua diligência, pois a eleição de um procedimento pressupõe reflexão sobre todos os outros procedimentos excluídos.

Quando suas atribuições estão pré-definidas no estatuto, seu espaço de mobilidade fica reduzido àquelas disposições. Assim, pode-se dizer que o administrador está sujeito a duas ordens de limitações de poderes: o estatuto social e a lei. A discricionariedade do administrador centra-se naquelas atividades tipicamente empresariais de caráter geral, em que suas obrigações consistem em manter a integridade patrimonial e financeira da empresa. Isso pode significar abstenção de realizar condutas imprudentes e arriscadas não exigidas pela natureza do negócio. É neste aspecto que existe a liberdade do administrador, a qual deve

estar equilibrada com a correspondente responsabilidade.

Neste capítulo fizemos um estudo sobre o instituto da responsabilidade civil no Brasil e na Argentina, destacando os aspectos semelhantes e divergentes. Pudemos perceber que são poucas as diferenças no tratamento da responsabilização entre o Brasil e a Argentina. Assim, tanto aqui, quanto lá, a responsabilidade tem por fundamento genérico a existência da culpa, seja ela *lato sensu* ou *stricto sensu*, porém nenhum dos dois ordenamentos rejeita a responsabilidade civil objetiva, com fundamento no risco, reservada para os casos que a lei previu.

No próximo capítulo será feita uma análise das legislações societárias brasileira e argentina para aferirmos como é tratada a obrigação e respectiva responsabilidade dos administradores de sociedades por ações.

III RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADMINISTRADOR NAS SOCIEDADES POR AÇÕES BRASILEIRA, ARGENTINA E NA EMPRESA BINACIONAL

Neste terceiro capítulo será feita uma análise dos dispositivos legais que regulamentam a responsabilidade civil dos administradores das sociedades por ações nas legislações societárias brasileira e argentina, a partir dos deveres elencados em lei, bem como das proibições destinadas aos administradores. Serão estudadas, ainda, as situações em que há a exclusão da responsabilidade dos administradores.

Num segundo momento, o enfoque do estudo desloca-se da visão comparativa Brasil/Argentina para um aprofundamento e um entrelaçamento de tudo o que se propôs neste trabalho desde o primeiro capítulo. Serão discutidos os princípios da subsidiariedade, um dogma do Direito societário, e sua incompatibilidade com o princípio da preservação da empresa, o qual traz uma nova perspectiva para a função das sociedades comerciais em consonância com a sua função social tratada no primeiro capítulo.

3.1 Legislação societária brasileira

O nosso Código Comercial, que é de 1850, tratou das sociedades anônimas nos artigos 295 a 299. Essas disposições do Código Comercial foram alteradas pelo Decreto n.

434, de 1891, e, posteriormente, as companhias foram regulamentadas pelo Decreto-lei n. 2.627, de 1940. Em 1976, foi editada a Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, a qual foi atualizada pela Lei n. 9.457, de 5 de maio de 1997.

A Lei n. 6.404, de 1976, não inaugurou a matéria de responsabilização de administradores, uma vez que o Decreto n. 434, de 1891, que alterou as disposições do Código Comercial, já estipulava que os administradores eram responsáveis perante a sociedade quando desempenhassem seu mandato com negligência, culpa ou dolo; perante a sociedade e aos terceiros quando agisse com excesso de mandato; solidariamente perante à sociedade e aos terceiros, quando violasse a lei e os estatutos, conforme registra Egito Coelho (1980, p. 37-49), em seu artigo **Da responsabilidade dos administradores das sociedades por ações em face da nova lei e da Lei 6.024/74**.

O Decreto-lei n. 2.627, de 1940, em seu art. 121, tratou da responsabilização dos administradores e dispôs que os diretores não eram pessoalmente responsáveis pelas obrigações que contraíssem em nome da sociedade, em virtude de ato regular de gestão, mas responderiam, civilmente pelos prejuízos que causassem quando procedessem dentro de suas atribuições, com culpa ou dolo, com violação da lei ou dos estatutos. A Lei n. 6.404, de 1976, no art. 158, conduziu à responsabilização dos administradores nos mesmos termos do Decreto-lei n. 2.627.

Egito Coelho (1980, p. 40) comenta que os autores do anteprojeto da Lei n. 6.404 já realçavam a preocupação em conservar no novo instrumento tudo o que *fosse aproveitável da lei antiga por lhes parecer ser esta a melhor técnica de legislar: manter a regra vetusta, conhecida, de aplicação pacífica e cujo sentido os Tribunais já consagraram*.

O Capítulo XII da Lei n. 6.404 trata do Conselho de Administração e Diretoria.

A seção IV deste Capítulo traz especificamente os deveres e responsabilidades dos administradores e diretores, começando no art. 153 e se estendendo até o art. 160. A lei é minuciosa e dispõe sobre os três deveres de maior importância para os administradores: dever de diligência (art. 153), dever de lealdade (art. 155 e parágrafos) e dever de informar (art. 157 e parágrafos). Além dos deveres, a lei informa quais as finalidades das atribuições dos administradores e dispõe sobre o desvio de poder (art. 154 e parágrafos). Depois dessas considerações, o texto legal trata diretamente da responsabilização dos gestores e a correspondente ação de responsabilidade (artigos 158, 159 e parágrafos).

No Direito Societário Argentino, regido pela Ley n. 19.550, de 1972, são dois os dispositivos mestres da responsabilização dos administradores de sociedades comerciais: os artigos 59 e 274. A referida lei, do artigo 1º ao 124, trata da teoria geral do direito societário e também de cada tipo de sociedade específica. No art. 59 da Ley 19.550, de 1972, fala-se também nos deveres de lealdade e diligência que o administrador está obrigado a observar.

3. 1. 1 Os deveres do administrador: de diligência, de lealdade e de informar

O sistema legislativo societário, ao atribuir deveres e responsabilizar administradores, reflete a tendência atual de considerar as sociedades por ações uma unidade econômica que desperta os interesses do Estado, da sociedade, dos trabalhadores, e da economia como um todo. Por isso, como registra Barreto Filho (1980, p. 11), em seu estudo **Medidas judiciais da companhia contra os administradores**, sua gestão é pautada por uma série de balizas legais, a fim de garantir eficiência e responsabilidade. Até mesmo a Comissão de Valores Mobiliários tem poderes especiais para intervir na vida da empresa, aplicando

penalidade de suspensão do exercício do cargo de administrador ou declarando-lhe inábil para o exercício desse cargo (Lei n. 6.385, de 1976, art. 11, II e IV).

Os deveres de diligência, de obediência, de lealdade e de prestar informações são espécies de contornos cerceantes para a discricionariedade do administrador. A diligência ou sua falta só podem ser aferidas com análise empírica. De acordo com a situação concreta é que se poderá dizer da diligência ou não do administrador.

Conforme demonstrado no capítulo anterior, o padrão de comportamento dos administradores é diferente do padrão de comportamento comum, sendo que, como ensina o comercialista argentino Gagliardo (1994, p. 571), a fórmula do bom homem de negócios exterioriza uma tendência à qualificação das funções consoante às especificações do trabalho — pessoal e individual — do administrador. É possível incluir-se, no dever de diligência, a obrigatoriedade de supervisionamento de diretores e administradores entre si e reciprocamente, pois a independência e a autonomia de cada um deles esbarram na necessidade de se concentrarem somente nos interesses da companhia.

O art. 154 da Lei n. 6.404, de 1976, trata das atribuições dos administradores, as quais alcançam o interesse social no sentido de que o objetivo societário deverá ser buscado, sem, no entanto, olvidar que *a sociedade é parte da comunidade em que vive e nela tem uma função social importante*, como refere Miranda (1977, p. 216), em seus *Breves comentários à lei da sociedade por ações*. Com relação às proibições impostas ao administrador, elas tendem a viabilizar a diretiva de lealdade. Destacam-se algumas proibições na lei societária brasileira:

- a) **praticar ato de liberalidade à custa da companhia** - quando se fala em liberalidade, entende-se a opção que tem o administrador de fazer ou não fazer alguma coisa. São

vedados os atos de liberalidade que, de alguma forma, comprometam o patrimônio da sociedade sem a correspondente expectativa de vantagem.

- b) **sem prévia autorização da assembléia geral ou do conselho de administração, tomar por empréstimo recursos ou bens da companhia, ou usar, em proveito próprio, de sociedade em que tenha interesse, ou de terceiros, os seus bens, serviços ou crédito - o poder inerente à função que exerce pode levar o administrador a acreditar que ele tem direitos diferenciados dentro da companhia. Essa regra tem a finalidade de prevenir abusos ou excessos.**
- c) **receber de terceiros sem autorização estatutária ou da assembléia geral, qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício de seu cargo - a lei procura coibir ao administrador que seu interesse pessoal seja sobreposto, em detrimento dos interesse da companhia. Para a infringência desta obrigação, a lei já dispõe sobre sua sanção declarando que as importâncias recebidas, contrariando esse dispositivo, pertencerão à companhia.**

No Brasil, consagrou-se, como princípio informador da função de administrador, o dever de lealdade:

Art. 155. O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado:

I – usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidade comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício do seu cargo;

II – omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia;

III – adquirir, para revender com lucro, bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir.

§ 1º Cumpre, ademais, ao administrador de companhia aberta, guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se da informação para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários.

§ 2º O administrador deve zelar para que a violação do disposto no § 1º não possa ocorrer através de subordinados ou terceiros de sua confiança.

§ 3º A pessoa prejudicada em compra e venda de valores mobiliários, contratada com infringência do disposto nos §§ 1º e 2º, tem direito de haver do infrator indenização por perdas e danos, a menos que ao contratar já conhecesse a informação.

Porém, com receio da vaguidão do termo **lealdade**, bem como da incerteza de sua extensão, tratou-se de desdobrá-lo em regras que exemplificam comportamentos considerados desleais. Cuida a doutrina de salientar que o rol do legislador não é taxativo, mas exemplificativo. Sasia e Murad (1998, p. 31) definem a lealdade como o ato de *dar preferencia a los intereses que se administran sobre los propios*.

Lima (1989, p. 75) aponta como casos em que há descumprimento do dever de lealdade, tanto por parte do administrador quanto pelo acionista controlador, o que segue:

- a) quando o administrador é concorrente da companhia;
- b) quando o administrador negocia utilizando informações a que só ele tem acesso;
- c) quando ele usurpa para si uma oportunidade que tenha surgido para a companhia.

O art. 156 da Lei n. 6.404³⁸ trata das situações em que o administrador tenha interesses conflitantes com os da companhia. Quando é lido o *caput* daquele artigo, logo se pensa que o gestor estaria tratando de interesses concorrentes (conflitantes) entre a companhia e o administrador. Vale dizer que a expressão **interesse conflitante** nos sugere a situação de duas pessoas brigando pelo mesmo objeto; parece que o administrador deseja para si o mesmo que a sociedade quer para ela — daí a proibição de sua intervenção no negócio, visto que o conflito só se estabelece quando há concorrência de interesses. Todavia, com uma

³⁸ Art. 156. É vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores, cumprindo-lhe o dever de avisá-los do seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do Conselho de Administração ou da diretoria, a natureza e extensão do seu interesse.

§ 1º Ainda que observado o disposto neste artigo, o administrador somente pode contratar com a companhia em condições razoáveis ou equitativas, idênticas às que prevalecem no mercado ou em que a companhia contrataria com terceiros.

§ 2º O negócio contratado com infringência do disposto no § 1º é anulável, e o administrador interessado será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que dele tiver auferido.

interpretação sistemática envolvendo a redação do § 1º deste mesmo artigo, parece-nos mais coerente falar em interesses convergentes, pois administrador e companhia querem contratar.³⁹

O antigo diploma regulamentador das sociedades anônimas (Decreto-lei n. 2.627, de 1940) estipulava em seu art. 120 que era vedado ao diretor intervir em qualquer operação social em relação à qual tivesse interesse *oposto* ao da companhia. O atual art. 156 da Lei n. 6.404 refere-se textualmente ao *interesse conflitante*. Lima coteja este dispositivo com o art. 1.133 do Código Civil Brasileiro, o qual proíbe os administradores de comprarem bens confiados à sua guarda ou administração. Segundo ele, alguns autores visualizavam nesse dispositivo uma proibição do auto-contrato, já que o administrador, enquanto companhia, estaria negociando consigo mesmo se com ela engendrasse um negócio. Conclui Lima (1989, p. 77): *o administrador pode, sim, contratar com a companhia, desde que em condições razoáveis e equitativas, idênticas às que prevalecem no mercado.*

De acordo com Ferreira (1981, p. 46) — em *Diretor, sociedade anônima, relação jurídica* —, se não forem observadas as prescrições legais acerca do contrato realizado entre a companhia e o dirigente, o negócio será anulável e o administrador poderá ser obrigado a transferir à sociedade as vantagens captadas com o negócio.

No Direito Argentino, apontam-se as normas operativas do dever de lealdade como sendo as seguintes:

a) **proibição de contratar:** o art. 271 da Ley n. 19.550, de 1972, trata dos casos em que há

³⁹ O art. 173, § 3º do Código Comercial Português tem uma redação mais simplificada a respeito: *É expressamente proibido aos directores das sociedades negociar por conta própria, directa ou indirectamente, com a sociedade, cuja gerência lhes estiver confiada.* O comentário de Furtado (1986, p. 74) é tão simples quanto o dispositivo legal: *Se a direcção é o órgão administrativo da sociedade que realiza a sua actividade económica e a representa externamente, o director que em nome dela contrate consigo mesmo, descreve a conhecida figura do contrato consigo mesmo, também denominado de auto-contrato.*

permissão de o diretor contratar com a sociedade. Diz o referido artigo⁴⁰ que o diretor pode celebrar com a sociedade os contratos que sejam próprios de sua atividade. Já aqueles contratos que não reúnem as características próprias dos contratos típicos da sociedade só poderão celebrar-se com prévia aprovação da diretoria ou da sindicatura, com posterior comunicação à assembléia geral. É o princípio geral de que o administrador só pode realizar com a sociedade a que pertence os contratos que sejam de sua atividade negocial. Os demais contratos requerem autorização da sindicatura, da assembléia ou do próprio diretório. Junyent Bas (1998, p. 167) comenta que, nessa proibição, o eixo está no interesse social que constitui a diretriz da conduta do administrador;

- b) **interesse contrário:** os artigos 272 e 241 da Ley n. 19.550 proíbem os diretores de votar nas deliberações que tratem da aprovação de seus atos de gestão; também não podem votar nas resoluções atinentes à sua responsabilização ou remoção com causa;
- c) **Atividades em concorrência com a sociedade:** os artigos 273, 157 (terceira parte) e 133 da Ley n. 19.550 tratam da proibição de os diretores atuarem em atividades que concorram com a sociedade, salvo autorização expressa da assembléia;
- d) **proibição de distribuir dividendos sem que se conte com utilidades líquidas e realizadas, sem respeito às reservas legais e sem que se cubram as perdas anteriores:** os artigos 68, 70, 71 e 224 da Ley n. 19550, demonstram a preocupação com a proteção ao patrimônio social e dos sócios;

⁴⁰ Art. 271. *El director puede celebrar con la sociedad los contratos que sean de la actividad en que ésta opere y siempre que se concierten en las condiciones del mercado.*

Los contratos que no reúnan los requisitos del párrafo anterior sólo podrán celebrarse previa aprobación del directorio o conformidad de la sindicatura si no existiese quórum. De estas operaciones deberá darse cuenta a la asamblea.

Si la asamblea desaprobare los contratos celebrados, los directores, o la sindicatura, en su caso, serán responsables solidariamente por los daños y perjuicios irrogados a la sociedad.

Los contratos celebrados en violación de lo dispuesto en el párrafo segundo y que no fueren ratificados por la asamblea son nulos, sin perjuicio de la responsabilidad prevista en el párrafo tercero.

e) **proibição de adquirir as próprias ações:** a aquisição de suas próprias ações por parte da sociedade é motivo de muita cautela da lei societária argentina, pois impõe, nos artigos 220, 206 e 202, condições e situações em que a sociedade poderá adquirir suas próprias ações, sempre com escopo de proteger o patrimônio social.

Sobral Ferreira (1981, p. 44) resume, em uma frase, o dever de lealdade: *Deve sempre o administrador servir a empresa e nunca se servir dela*. Além das proibições, as legislações societárias brasileira e argentina tratam de deveres que são condutas desejadas e que devem ser desempenhadas pelos administradores.

No Brasil, o § 1º do art. 155, da Lei n. 6.404, de 1976, traz uma regra pela qual o administrador de companhia aberta deve guardar sigilo sobre qualquer informação ainda não divulgada e que seja hábil a influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários de sua companhia. Serve de ilustração a fusão das cervejarias Brahma e Antarctica, resultante na empresa AmBev. As negociações da fusão perduraram por semanas e o sigilo era fundamental para o sucesso dos negócios. Narrando como os administradores de ambas as empresas se comportaram diante de tanta responsabilidade, o jornalista Lauro Jardim (1999, p. 129) explicou que

os encontros aconteciam numa das salas do escritório da GP, empresa de propriedade dos controladores da Brahma, em São Paulo. Nas duas primeiras semanas, essa pequena equipe traçou as bases do negócio. Aos poucos, o grupo dos seis foi sendo ampliado. Na última semana, já eram trinta ou quarenta pessoas. Para evitar que a movimentação de toda essa gente deixasse pistas, foram tomadas algumas precauções. Os integrantes do grupo recebiam crachás especiais, identificados apenas por números. Isso lhes permitia movimentar-se à vontade pelo prédio, sem ter de revelar seus nomes ou o das empresas para as quais trabalhavam. (...) É um caso raríssimo de negócio que tenha sido selado sem vazamento algum. Na tarde de quarta-feira, no entanto, os comandantes de Brahma e Antarctica temeram que o sigilo estivesse em xeque. Perceberam que as ações da Antarctica, estáveis há muito tempo na bolsa de valores, deram um salto de 8,1% naquele dia. Resolveram, então, agir rápido. Anteciparam em uma semana o anúncio da megafusão.

O dever de guardar sigilo abrange dois momentos. Primeiro: o administrador

não pode deixar que apenas algumas pessoas tenham acesso a informações importantes e ainda não divulgadas ao público em geral. Sua responsabilidade existe mesmo que ele não tenha nenhuma vantagem com isso. O segundo momento se dá pela proibição de auferir vantagens, para si ou para outrem, mediante compra ou venda de valores mobiliários em razão das informações que só ele detém. Além disso há o dever de o administrador zelar para que subordinados seus não incorram naquela infringência (art. 155, § 2º da Lei n. 6.404).

Correlato ao dever de manter sigilo é o de informar, previsto na Lei n. 6.404, art. 157 e seus parágrafos. É interessante registrar que os administradores deverão comunicar à bolsa de valores, imediatamente após as deliberações da assembléia ou do Conselho de Administração, qualquer fato relevante de seus negócios, hábil a influir na decisão de seus investidores, independentemente de provocação por parte dos acionistas.

Na legislação societária argentina, encontramos, no art. 305, um dispositivo que trata da responsabilidade dos diretores por ocultação de informação importante, nos seguintes termos:

Art. 305. Los directores y síndicos serán ilimitada y solidariamente responsables en el caso de que tuvieren conocimiento de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 299 y no lo comunicaren a la autoridad de contralor.

En el caso en que hubieren eludido o intentado eludir la fiscalización de la autoridad de contralor los responsables serán pasibles de las sanciones que determina el inciso 3 del artículo 302.

O administrador societário, na Argentina, terá responsabilidade pessoal, ilimitada e solidária, por ter ocultado informações relevantes das quais trata o art. 299⁴¹ da Ley 19.550, o qual institui a fiscalização estatal para as sociedades anônimas abertas, ou seja, que tenham seus valores mobiliários sendo negociados no mercado de balcão. Além dessa

⁴¹ Art. 299. *Las sociedades anónimas, además del control de constitución, quedan sujetas a la fiscalización de la autoridad de contralor de su domicilio, durante su funcionamiento,*

hipótese, há ainda nas disposições gerais da Ley 19.550, no artigo 66⁴², a obrigação de os administradores informarem, por um memorial, o estado da sociedade nas distintas atividades que tenha operado.

Do dever de informar e de guardar sigilo, surgiu a figura do *insider*, que segundo Lima (1989, p. 81) *é aquele que está por dentro, ligado à empresa em função de confiança e que, por força de sua posição, tem acesso privilegiado a informações antes que elas sejam de conhecimento público*. É bastante utilizada a expressão *insider trading* para designar aquela pessoa que usa as informações a que tem acesso para obter vantagens para si ou para outrem através da compra ou venda de valores mobiliários da companhia. Sua responsabilidade, nesse caso, caracteriza-se pela falta do dever de lealdade.

Segundo Eizirik, tratando-se do *insider trading* (art. 155 § 1º da Lei 6.404), a dificuldade é estabelecer o nexo causal entre o procedimento em que o administrador aproveita-se de informação sigilosa da companhia para obter vantagens na compra ou venda de ações, e suas operações realizadas no mercado. Neste caso, mais importante do que discutir a necessidade ou não da culpa, é estabelecer um novo mecanismo de apuração da responsabilidade do *insider trading*, pelo qual, a simples ausência de revelação de informações importantes para os investidores já o tornaria responsável. De acordo com Eizirik (1984, p. 56), *em tais casos, não é essencial saber de quem o administrador insider comprou ou vendeu os títulos, inferindo-se o nexo de causalidade mediante a prova de que as informações por ele omitidas eram relevantes e privilegiadas*. Assim, qualquer pessoa que tenha sofrido prejuízo em negociações de ações da companhia no período em que atuava o

disolución y liquidación, en cualquiera de los siguientes casos: 1) Hagan oferta pública, de sus acciones o debentures.

⁴² Art. 66. *Los administradores deberán informar en la memoria sobre el estado de la sociedad en las distintas actividades en que haya operado y su juicio sobre la proyección de las operaciones y otros aspectos que se consideren necesarios para ilustrar sobre la situación presente y futura de la sociedad.*

insider trading poderá incoar ação de responsabilidade. Na Argentina, Junyent Bas (1998, p. 170-171) arremata, dizendo que o instrumento de valoração da conduta dos administradores societários é o interesse social, o qual não se confunde com o interesse dos sócios podendo compreendê-lo.

Esses deveres denotam o caráter popular de uma sociedade por ações do tipo aberta. Seu capital é pulverizado e por isso sua vida societária não é privada, não diz respeito apenas aos administradores e diretores. Por isso eles não podem manejar a companhia como donos, com total disposição de interesses. A possibilidade de responsabilizar os administradores advém de sua posição de gestores de propriedade alheia.

3. 1. 2 Responsabilização dos administradores

A lei societária brasileira (Lei n. 6.404, de 1976) pronuncia a responsabilidade dos administradores nos seguintes termos:

Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:
I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;
II - com violação da lei ou do estatuto.

A lei societária argentina (Ley n. 19.550, de 1972) dispõe sobre a responsabilidade dos administradores nos seguintes termos:

Art. 59. Los administradores y los representantes de la sociedad deben obrar con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Los que faltaren a sus obligaciones son responsables, ilimitada y solidariamente, por los daños y perjuicios que resultaren de su acción u omisión.

Art. 274. Los directores responden ilimitada y solidariamente hacia la sociedad, los accionistas y los terceros, por el mal desempeño de su cargo, según el criterio del artículo 59, así como por la violación de la ley, el estatuto o el reglamento y por cualquier otro daño producido por dolo, abuso de facultades o culpa grave.

O art. 59 da lei societária argentina diz que os administradores e os

representantes da sociedade devem obrar com lealdade e com a diligência de um bom homem de negócios. Os que faltarem a estas obrigações são responsáveis, ilimitada e solidariamente, pelos danos e prejuízos que resultarem de sua ação ou omissão. Combinando este dispositivo com o art. 58 da mesma lei⁴³, tem-se que o ato realizado dentro das atribuições do órgão, é imputável diretamente à sociedade comercial.

A princípio, ao assumir obrigação perante terceiros, o administrador não está agindo por sua conta, mas sim pela companhia. Por isso quem se obriga é a sociedade. A responsabilidade provém sempre de uma obrigação descumprida. A fonte mediata de toda obrigação é a lei. Conforme se viu no início desse capítulo, a lei brasileira de sociedades por ações contemplou deveres para os administradores. Agora esses deveres desembocam em responsabilidade, que é mais um dever: o de indenizar caso haja um prejuízo resultante de sua falta.

Conforme já abordado no capítulo anterior, a prestação do administrador é genérica pois não tem um conteúdo específico já que seu objetivo, sendo amplo, lhe confere a possibilidade de atingi-lo de diversas formas. Registra Carmo (1988, p. 143), em *Relações jurídicas na administração da sociedade anônima*:

Em princípio, os administradores têm poderes para realizar tudo aquilo que, não defeso por lei, estiver compreendido nas necessidades operacionais da companhia para realizar o seu objeto. Isto significa que os administradores têm poderes intrínsecos, que escapam àqueles que lhes são conferidos pela lei, pelo estatuto, pelo conselho de administração e quando for o caso, pela assembléia geral. São esses os poderes gerais de gestão, que não podem ser enumerados, tampouco esgotados em enfoques exaustivos.

A limitação de suas atribuições, bem como a imposição de obrigações, dá-se

⁴³ Art. 58. *El administrador o el representante que de acuerdo con el contrato o por disposición de la ley tenga la representación de la sociedad, obliga a ésta por todos los actos que no sean notoriamente extraños al objeto social. Este régimen se aplica aun en infracción de la organización plural, si se tratare de obligaciones contraídas mediante títulos valores, por contratos entre ausente, de adhesión o concluidos mediante formularios, salvo cuando el tercero tuviere conocimiento efectivo de que el acto se celebra en infracción de la representación plural.*

pela finalidade de seus poderes e pela própria natureza da sua função. No entendimento de Sasia e Murad (1998, p. 18), o administrador tem um poder-dever já que seus poderes só lhe são assinados para que ele possa cumprir seus deveres. A lei, o estatuto e as deliberações da assembléia geral não poderão desmembrar e detalhar cada ato permitido ou proibido para o dirigente. Porém, cabe a estes instrumentos circundar um determinado espaço dentro do qual o administrador se mobilizará livremente no intuito de alcançar o melhor resultado possível para a companhia e para a comunidade na qual se insere.

Justifica-se a regra que veda as investidas dos administradores fora das extremas traçadas pelo estatuto, pelo que devem-se resguardar os interesses da sociedade e em última análise, dos próprios acionistas. Além disso há a já comentada dissociação entre patrimônio e poder de gestão: o administrador tem a disposição do patrimônio alheio (dos acionistas).

A própria exposição de motivos da lei brasileira das sociedades por ações especificou a função da responsabilização dos administradores pautada no escopo de fixar padrões de comportamento, cuja observância constitui a verdadeira defesa da minoria, indica Ferreira (1981, p. 42).

Na lei societária argentina, a combinação dos artigos 58, já transcrito, e 268 (*La representación de la sociedad corresponde al presidente del directorio. El estatuto puede autorizar la actuación de uno o más directores. En ambos supuestos se aplicará el artículo 58*) leva-nos à conclusão de que o administrador representante da companhia obriga esta pelos atos que não sejam notoriamente estranhos ao objeto social. Isto acontece, de acordo com o exposto por Gagliardo (1994, p.123), ainda que haja infringência da representação plural, salvo se o terceiro que contratou com o representante irregular tiver conhecimento efetivo de que o ato é celebrado com infringência do sistema de representação.

A regularidade do ato de gestão deve ser analisada a partir do seu escopo. Segundo Carmo (1988, p. 147), o *ato regular de gestão, compreendendo poderes implícitos, diz respeito a tudo aquilo que faz o administrador em prol da colimação do objeto da sociedade*. A busca da finalidade de seu ato é muito importante para analisar a sua regularidade pois, ele pode agir dentro de suas atribuições mas com desvio de finalidade, procurando atingir resultados contrários aos interesses da companhia. Quando o administrador trabalha **contra** os interesses da companhia não se pode mais tomá-lo como um órgão dela. A questão toma corpo quando constata-se a presença de um terceiro que entabulou negociações com o dirigente faltoso, acreditando estar este agindo enquanto titular do órgão da companhia.

Não se admite mais tratar o administrador como um mandatário da companhia, pois conforme falado no primeiro capítulo, ele exerce a função destinada a um órgão que pode ser a diretoria ou o conselho de administração, e nesta função ele expressa a vontade da própria companhia. Ainda que posteriormente seja verificada a exorbitância de seu ato de gestão, ao terceiro de boa-fé não pode ser negada proteção. Responde a sociedade pelo ato do administrador e posteriormente pode intentar ação de regresso contra ele.

Assim também é o entendimento de Gagliardo (1994), para quem a proteção dos direitos dos terceiros de boa-fé a Ley 19.550, no artigo 58, releva as restrições contratuais com relação ao exercício da representação e consagra a validade de certas obrigações, mesmo que contraídas em infringência ao regime de representação plural, o que implica sustentar a *teoría de la apariencia jurídica*:

De tal modo que el obrar del representante que infringe las disposiciones sobre la representación plural, o bien en contra de lo resuelto por el órgano de administración o, en su caso, sin haber obtenido su aprobación compromete a la sociedad anónima, sin perjuicio de las responsabilidades del director para com el ente social (Gagliardo, 1994, p. 128-130).

Deste modo, sempre que houver exorbitância dos poderes conferidos pelo

estatuto ao administrador, tal desvio de atitude por parte deste não pode ser invocado pela sociedade para eximir-se de prestar a assistência ao terceiro de boa-fé. Segundo Carmo (1988, p. 145), *A responsabilidade pelas violações estatutárias só será invocada interna corporis societatis.*

3. 1. 3 Responsabilidade objetiva ou subjetiva?

Neste ponto do trabalho, a discussão mais freqüente entre doutrinadores é sobre o título de responsabilização: será responsabilidade objetiva ou subjetiva? E baseada na culpa ou simplesmente no risco inerente à função?

Carmo (1988, p. 148) defende a responsabilidade do administrador quando houver a prática de um ato ilícito, *que compreende, genericamente, o dolo e a culpa.* Como se vê, ele faz a clássica confusão que subordina o ato ilícito à existência de culpa ou dolo. Conforme demonstrado no capítulo anterior, o ato ilícito deve ser analisado sob dois prismas: objetivo e subjetivo. Objetivamente, será ilícito todo ato que violar direito, porém para que esta violação acarrete o dever de indenizar, não há necessidade da existência da culpa ou dolo — elemento subjetivo do ato ilícito — quando a responsabilidade for objetiva. Em suas conclusões, o autor confirma seu entendimento que *à responsabilidade dos administradores de S. A. não se aplica a teoria do risco e outros que excluam a culpa em concreto* (Carmo, 1988, p. 172).

Ferreira (1981, p. 31), afirma categórico: *A doutrina vem entendendo que, como regra, a responsabilidade civil do administrador baseia-se no princípio da culpa do administrador.* Porém, adverte que o ideal seria a adoção de um sistema misto, mesclando casos particulares de responsabilidade sem culpa.

Fazendo uma leitura atenciosa dos incisos que acompanham o artigo 158 da

Lei 6.404, de 1976, descobriremos que a lei só exige a culpa ou o dolo para a responsabilização do administrador, *quando este agir dentro dos limites formais de suas atribuições* ou poderes e ainda assim causar prejuízo. Se ele causar dano por conduta que esteja violando a lei ou o estatuto social, não há exigência legal da culpa ou do dolo para a sua responsabilização.

Daí concluímos que a responsabilidade do administrador pode ser subjetiva e por culpa presumida, convivendo os dois títulos por expressa disposição da lei. Haverá necessidade do elemento culpa (*lato sensu*) quando o prejuízo decorrer de uma conduta que, formalmente possa ser classificada como conforme as suas atribuições. Vale dizer: sua conduta deu-se dentro dos limites das suas atribuições; não obstante, houve um prejuízo. Neste caso, perquire-se da culpa ou dolo para a responsabilização e reparabilidade do dano. É a responsabilidade subjetiva. Por outro lado, quando o administrador atua com violação da lei ou do estatuto e causa prejuízo, não há necessidade da prova da culpa ou do dolo, por parte da vítima, para a responsabilização, bastando a demonstração da conexão entre o dano e a conduta que transborda seus limites legais e estatutários. Trata-se de responsabilidade cuja culpa ou dolo são presumidos.

Ferreira (1958, p. 1610), há cinco décadas atrás, assim se manifestava a respeito da responsabilidade dos administradores:

Para que, portanto, os diretores civilmente respondam, há de haver, necessariamente, o dano ou o prejuízo, quando procederem, dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; ou, então, na inexistência de culpa ou de dolo, hajam violado a lei ou os estatutos.

Desse modo, ele admite a responsabilidade não obstante a inexistência de culpa ou dolo, nos casos de violação da lei ou dos estatutos. Paes (1978, p. 37), sem mais delongas, posiciona-se da seguinte forma:

Nos atos praticados em violação da lei e do estatuto não há mister de prova da culpa do administrador. A lei atual, na esteira do Decreto-lei 2.627, reproduzindo *ipsis litteris* este, acolheu o princípio da inversão do ônus da prova. Cláusulas neste sentido, no entanto, são combatidas.

Ao falar em atitude contrária à lei ou estatuto o dispositivo legal não requer a existência de culpa ou dolo como pressuposto da responsabilização.⁴⁴ Nesse mesmo sentido, Eizirik indica que nos termos do art. 158, I, da Lei n. 6.404, de 1976, o administrador responderá pelos prejuízos que causar quando proceder dentro de suas atribuições com culpa ou dolo. *Trata-se, no caso, de responsabilidade subjetiva, cabendo ao autor da ação provar culpa ou dolo do administrador* (Eizirik, 1984, p. 53). Ao apreciar o inciso II do art. 158, ele aponta para um caso de *inversão do ônus da prova*, acarretando então a presunção de culpa do administrador quando ele infringe a lei ou o estatuto. Conclui o autor seu raciocínio dizendo que:

ao invés da distinção radical entre responsabilidade objetiva e subjetiva, a evolução do direito, na matéria, inclina-se no sentido da aceitação de situações intermediárias, nas quais avultam os mecanismos das presunções e das provas em contrário (Eizirik, 1984, p. 53).

Noronha (1996, p. 81) diz que na hipótese do inciso II do art. 158 a Lei não prescindiu totalmente da existência de culpa. Para ele trata-se de uma hipótese em que há responsabilidade subjetiva e com culpa presumida, *mas com presunção simples (juris tantum)*. *Haverá por conseguinte, mera inversão do ônus da prova; sobre o administrador recairá a obrigação de fazer prova contrária.*

Leão (1988, p. 31-35), defende a aplicação da responsabilidade objetiva conjugada com a implantação de um sistema de seguro obrigatório:

⁴⁴ Comentando dispositivo idêntico da lei societária espanhola (art. 133 da lei de sociedades por ações, de dezembro de 1989), o comercialista Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano afirma que, quanto ao ato contrário à lei ou ao estatuto, deve haver uma presunção de responsabilidade. Já nos casos em que há dúvidas quanto ao alcance da lei ou dos estatutos com que se coteja o ato em análise, deve-se manter a presunção, embora com certa flexibilidade, admitindo-se ao administrador a prova de que atuou com diligência devida.

A tendência moderna deve ser, quanto à responsabilidade civil, a de encará-la, objetivamente desprezando-se a clássica teoria subjetivista. Havendo prejuízo, sobretudo o de caráter social, surge o dever de indenizar. Noutras palavras: a responsabilidade por ato do administrador ou da sociedade deve seguir a concepção avançada em matéria de responsabilidade civil. Há de perquirir-se, tão-somente, o resultado antijurídico, muito especialmente nos casos em que a comunidade tiver sido a maior prejudicada. (...) A solução do seguro obrigatório seria a fórmula para elidir eventual paralisação e, ao mesmo tempo, satisfazer o interesse coletivo.

Lima (1989, p. 109) propõe uma nova sistematização para o art. 158 a fim de facilitar-lhe a interpretação. Para ele quando o administrador agir *ultra vires* sempre responderá pelos prejuízos, abstraindo-se daí a idéia de culpa, a qual só seria sacada quando agir *intra vires*. *Sugerimos o total abandono da idéia de culpa (lato e stricto sensu)*.

Miranda (1977, p. 223) não destoa deste entendimento pois distingue dois tipos de atos que podem dar fundamento à responsabilidade civil. Quando ele age dentro de suas atribuições, exige-se o dolo ou a culpa. Porém quando infringe disposição legal ou estatutária não há necessidade da averiguação de culpa ou dolo. Nas palavras de Leão (1988, p. 35),

Não se deve reduzir a importância econômica da empresa e da sua função social. Para abrigar o gigantismo e o poder, inclusive político, de que dispõe, deve o legislador contemporâneo impor-lhe obrigações, mecanismos externos e de controle eficazes e, sobretudo, o dever inarredável de indenizar o prejuízo que causou, independentemente da culpa ou dolo. Para a reparação, deve bastar o dano.

Egito Coelho (1980, p. 37-49) diz que há presunção legal de culpa para o administrador que agira com violação da lei ou dos estatutos. Como podemos ver, das diversas manifestações dos autores que se dedicaram ao tema aqui tratado, não há mais como se falar, no Brasil, em pura responsabilidade subjetiva para o administrador da companhia. Será ela baseada na culpa quando o dirigente agir fora das suas atribuições, porém não se exigirá este elemento subjetivo tratando-se de violação da lei ou dos estatutos.

Trata-se de interpretação literal do dispositivo legal. Porém, se nós nos dispusermos a fazer também uma interpretação sistemática utilizando para tanto o parágrafo §

6º do art. 159, da Lei n. 6.404, de 1976, inserto na mesma seção quarta da lei⁴⁵, concluiremos que a lei consagrou o princípio da presunção de culpa para a responsabilização dos administradores, no caso do inciso II do art. 158.

Se fosse exigida a culpa para a sua responsabilização quando da violação da lei ou dos estatutos, não se poderia falar em exclusão da responsabilidade por decisão judicial em reconhecimento à boa-fé. Ora, havendo boa-fé e empenho para atingir interesse da companhia, não há culpa, pois esta se caracteriza exatamente pela ausência do esforço em não lesar a ninguém. Se não há culpa, por ter ele atuado com empenho e boa-fé, o juiz não teria que excluir nada e a lei estaria sendo redundante e contraditória, pois a responsabilidade, se fosse subjetiva, não se perfectibilizaria sem aquele elemento subjetivo.

Se havendo boa-fé não há culpa, sem culpa não haveria responsabilização. E, em não havendo responsabilidade, não há porque falar em sua exclusão. Se a lei abre a possibilidade de exclusão da responsabilidade com fundamento na boa-fé, significa que a obrigação de ressarcimento por parte do administrador não existirá caso ele desconstitua o elemento culpa, que é presumido, e construa o embasamento de sua boa-fé.

Percebemos que a lei se esmera em reconhecer a exclusão da responsabilidade com lastro na boa-fé e na finalidade legítima do administrador. Isso quer dizer que, se o juiz entender aplicável como essa exclusão, o administrador se livrará da indenização; caso contrário, não entendendo o juiz que o gestor teve boa-fé e finalidade legítima, subsiste o dever de indenizar. Há uma tendência do Direito em privilegiar as concepções mais sociais em detrimento das individuais.

As presunções legais têm a função de facilitar a tarefa daquele a quem incumbe

⁴⁵ Art. 159, § 6º: O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia.

fazer uma prova, daquele a quem incumbe tomar uma decisão (julgador), especialmente quando a prova do fato é difícil de fornecer. A presunção legal dispensa da prova aquele a quem ela aproveita, ou seja, dispensa o prejudicado de provar a culpa do administrador, pois essa prova é mesmo difícil de ser estabelecida.

A principal dificuldade da responsabilidade fundada na culpa consiste em provar que houve um desvio no comportamento do administrador, acarretando, assim, um verdadeiro séquito de inalcançáveis. O fundamento desta radicalização da responsabilidade por culpa presumida estaria na crescente complexidade da sociedade em decorrência do progresso — o que majora também a incidência de problemas a reclamarem soluções por mecanismos mais generalizados e indiretos (Trevisol, 2000).

Ao se criar essa desigualdade entre o prejudicado e o administrador a quem a presunção de culpa desfavorece, privilegiam-se outros valores que não são a verdade ou a segurança jurídica. Nesse sentido, busca-se facilitar as relações jurídicas.

3. 1. 4 A responsabilidade dos administradores no Direito Societário argentino

Na Argentina, Junyent Bas (1998, p. 160-162) diz que nos artigos 59 e 274 da Ley 19.550, de 1972, estruturam-se uma responsabilidade profissional específica e diferenciada. Ele rechaça a possibilidade de se atribuir responsabilidade objetiva aos administradores naqueles casos em que a lei não descreve uma conduta proibida. Analisando o art. 59 ele explana que o paradigma abstrato configura um regime profissional que implica o conhecimento e experiência da atividade comercial. Por isso, há uma responsabilidade específica para os administradores, diferenciada da responsabilidade aplicada ao comum dos homens, pois, o administrador societário se obriga ainda por culpa leve.

Gagliardo (1994, p. 571) entende que a culpa sempre deve estar presente na responsabilização do administrador: *La culpa como factor de imputabilidad, através de diversas formulaciones, es una nota esencial em nuestro régimen societário*. Vale lembrar que, com relação à tripartição da culpa (lata, leve ou levíssima), e também quanto ao modo de sua aferição (*in concreto* ou *in abstracto*), desenvolvemos comentários no capítulo anterior.

Junyent Bas (1998, p. 162) pondera que o sistema de responsabilização dos administradores é aberto, sendo que a antijuridicidade poderá ser material ou formal. A antijuridicidade formal se configura a partir da infringência de um rol de proibições legais; a antijuridicidade material se dá a partir da não congruência da conduta com o ordenamento total, ou seja, não é necessário infringir uma proibição *descrita e estabelecida em lei* para configurar-se uma conduta antijurídica. Basta que a conduta confronte-se com o ordenamento:

En esta inteligencia, rechazamos la configuración de un responsabilidade objetiva, en atención a las directrices de los artículos 59 y 274 del estatuto societario, que asumen como facto de atribución la culpa o el dolo, pero también admitimos que en la mayoría de los casos bastará la prueba del daño y del nexo de causalidad com la conducta material del agente. En efecto, el incumplimiento de las obligaciones de administrador será inexcusable por la profesionalidade de su conocimiento.

A lei societária argentina elenca algumas condutas queridas pelo legislador, bem como condutas proibidas. Nestes casos, a sua infringência implica responsabilidade, pois a culpa surgirá *in re ipsa*, ou seja, da própria natureza das coisas. Entender que a culpa deve estar presente como pressuposto de responsabilização do administrador, não exclui a possibilidade de imputar o dever de indenizar por culpa presumida, pois, conforme dissemos, neste regime, não se prescinde da existência da culpa, somente que parte-se do pressuposto de que ela existe quando o administrador age violando a lei ou o estatuto social. Mesclam-se então em dois os títulos de responsabilidade: quando infringir norma pré-estabelecida na lei societária de fazer ou não fazer, será por culpa presumida a responsabilidade. Quando

infringir o ordenamento como um todo, provocando danos, há necessidade de provar culpa ou dolo.

3.2 A exclusão da responsabilidade (Brasil e Argentina)

É prevista no parágrafo 6º do art. 159 da lei brasileira de sociedades por ações, a possibilidade de exclusão da responsabilidade do gestor se comprovada a sua boa-fé e que ele agiu visando ao interesse da companhia.

Bove (1958, p. 166) expõe que

A regra, assim, sob a invocação de sua finalidade, do seu sentido teleológico, tem que se dobrar às necessidades da sociedade, quando circunstâncias imprevistas e excepcionais impedem, de forma absoluta, a execução das disposições estatutárias. Neste caso, os administradores não incorrem em qualquer responsabilidade.

Neste § 6º do art. 159 da Lei n. 6.404, podemos vislumbrar uma afirmação do entendimento pelo qual haverá responsabilidade por culpa presumida, quando o administrador exorbitar de seus poderes legais e estatutários. Para explicar, faz-se uma questão: se o administrador respondesse somente por culpa ou dolo, mesmo agindo fora dos limites legais e estatutários, porque a lei o eximiria da responsabilidade quando comprovada sua boa-fé e conseqüente inexistência de culpa? Ou seja, se ele agiu de boa-fé não houve culpa, logo, não haveria responsabilização. Então por que a lei institui uma espécie de perdão judicial quando o juiz reconhece que houve esforço por parte do administrador para defender a companhia? Ora, a lei assim o faz porque existe responsabilidade por culpa presumida para os casos em que prejuízos decorrem da exorbitância dos limites traçados. Havendo presunção de culpa ele responde; a não ser que, comprovada sua boa-fé na condução dos negócios, o juiz o liberte de tal responsabilidade.

O § 6º do art. 159 da Lei n. 6.404 traz uma regra que permite ao juiz excluir a responsabilidade do administrador, desde que demonstrada sua boa-fé e desde que tenha ele agido visando ao interesse da companhia. Ao lado da força maior e do caso fortuito, acresce a lei de sociedades por ações o caso específico da exculpação: trata-se de um caso de controle do judiciário nos negócios da companhia.

Toda atividade administrativa requer rapidez e pragmatismo. Na concepção de Lima (1989, p. 133), o *administrador é, sobretudo, um homem de decisões*. O risco é inerente à atividade do administrador, que está sempre diante de opções diferentes, inclusive a opção de nada fazer. Correr riscos não significa que houve excesso de poderes ou que o administrador tenha agido ilicitamente. A ousadia do administrador pode resultar em grande salto positivo para a companhia. Por isso, não se recomenda ao Poder Judiciário que decida *sobre fatores de oportunidade e conveniência do ato praticado pelo administrador*, conforme refere Carmo (1988, p.186). O risco só se torna temerário e passível de responsabilização quando com ele se pode visualizar a falta de diligência e de lealdade e o descaso para com as finalidades da sociedade.

Desse modo, para a aplicação da exclusão de responsabilidade, o juiz deve constatar que houve boa-fé, que o ato do gestor tenha sido regular, que o objeto social tenha sido observado, que o interesse da sociedade tenha prevalecido, enfim, que tenha havido o cumprimento dos deveres essenciais do administrador. De acordo com o acima exposto, quando o dirigente atua com infringência à lei ou aos estatutos, há uma presunção legal de culpa. Em contrapartida, se o juiz verifica a existência da boa-fé e da observância dos interesses da companhia, pode excluir a responsabilidade dos dirigentes.

Na Argentina, o art. 274 da Ley 19.550, de 1972, trata da isenção da responsabilidade para o diretor que participou da resolução, ou que a conheceu, mas

consignou por escrito seu protesto e deu notícia ao síndico de que dissentiu daquela resolução. Obviamente que este protesto deverá ser feito antes que sua responsabilidade seja denunciada ou que se exerça a ação societária.

Outras hipóteses de extinção da responsabilidade, previstas na lei societária argentina⁴⁶, são a aprovação da gestão, a renúncia expressa, a transação efetuada pela assembléia e a prescrição. Conforme assinala Junyent Bas (1998, p.196), tais hipóteses de extinção ativam-se face às funções de gestão operativa e empresarial dos negócios sociais, que são cumuladas pelos administradores com a função de representação e cogestão societária. Então, a aprovação da gestão, a renúncia expressa e a transação só extinguem a responsabilidade do administrador, quando dizem respeito às suas funções de gestão operativa e empresarial. Na função de representação/cogestão societária, essas hipóteses de extinção da responsabilidade resultariam sempre um ato contrário à lei, ao estatuto ou ao regulamento.

Notemos que a lei societária argentina não trata da exculpação com base no atuar de boa-fé por parte do administrador, mas admite a renúncia expressa e a transação por parte da assembléia geral, a qual, no âmbito de seus poderes e atribuições, poderá, isentar o administrador da responsabilidade, renunciando expressamente ao direito de obrigá-lo a indenizar ou transacionando com ele.

3. 2. 1 A ratificação, pela assembléia geral, dos atos praticados pelo administrador

No Brasil, a lei não dispõe de maneira clara e expressa a possibilidade de a assembléia geral absolver os administradores, ainda mais quando estes abusarem de seus

⁴⁶ O artigo 275 ilustra um caso: *La responsabilidad de los directores y gerentes respecto de la sociedad, se extingue por aprobación de su gestión o por renuncia expresa o transacción, resuelta por la asamblea, si esa*

poderes ou quanto aos atos violadores do estatuto e da lei. Tergiversam os autores sobre a possibilidade de ratificação por parte da assembléia geral.⁴⁷

Bove (1958, p. 195) chama de *quitus* o ato pelo qual a assembléia aprova, sem reservas, as contas e o balanço apresentados, liberando de qualquer responsabilidade os administradores. Existem, porém, diversas variáveis a circundar esse tema. A simples aprovação da assembléia geral quanto a contas ou balanços, mesmo negócios realizados que tenham suscitado dúvidas, não assegura a isenção de responsabilidade por parte dos administradores. Um negócio com grande risco pode ser aprovado pela assembléia, por ter tido sucesso, mas nem por isso deixa de representar uma atitude temerária por parte do administrador que “jogou” com os interesses da companhia. Afirma Bove (1958, p. 197):

A assembléia geral pode aprovar o balanço, mas pode, também, ao mesmo tempo, desaprovar a gestão dos diretores. (...) O balanço pode refletir a situação real da sociedade e ter sido apresentado, pela diretoria, com estrita observância das prescrições legais; e a reserva à gestão dos negócios sociais por ter sido desastrosa, em conseqüência de atos ou operação praticados pelos diretores, com manifesta imprudência, imperícia ou negligência.

Na Argentina, a reforma da lei societária acabou com a polêmica ao redor dessa questão. Dispõe o art. 72 da Ley 19.550, de 1972, que

La aprobación de los estados contables no implica la de la gestión de los directores, administradores, gerentes, miembros del consejo de vigilancia o síndicos, hayan o no votado en la respectiva decisión, ni importa la liberación de responsabilidades.

Gagliardo (1994, p. 598) ensina que em nenhum caso a extinção será eficaz, caso exista violação da lei ou do estatuto; conte com a oposição de pelo menos cinco por cento do capital; aconteça a liquidação coativa ou concursal. E adverte, ainda, que o art. 72 da

responsabilidad no es por violación de la ley, del estatuto o reglamento y si no media oposición del cinco por ciento del capital social, por lo menos. La extinción es ineficaz en el caso de liquidación coactiva o concursal.

⁴⁷ Somente a título de curiosidade: Vivante (1932, p. 381), comentando o então Código Comercial Italiano, dizia que à assembléia é dado o poder de absolvê-los mesmo que seu ato se enquadre entre aqueles que dão ao acionista o direito de retirada.

lei societária argentina deixa bem claro que a aprovação dos demonstrativos contábeis não libera os diretores de responsabilidade. Ora, a assembléia não tem poderes para ratificar ato contrário à lei que tenha prejudicado um terceiro, nem mesmo tem autonomia para transacionar com terceiros, em detrimento da sociedade comercial. O único que poderia convalidar o ato contrário à lei, praticado pelo administrador, seria o próprio terceiro prejudicado e, ainda assim, somente em se tratando de direitos disponíveis. Assim, são direitos dos quais a assembléia não pode dispor os de terceiros e os da categoria de acionistas minoritários.

De acordo com Paes (1996, p. 753-798), um caso clássico na jurisprudência nacional sobre responsabilidade de acionista controlador proporcionou um debate interessante sobre a possibilidade de convalidação de ato administrativo irregular. Tratava-se de ação interposta por acionista minoritário de um banco, contra uma companhia *holding* que detinha o controle acionário do estabelecimento, de três seguradoras e uma corretora de seguros. Segundo expunha o autor, o banco comercial do qual era acionista minoritário prestava serviços a uma seguradora controlada pela *holding*. Tal seguradora tinha o mesmo nome do banco, embora não pertencesse a ele, e a venda de seguros era realizada dentro das agências, através do trabalho de seus funcionários. Não obstante a utilização do banco, a seguradora auferia todo o lucro dos negócios. Indignado, o acionista do banco propôs ação visando à responsabilização da controladora (*holding*) e conseqüente reposição ao patrimônio do banco de tudo o que dele foi desviado.

Invocou-se a decisão tomada em assembléia como ratificadora dos atos praticados pela administração. Duas conclusões interessantes podem ser inferidas do acórdão proferido na Apelação Cível n. 23.598 do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, como registra Boiteux (1988, p. 74-95). A primeira delas: uma assembléia geral,

especialmente convocada para deliberar sobre a controvérsia posta sob julgamento, tem poderes para ratificar o ato, ainda mais que nesta assembléia foram prestados todos os esclarecimentos necessários e houve abstenção da sociedade controladora — essa é a manifestação de Dias, dada por parecer ao caso. A outra conclusão, muito mais coerente, é que, em se tratando de conflito entre acionista minoritário e a política do controlador, a decisão da assembléia geral é inútil. O acionista minoritário não tem representatividade nenhuma na assembléia geral e sua vontade só será considerada em uma ação judicial que a lei lhe permite.

Nessa perspectiva, a assembléia pode até deliberar pela aprovação dos atos de gestão de seus administradores. Contudo, essa aprovação não terá o condão de eximir diretores e conselheiros administrativos de indenizar *terceiros prejudicados*. Ao acionista minoritário que pretende ver sua companhia ressarcida dos prejuízos causados pelo administrador, e cuja assembléia geral decidiu pela ratificação da gestão, resta-lhe a ação de anulação de decisão assemblear ou a ação societária derivada que resulta da não aprovação da assembléia para propor ação societária. Para tal ação, devem-se reunir acionistas que representem cinco por cento do capital social.

Na Argentina, o assunto é tratado pela lei com mais pormenores, pois o art. 275, que dispõe sobre a extinção da responsabilidade dos diretores perante a sociedade, prevê que a aprovação de sua gestão, a renúncia expressa ou a transação, pronunciadas pela assembléia, produzem a extinção da responsabilidade. Vale ressaltar, todavia, que a validade desta extinção só se opera quando a responsabilidade *não decorre de violação da lei, do estatuto ou regulamento*, e quando não se opõem à extinção os acionistas que representem cinco por cento do capital social. Também vale ressaltar a ineficácia da extinção, quando há liquidação coativa ou concursal. Junyent Bas (1998, p. 186) comenta que a aprovação da

gestão dos diretores, pela assembléia, tem operado uma espécie de imunidade contra ulteriores reclamações, produzindo uma neutralização da ação societária de responsabilidade.

Uma outra questão que envolve o alcance dos poderes da assembléia geral é se ela teria ou não o poder de transacionar com terceiros prejudicados pelos atos irresponsáveis dos administradores. Sabe-se que uma demanda judicial pode ser prejudicial aos interesses da companhia, tanto do prisma patrimonial como do moral. Daí a disposição de transigir. A capacidade de transacionar está subordinada, porém, à disposição dos interesses. Segundo Bove (1958, p. 201), *é indispensável a capacidade de dispor dos bens que estão compreendidos na transação.*

São dois tipos de transação: o poder de o diretor ou administradores transacionarem com terceiros, e o poder de a assembléia geral transacionar com o administrador para extinguir a responsabilidade deste perante a sociedade, através da aprovação de sua gestão — art. 275 da Ley 19.550, de 1972. Dentro de uma companhia, qual seria o órgão competente para realizar essa transação? Deve-se lembrar que são os interesses sociais que estão em pauta.⁴⁸ Bove (1958, p. 202) entende que

é necessária, para a validade da transação, expressa autorização da assembléia geral, especialmente convocada. Contudo, o poder conferido à assembléia de autorizar os diretores a transacionar não é absoluto; essa autorização não pode contravir às disposições da lei ou às dos estatutos.

3. 2. 2 Responsabilidade da companhia pelos atos de seus administradores

⁴⁸ A lei portuguesa dispõe que a transação é fato extintivo da responsabilidade funcional dos administradores, mas impõe certas condições, conforme ensina Furtado (1986, p. 412-413): *A sociedade só pode renunciar ao seu direito de indemnização ou transigir sobre ele, mediante deliberação expressa da assembleia geral sem voto contrário de uma minoria de accionistas que represente pelo menos a décima parte do capital social; os administradores interessados não podem votar nessa deliberação.* Há ainda a ressalva legal pela qual a aprovação da gestão dos administradores não implica renúncia, por parte da sociedade, aos direitos de indenização contra estes.

Toda sociedade empresarial tem um objeto, que é a sua atividade. Entre outras coisas, o objeto social permite demarcar a atividade da sociedade, delimitar a competência de ação dos órgãos, fixar as faculdades dos representantes e definir o interesse social, como indica Junyent Bas (1998, p. 145). O ramo de negócios a que ela se dedicará é o seu objeto. Tendo a pessoa jurídica a capacidade de praticar toda sorte de negócios não proibidos por lei, ela pode alterar a sua atividade e se dedicar a outro ramo de negócios que não seja o seu objeto. Porém, os acionistas minoritários, que não poderão influir nesta decisão, podem se sentir prejudicados. A teoria *ultra vires* tem por princípio considerar a sociedade comercial *incapaz* para praticar atos diversos daqueles previstos em seu objeto social, consagrando assim, a inalterabilidade do objeto societário.

Na Argentina, o artigo 43 do Código Civil Argentino consagra o princípio de que a pessoa jurídica responde pelos danos causados pelos seus administradores.⁴⁹ Junyent Bas (1998, p.157) refere-se ao *interesse social* como pauta de conduta dos administradores e demais órgãos societários, expondo que *es el interés del sujeto de derecho sociedad donde convergen el desarrollo o cumplimiento del objeto social y la obtención de utilidades para los socios, pero que implica también la prosperidad de la empresa.*

O mesmo autor comenta que a legislação societária Argentina (Ley 19.550) positivou o conceito de interesse social nos art. 241, 248 e 272⁵⁰, posto que os distintos órgãos

⁴⁹ Art. 43. *Las personas jurídicas responden por los daños que causen quienes las dirijan o administren en ejercicio o com ocasión de sus funciones. Responden también por los daños que causen sus dependientes o las cosas, en las condiciones establecidas en el título: De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos.*

⁵⁰ Art. 241. *Los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia y gerents generales, no pueden votar en las decisiones vinculadas con la aprobación de sus actos de gestión. Tampoco lo pueden hacer en las resoluciones atinentes a su responsabilidad o remoción con causa.*

Art. 248. *El accionista o su representante que en una operación determinada tenga por cuenta propia o ajena un interés contrario al de la sociedad, tiene obligación de abstenerse de votar los acuerdos relativos a aquélla. Si contraviniese esta disposición, será responsable de los daños y perjuicios, cuando sin su voto no se hubiera logrado la mayoría necesaria para una decisión válida.*

devem atuar de maneira tal a beneficiar o interesse societário (Junyent Bas, 1998, p. 159).

Gagliardo (1994, 133-171) não considera inexoravelmente inválidos os atos praticados em infringência ao objeto social, muito menos que o administrador seja de pronto responsabilizado por eles. Diz ele que é necessário distinguir os atos que excedem o objeto social e os atos que transbordam a faculdade dos administradores. A teoria *ultra vires*

surgiu na Inglaterra, no século passado. O *Joint Stock Companies Act*, de 1844, consagrava, no art. 7º, o princípio de que *o ato constitutivo devia contar, entre seus elementos essenciais, com a descrição do objeto social*. O art. 12 consagrava, em complemento, a doutrina *ultra vires* ao dispor que a capacidade da sociedade ficava circunscrita ao cumprimento do objeto social (Requião, 1998, p. 201).

Para combater essa teoria, os americanos formularam a teoria dos poderes implícitos, a qual permite aos administradores praticarem atos acessórios ao objeto social principal. No Direito Brasileiro, a lei não trata dos efeitos do ato *ultra vires*. Devem-se considerá-los válidos, já que, pela teoria da aparência, o terceiro que entabula com a sociedade não será obrigado a verificar se o negócio se encaixa no objeto social. No entanto, a lei trata da responsabilização dos administradores, quando agirem com violação à lei ou aos estatutos, de modo que essa disposição é tão genérica que pode abranger uma situação de ato *ultra vires*. Assim, o ato *ultra vires* será válido e produzirá efeitos para o terceiro de boa-fé, mas o administrador poderá ser responsabilizado.

Gagliardo (1994, p. 177) pronuncia-se na seguinte direção:

Tal como lo señaláramos, los actos que exceden el marco del objeto social no pueden conducir a una invalidez genérica de los mismos. Esta interpretación, desde el punto de vista de la sociedad, no impide analizar la conducta del administrador que procediera a tenor de lo descrito (...) la sociedad queda obligada, sin perjuicio de la responsabilidad del administrador.

A diferença que deve ficar estabelecida é que a doutrina *ultra vires* não trata

Art. 272. Cuando el director tuviere un interés contrario al de la sociedad, deberá hacerlo saber al directorio y a los síndicos y abstenerse de intervenir en la deliberación, sob pena de incurrir en la responsabilidad

dos casos de excesso de poder ou violação do estatuto, mas sim dos atos que não são contemplados pelo objeto social, atividades outras que não fazem parte do objeto social. O enfoque volta-se para a atividade societária e não para os poderes do administrador — embora se possa afirmar que o ato *ultra vires* está contido no ato de excesso de poderes. Por exemplo: ao ajustar negócio *ultra vires*, o administrador estará extrapolando os poderes que lhe foram atribuídos de não violar o estatuto; e é no estatuto que está o objeto societário.

Bove entende que, sendo o estatuto o grande guia dos administradores das sociedades no que respeita aos limites e competências, deve ele ser observado também pelo terceiro que com a companhia contratará. Afirma ele:

Ambas as partes, tanto o diretor⁵¹, como o terceiro contratante, devem obediência às prescrições contidas nos estatutos, pois não são estas de conhecimento exclusivo dos administradores, devido a sua publicidade (Bove, 1958, p. 191).

O autor, entretanto, ressalva sua exposição com a situação em que haja dolo por parte do terceiro, que assim não mereceria guarida. Com este raciocínio, Bove estende aos terceiros a obrigação de obediência aos estatutos. Entre nós, a polêmica em torno desse assunto fica por conta de sucessivos questionamentos da validade de avais prestados por sociedades anônimas em favor de terceiros. Regra geral, os atos constitutivos da sociedade contêm cláusulas proibitivas da prestação de fianças e avais, por parte de administradores ou diretores, em nome da sociedade. Há quem sustente que esse ato de liberalidade às expensas da companhia é completamente nulo.

Não é essa, no entanto, a interpretação que vem sendo dada a casos dessa natureza nos tribunais brasileiros que procuram proteger as pessoas de boa-fé — terceiros —

del artículo 59.

que contrataram com determinada sociedade. Aplica-se, para tanto, a teoria da aparência.

Explica Lima (1989, p. 64):

entre o interesse do credor de boa-fé, que confiou na aparência de que o diretor da companhia estava autorizado a avalizar, e o interesse da própria sociedade, cujos acionistas escolhem o diretor e têm meios de fiscalizar a conduta deste, deve prevalecer o interesse do terceiro de boa-fé, ou seja, do credor do título de crédito avalizado pela companhia.

Eizirik (1984, p. 48-62) encaminha-se para a direção pela qual a companhia é responsável pelos atos *ultra vires* praticados pelos seus administradores e, indo além, afirma que existiria responsabilidade solidária entre o administrador e a empresa. No entanto, ressalva a possibilidade de eximir a companhia, quando ficar provado que o terceiro contratante conhecia as limitações do administrador.

Noronha (1996, p. 72) também entende possível a responsabilização solidária dos administradores e da pessoa jurídica; porém, apenas quando se tratar de *atos ilícitos* praticados pelos dirigentes no exercício de suas atribuições, pois com base no artigo 1.518 do Código Civil Brasileiro, a responsabilidade solidária para a reparação por atos ilícitos, por parte de todos os autores e cúmplices, está prevista. Então, no Brasil, não há aplicação da teoria *ultra vires* e a companhia responderá pelos atos exorbitantes do objeto social, ainda que o administrador tenha transbordado de suas competências. Não é aplicável a teoria *ultra vires* no sentido de não atribuir eficácia aos atos que transbordam o objeto social, pois, assim como se consagra a teoria da aparência para os atos praticados com violação do estatuto, já que não se pode exigir do terceiro de boa-fé o pleno conhecimento acerca dos limites de poderes do administrador, também não será de exigir-lhe o conhecimento do objeto social contido no estatuto.

⁵¹ O autor utiliza a denominação *diretor* sempre que se refere aos gestores das companhias; tal se dá porque sua obra foi escrita em 1958, quando ainda estava em vigor o Decreto-lei 2.627/40, o qual não previa o órgão do Conselho de Administradores, apenas a Diretoria.

Assim, forma-se entre a sociedade e seu administrador um novo elo de responsabilização, já que, tendo ele excedido seus poderes, responderá pessoalmente perante a companhia pelo valor do dano causado pela sua conduta. Para os acionistas, é imperativo que a companhia seja ressarcida do prejuízo causado pelos atos irresponsáveis do administrador. Quanto à teoria da aparência, que parece ter sido entusiasticamente abraçada pelos Tribunais em matéria societária, há que se fazer algumas considerações.

3. 2. 3 A teoria da aparência no Direito Brasileiro

O Direito tende a atribuir e reconhecer a eficácia de situações aparentes. Aparente é aquilo que se apresenta como verdadeiro, é o que parece ser. Muitas vezes, a aparência determina a orientação de negócios jurídicos e, quando se descobre que aquilo que aparentava não era, entram em choque dois interesses: o interesse daquele que quer a eficácia do negócio com base na confirmação da aparência, ou seja, a aparência tornar-se-ia uma verdade; e o daquele que não quer a eficácia do negócio, já que ele foi lastreado sobre uma situação não verdadeira, apenas aparente. Então, o intérprete deve posicionar-se: qual dos interesses irá proteger, qual escolher e sob qual fundamento?

A teoria da aparência defende a consagração da eficácia do negócio jurídico cuja base foi uma situação aparente⁵². Sua fundamentação está na aplicação do princípio geral que protege a boa-fé, pois o Direito, especialmente o Comercial, não pode exigir que em todas as transações comerciais o terceiro verifique preventivamente se a aparência corresponde à realidade. Exigir essa atitude seria consagrar a fadiga e a lentidão dos negócios; ademais, o Direito deve contemplar a presunção de que todos estão de boa-fé — e não o contrário.

⁵² Inspira-se esta doutrina no art. 935 do Código Civil: o pagamento feito de boa-fé ao credor putativo é válido, mesmo que se prove depois que não era credor.

Além disso, a segurança jurídica justifica a opção pela teoria da aparência. Que tipo de segurança as pessoas teriam se seus interesses fossem descartados pelo Direito sempre que viesse à tona uma realidade que se escondia por detrás de uma aparência plausível? Em sede de sociedades comerciais, são múltiplas as situações que ensejam a aplicação da teoria da aparência, pois a expressão da vontade da pessoa jurídica sempre é obra de uma pessoa natural. Então, o ajuste entabulado entre o terceiro de boa-fé e o sócio que se apresenta habilitado a contrair obrigações em nome da sociedade, embora agindo com infringência ao contrato social/estatuto, deve ser honrado pela sociedade. Depois, esta terá o direito de regresso contra o sócio que usurpou o poder de expressar a vontade societária.

Quem participa de uma situação enganosa, ainda que não tenha tido o propósito deliberado de induzir ao erro o outro figurante, não pode fazer com que seu direito prevaleça sobre o direito de quem tem creditado sua confiança naquela situação aparente. Requião (1998, p. 397) considera que significaria

exigir demais, com efeito, no âmbito do comércio, onde as operações se realizam em massa, e por isso sempre em antagonismo com o formalismo, que a todo instante o terceiro que contrata com uma sociedade comercial solicite desta exibição do contrato social, para verificação dos poderes do gerente (...) A doutrina que dá validade a tal cláusula é evidentemente contrária às tendências e espírito do direito comercial.

Ainda segundo o mesmo autor, na linha da doutrina de Borges, podemos dizer que o contrato social apenas delinea e projeta a sociedade comercial no que diz respeito aos seus elementos: sócios, capital, objeto, etc. Não tem ele o condão de restringir a capacidade da pessoa jurídica, que é reconhecida por lei. Sabemos que a personificação atribuída ao ente moral a capacidade de fazer tudo aquilo para que a lei não a proíbe. A limitação do poder de praticar determinados atos, imposta no contrato social, é válida entre os sócios e não pode ser oposta contra terceiros de boa-fé. Então, a pessoa jurídica responde perante este terceiro que acreditou na aparência de conformidade do negócio e, depois, os outros sócios poderão

utilizar o contrato social e a cláusula proibitiva para cobrar o sócio-gerente infiel.

Assim, a teoria da aparência será aplicada para os casos em que o administrador agir, extrapolando seus poderes de gestão. Esse ato vincula a sociedade, mas responsabiliza o administrador em ação de regresso que deverá ser proposta pela sociedade.

3. 2. 4 A teoria da aparência no Direito Argentino

Quando o administrador procede dentro de suas atribuições, não há dúvida de que é a sociedade comercial quem responderá, já que, pela teoria do órgão, o ato é *da sociedade*. Borda (s.d., p. 286), comentando o art. 36 do Código Civil Argentino, afirma que as pessoas jurídicas não terão nenhuma responsabilidade pelos atos ou contratos que aqueles administradores tiverem celebrado fora de suas atribuições estatutárias. Excepciona, porém, essa regra com uma ressalva: se a pessoa jurídica tiver experimentado um enriquecimento, derivado daquele ato exorbitante, ela estará obrigada a responder por ele.

No enquadramento deste tema, Gagliardo (1994, p. 639) afirma que *el director actúa la función directorial y obrando em nombre la sociedad no parece factible que deba responder en forma personal*. Ele segue, afirmando que o primeiro enfoque da questão deve realizar-se em função do enriquecimento da pessoa jurídica, a qual, obviamente, responderá até o limite do benefício obtido. Também deve-se analisar a situação do contratante — se sabia ou não dos limites de atuação do administrador: se sabia, assume o risco; se não sabia dos limites, o administrador estará pessoalmente obrigado por danos e interesses lesados.

Em todo caso, os credores de boa-fé podem reclamar as obrigações contraídas com excesso de poderes perante a sociedade. Gagliardo (1994, p. 683-684) refere: *De cualquier manera, el administrador responderá ante la sociedad en virtud de los daños e intereses irrogados com motivo del acto por el que obligara a la sociead*. Dessa explanação,

inferimos que também no Direito Argentino é admitida a responsabilização da sociedade comercial pelos atos em excesso de poder praticados pelos administradores, com vistas à proteção do terceiro de boa-fé, donde há possibilidade de ampla aplicação da teoria da aparência.

3. 2. 5 Responsabilização pessoal do administrador x teoria da aparência

O Direito é ordenado: concede-se o direito e prepara-se um meio de efetivá-lo e garanti-lo; escolhem-se interesses a serem tutelados. Cada vez mais é corriqueira a situação de ter que se escolher entre dois interesses legítimos. A visão maniqueísta, que é popular, não se agüenta mais. É fácil escolher entre o bem e o mal. Mas não é fácil escolher entre o bem e o bem. Sabe-se que quando há dois interesses juridicamente tutelados em conflito deve-se escolher um deles e fundamentar a opção feita.

Se o conflito é entre um interesse constitucionalmente protegido e outro tutelado por lei ordinária, a escolha é clara: será pelo primeiro — supremacia constitucional. Assim também quando houver interesses públicos conflitantes com interesses privados: indubitavelmente, prevalece o interesse público. Contudo, no caso de haver interesses em pé de igualdade, a escolha por um deles torna-se uma tarefa difícil.

Seria possível preservar o patrimônio societário em detrimento do terceiro de boa-fé que contratou com a empresa, através de seu administrador, e veio a descobrir, depois, que seu contrato e os direitos dele decorrentes estavam ameaçados porque o administrador extrapolou seus poderes? Como, na maioria dos casos, é mais fácil para a empresa reaver, do seu administrador, o prejuízo causado ao patrimônio societário por ter ele extrapolado seus poderes, o terceiro de boa-fé poderia beneficiar-se da teoria da aparência para haver da empresa, com quem ele acreditava estar contratando, o seu ressarcimento — e esta pode,

depois, haver do administrador em direito de regresso.

Para escolher a quem beneficiar — se ao terceiro de boa-fé (onerando a empresa) ou se à empresa (onerando o terceiro) —, há que se analisar cada caso problemático, ponderando cuidadosamente o tamanho do ônus e quem melhor o suportará. Se, ao escolher a teoria da aparência, há uma circunstância de esgotamento patrimonial da empresa, é claro que deve-se pensar em todos os interesses coligados à empresa que estarão sofrendo o ônus indireto de tal decisão. Se, ao contrário, não houver nenhum prejuízo para o patrimônio societário, o terceiro de boa-fé será agraciado com a teoria da aparência.

Nesse diapasão, há duas operações a serem feitas: primeiro, opta-se entre o sócio e a empresa (aplicando ou não o princípio da subsidiariedade); em seguida, opta-se entre a empresa e o terceiro (aplicando ou não a teoria da aparência). Essas etapas estão deslocadas desde um ponto de vista individualista que sempre imantou as relações comerciais. É, sem dúvida, muito novo o fenômeno de o Direito e a sociedade se depararem com um instituto eminentemente de Direito Privado, como é o caso da empresa, despertando interesses coletivos. Porém, o comprometimento do Direito, do Estado e da sociedade como um todo pela preservação da empresa é uma via de mão dupla, posto que agrava as cobranças e as ingerências comunitárias na gestão e no encaminhamento dos negócios empresariais.

Assim, a teoria da aparência não pode ser também uma panacéia a beneficiar somente o terceiro de boa-fé. Deverá haver circunstância em que o terceiro será sacrificado em nome da preservação da empresa.

3.3 Variáveis da responsabilidade: vítima sociedade comercial, vítima terceiro, vítima acionista

O administrador pode ser responsabilizado por um ato ilícito por ele cometido com culpa ou dolo, agindo dentro de suas atribuições, e pode ser responsabilizado por ter violado a lei ou os estatutos — aqui, não há necessidade da prova de culpa ou dolo, já que a culpa é presumida. Em ambas as situações, ocorrendo dano, a responsabilidade dará ensejo a uma indenização. De acordo com o que se colocou no capítulo anterior, no Brasil, a obrigação de reparar o dano não tem como medida a gravidade da conduta, mas sim a extensão do prejuízo sofrido.⁵³ A quem será destinada a indenização? Poderá ser à sociedade comercial, ao acionista ou ao terceiro.

É pacífico o entendimento de que há responsabilidade da pessoa jurídica perante terceiros de boa-fé, pelos atos ilícitos praticados por administradores. Segundo Leão (1988, p. 31), *Terceiro é o não acionista que sofreu prejuízo por desmando da gerência da companhia. Poderão ser os credores, os debenturistas, empregados e a própria comunidade.*

Em se tratando do excesso de poder que ocorre quando o administrador ultrapassa suas competências, causando prejuízo a terceiro de boa-fé, já se consagrou o entendimento de que a pessoa jurídica responderá perante este terceiro, por uma questão de equidade. Neste caso, o terceiro prejudicado receberá sua reparação da pessoa jurídica que pode, em ação regressiva, haver seu prejuízo perante o gestor faltoso.

Há, ainda, a dúvida sobre a responsabilização do administrador perante o terceiro, por não cumprimento de obrigações pela sociedade. No Direito Brasileiro e no Direito Argentino, não existe a possibilidade de responsabilizar o administrador *por ato*

⁵³ No Direito Argentino há expressa menção da possibilidade de majoração do ressarcimento em virtude da gravidade da culpa ou do dolo.

regular de gestão. Caso contrário, estaria estabelecida uma solidariedade passiva entre administrador e sociedade comercial. Então, tratando-se de um ato corriqueiro e regular, não há que se falar na responsabilidade pessoal do administrador da sociedade por ações, restando a pessoa jurídica obrigada pelo seu cumprimento.

Uma situação derivada desse fato pode acontecer quando a pessoa jurídica contrai obrigação e não a cumpre por deliberação de seu administrador, que age no intuito de prejudicar o terceiro. Não é interessante que a sociedade responda pelos adendos (multa e juros) da obrigação descumprida. Assim, poderíamos ter uma situação na qual a sociedade responderia, perante o terceiro, pelo total da obrigação, embora houvesse a possibilidade de se ressarcir perante o administrador pelas perdas e danos advindos de sua deliberação faltosa. Para haver solidariedade entre pessoa jurídica e o titular de seu órgão (pessoa física), é necessária uma cláusula contratual nesse sentido.

A indagação que precede o estudo da responsabilidade do administrador perante a sociedade é a seguinte: que tipo de vínculo existe entre a pessoa jurídica e seus administradores? Vimos, no primeiro capítulo, que, no século XIX, prevalecia uma visão contratualista que considerava o administrador como mandatário da pessoa jurídica. Essa concepção evoluiu para a teoria organicista, pela qual o dirigente é um órgão da sociedade; hoje, prevalece uma visão mais atualizada, pela qual se distingue o órgão de seu titular. Assim, o administrador está ligado à sociedade por um contrato de prestação de serviço de administração, de acordo com o exposto por Noronha (1996, p. 59-90).

Quando, então, o administrador responderá com seu patrimônio pelos danos que causar? Perante a sociedade, ele será responsável sempre que provocar prejuízo por culpa ou dolo, dentro de suas atribuições, bem como sempre que desbordar de seus poderes legais ou estatutários — e, nesse último caso, não exige a lei o elemento culpa ou dolo para a

responsabilização. Perante o terceiro, existem variáveis: o administrador poderá ser diretamente responsável ou subsidiariamente responsável. As variáveis dependerão da condição de acionista ou não do administrador. Analisemos cada uma delas.

Quando o administrador, acionista ou não da companhia, atuar enquanto titular do órgão societário, e assim entabular negócios com terceiros de boa-fé, já tivemos oportunidade de ver que, mesmo transbordando de suas atribuições, a companhia responderá para com o terceiro de boa-fé e, depois, reaverá seu prejuízo junto ao gestor. Porém, se a companhia não puder solver os prejuízos causados ao terceiro pelo administrador, e tendo ele agido com excesso de poder, será o caso de responsabilização direta do gestor da companhia, alcançando seu patrimônio particular. Dessa forma, ao terceiro restará a possibilidade de enquadrar a atitude do administrador como descumpridora dos deveres de lealdade, de diligência e de informar — desde que a atitude do gestor tenha superado as atribuições inerentes ao administrador (havendo, nesse caso, necessidade de prova do dolo ou culpa) ou que tenha ele violado a lei ou os estatutos (aqui presume-se a culpa). Assim, o terceiro poderá agredir o patrimônio pessoal do administrador, sem, no entanto, provocar a despersonalização da sociedade.

Se esse **terceiro** abalado for um **acionista** que não se conforma com uma lesão provocada pelo administrador à sua companhia, posto que isso lhe atinge também, instrumentos de responsabilização do dirigente são a ação societária *ut singuli* — quando a assembléia geral tiver aprovado a propositura da ação contra ele, ou a ação societária derivada, em que se exige a reunião de acionistas que representem no mínimo cinco por cento ou mais do capital social.

Se o administrador provocou um dano direto ao acionista (não lesou à companhia, mas ao acionista), por ter, por exemplo, infringido o dever de informar e

escondido informações que influenciariam diretamente na compra ou venda de valores mobiliários da sociedade, prejudicando os acionistas, estes terão ação de responsabilidade contra o administrador para recuperar o que perderam. Aqui também o patrimônio pessoal do dirigente está escalado para responder por esses prejuízos.

Notemos que não é necessária a desconsideração da personalidade jurídica, porque, no caso, o administrador não atuou perante terceiro como titular do órgão social; ele agiu como um mau gestor. O acionista prejudicado provará o dolo ou a culpa, quando necessário (no caso do inciso I do art. 158 da Lei 6.404, de 1976), ou simplesmente demonstrará a violação da lei ou do estatuto (inciso II, do art. 158 da mesma lei), juntamente com o seu prejuízo, já que nesse caso a culpa do administrador é presumida.

3.4 Responsabilidade solidária entre os administradores

De acordo com as disposições dos artigos 17 e 1.384 do Código Civil Brasileiro, artigo 302, 3 do Código Comercial, art. 13 do Decreto n. 3.708, de 1919, art. 144 da Lei n. 6.404, de 1976, na falta de previsão em contrário, nos estatutos ou contrato social, as atividades de gestão social competirá a todos eles, formando um corpo único de administradores (Noronha, 1996, p. 59-90).

Via de regra, o administrador é responsabilizado individualmente por suas manobras ilegais. Cabe à lei ou à vontade das partes o estabelecimento da solidariedade que não se presume (art. 896 do Código Civil Brasileiro). Quanto aos administradores que trabalham sempre em grupo, a lei especifica os casos em que a responsabilidade será solidária entre eles. Assim, segundo o § 2º do art. 158 da Lei n. 6.404:

Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não-cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar

o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles.

Pela leitura desse dispositivo, entendemos que, a princípio, o administrador responde solidariamente pelo descumprimento de obrigação imposta por lei, ainda que, pelo estatuto, essa obrigação não seja de sua competência. Então, mesmo sendo de terceiro a atribuição, a responsabilidade estende-se a ele. Entretanto, lendo o § 1º do art. 158, da Lei n. 6.404, vê-se que a responsabilidade solidária não é assim tão fácil:

O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se da responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração, ao Conselho Fiscal, se em funcionamento, ou à assembléia geral.

Nessa leitura comparativa, percebemos uma contradição entre os dois parágrafos, pois que no primeiro se estabelece que não haverá solidariedade entre os administradores, salvo quando houver conivência com outros administradores, negligência para descobrir os atos ilícitos ou inércia do administrador que sabe que outro empreendera atos ilícitos. Carmo (1988, p. 155) classifica a regra desse § 1º como um desestimulante dos conluios que poderiam surgir entre os administradores. Para não nos deixar assim tão desamparados com esta contradição, o § 3º do art. 158 da Lei n. 6.404 faz uma ressalva: *Nas companhias abertas, a responsabilidade de que trata o § 2º ficará restrita, ressalvado o disposto no § 4.º, aos administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres.*

Com base nesse dispositivo, podemos estabelecer que o que estava expresso no § 2º não se aplica às sociedades abertas, só às fechadas. Nessa perspectiva, cabe uma pergunta: nunca os administradores de sociedades abertas estarão solidariamente responsáveis? Não é bem assim; haverá solidariedade nas companhias abertas quando o

estatuto previr atribuição específica de cumprir certos deveres a determinados administradores. Vale dizer, são dois ou mais dirigentes com as mesmas atribuições designadas pelo estatuto. Nesse caso, eles terão responsabilidade solidária.

No referido parágrafo, a lei abranda o rigorismo da solidariedade, prevendo que nas companhias abertas a responsabilidade solidária só ocorrerá quando o estatuto previr atribuição específica de certos deveres aos administradores — ou seja, se o estatuto prevê determinada função a dois administradores, agindo um deles ilicitamente e provocando um prejuízo, só o administrador, cuja atribuição seja idêntica à do faltoso, é que responderá com ele, solidariamente. Eizirik (1984, p. 51) comenta esse dispositivo, esclarecendo que,

nas companhias abertas, dado o princípio da especialização de atribuições, a responsabilidade é individual (...) a solidariedade somente ocorre entre aqueles administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres.

Ainda há outra possibilidade, prevista no § 4º do art. 158 da Lei n. 6.404:

O administrador que, tendo conhecimento do não-cumprimento desses deveres por seu predecessor, ou pelo administrador competente nos termos do § 3.º, deixar de comunicar o fato à assembléia geral, tornar-se-á por ele solidariamente responsável.

Aqui, a solidariedade decorre do silêncio do administrador que substitui um outro que cometera irregularidades. O novo gestor deverá comunicar as irregularidades por ele apuradas; caso contrário, ficará solidariamente responsável. Também será solidário na responsabilidade quando deixar de comunicar à assembléia geral o descumprimento de dever prescrito no estatuto, por parte de um colega administrador.

O § 5º do art. 158 da Lei n. 6.404 trata do ato ilícito a quatro mãos: quando dois ou mais administradores, em conluio, provocam um dano, a responsabilidade deles será solidária. Exige a lei o especial fim de agir, que seria a vantagem para si ou para outrem. Estaria a lei livrando de tal solidariedade o administrador ingênuo que não percebe as

manobras do outro e não obtém vantagem para si? Não. A ingenuidade é incompatível com a função de gestor de companhias; além do mais, se ele obtém vantagem para outrem (no caso, seu comparsa) já estará configurada a hipótese de solidariedade.

É preciso lembrar que os participantes do conselho de administração atuam em conjunto, ou seja, não há uma atividade que possa ser atribuída a um dos conselheiros. Logo, havendo anomalias na gestão administrativa, com danos para a sociedade ou terceiros, os integrantes do conselho de administração responderão solidariamente.

Utiliza-se de uma regra segundo a qual, nos organismos colegiados (como é o caso do conselho de administração), a decisão da maioria obriga a minoria. Porém, só quando se trata de decisão legal, pois, sendo ela contrária à lei ou ao estatuto, não está a minoria impedida de levar ao conhecimento do conselho fiscal tal deliberação, eximindo-se, assim, da responsabilidade solidária. Salientamos que o administrador que detecta tal ilegalidade deve fazer consignar em ata a sua divergência, deve registrar seu repúdio a tal deliberação, conforme § 1º do art. 158 da Lei n. 6.404, de 1976, pois só assim ele estará livre da responsabilidade solidária.

Paulin (1995, p. 44-45) esclarece que *um membro do Conselho de Administração só será penalizado por deliberações tomadas em reuniões que esteve presente e não votou de forma contrária*. Nesse caso, perguntamos se a divergência manifestada pelo dissidente surtirá o efeito da destituição da solidariedade, ainda que não seja eficaz para elidir os prejuízos. Carmo (1988) sistematiza a questão e conclui que somente quando os prejuízos são evitados é que não haverá a solidariedade entre os administradores. Afirma o autor:

São três as hipóteses de responsabilidade por ato ilícito de outro administrador: a) conivência; b) negligência em descobri-lo e c) a omissão em denunciá-lo. (...) Para que a denúncia do ato ilícito, bem assim o arrependimento da cumplicidade, sejam excludentes da responsabilidade, devem ser tempestivos, eficazes, ou seja, capazes de sustar o prejuízo que

decorreria do próprio ato (Carmo, 1988, p. 157).

Quanto aos diretores, é necessário salientar que sua atuação é individual e independente dos demais administradores. Manifestam individualmente sua vontade e responderão também individualmente pelas infrações. Cabe a pergunta: existiria responsabilidade dos conselheiros pelos atos praticados pelos diretores e vice-versa? Ao tratar da solidariedade nos parágrafos do artigo 158, a lei não distingue conselheiros administrativos de diretores e fala, sempre genericamente, em **administradores**. Desse modo, devemos entender conselheiros administrativos e diretores todos como administradores.

No § 1º do art. 158, a Lei 6.404 escusa de responsabilidade os administradores por atos ilícitos de outros administradores. Faz, porém, uma ressalva: se houver conivência entre os dois, se um deles for negligente em descobrir os atos irregulares, ou ainda: se, tendo deles conhecimento, não tomar as providências cabíveis, não será excluída a solidariedade.

Afinado com esta idéia, Paulin (1995) postula que os membros do conselho de administração não são totalmente irresponsáveis pelos atos praticados pelos diretores, mesmo com relação aos atos que não tiverem chegado ao seu conhecimento. Isto se dá pela disposição legal, a qual responsabiliza o conselheiro conivente com o diretor — negligente em descobrir as irregularidades e inerte para evitar que o diretor leve a cabo sua prática. Afirma o autor: *Os membros do conselho de administração não respondem por atos da diretoria dos quais não tiveram conhecimento, exceto se negligenciarem em descobri-los* (Paulin, 1995, p. 46).

Perguntamos: a responsabilidade coletiva dos membros do conselho implica responsabilidade sem culpa? É importante não confundir solidariedade com responsabilidade objetiva, as quais são categorias jurídicas distintas. Na solidariedade passiva, alguém é obrigado a cumprir e adimplir obrigações de outrem; na responsabilidade objetiva, prescinde-

se da culpa para cobrar-se indenização. Muitas vezes, a responsabilidade é subjetiva e aí, só depois de vencida a etapa da prova da culpa, é que surgirá para o credor a possibilidade de cobrar solidariamente, de todos os devedores. Então, o fato de haver solidariedade entre administradores não implica a existência de responsabilidade sem culpa.

Conforme visto anteriormente, o inciso I do art. 158 da Lei n. 6.404 exige o elemento subjetivo (culpa ou dolo) para responsabilizar o dirigente que tenha causado dano, *tendo atuado dentro de suas atribuições ou poderes*. Quando a responsabilidade se funda nesse dispositivo, haverá que se apurar primeiro a culpa ou o dolo daquele que causou o prejuízo e, só depois de constatado o elemento subjetivo, é que a responsabilidade se estende aos que com ele tenham sido coniventes, negligentes ou inertes.

O participante do conselho será responsabilizado se agir sem culpa na hipótese prevista no art. 158, II, para o qual, conforme explanado anteriormente, não se exige a culpa ou dolo. Entretanto, quando sua atitude se enquadrar no disposto do inciso I do art. 158, haverá que se vencer a prova da culpa ou dolo para só então responsabilizar solidariamente os demais administradores cujas funções são idênticas. Quando se diz que os membros do conselho se responsabilizam pelos atos dos diretores, não significa que há aí uma responsabilidade sem culpa por parte dos conselheiros administrativos. O art. 142, III, da Lei n. 6.404, de 1976, diz que é função do conselho de administração fiscalizar a gestão dos diretores, de modo que cada conselheiro tem atribuição de fiscalização.

Assim, se um diretor agir ilícitamente, os conselheiros responderão por sua própria omissão individual, pois todos eles têm esse dever fiscalizatório estipulado em lei. A responsabilidade do conselheiro decorre de sua própria omissão. Nas palavras de Paulin (1995, p. 47), *Sua responsabilização decorre do fato de não ter exercido suas funções na forma legalmente exigida*.

O § 6º do art. 244 da Lei n. 6.404 traz um caso legal de responsabilidade civil solidária entre os administradores. Trata-se da hipótese de vedação de participação recíproca entre a companhia e suas coligadas ou controladas. Sociedades coligadas são aquelas em que uma participa com dez por cento ou mais do capital social da outra; controlada é a sociedade na qual uma controladora é titular de direitos de sócio, tem a preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores. A lei proíbe a reciprocidade na participação, tanto entre as companhias coligadas quanto entre as controladas, ou seja, as duas sociedades não podem ser proprietárias de ações uma da outra. Esse dispositivo tem em vista o princípio da realidade do capital social. Assim dispõe Boiteux (1988, p. 42):

Estas normas se destinam, no plano patrimonial, a manter o princípio da realidade ou sinceridade do capital social, que se traduz pela efetiva correspondência entre a cifra do capital e o valor real das prestações a que se obrigaram os sócios.

A título de ilustração, Boiteux (1988) dá o seguinte exemplo: se duas sociedades, “A” e “B”, forem coligadas e proprietárias recíprocas de capital social em determinada porcentagem, haverá uma proporção dessa porcentagem de capital que será fictícia. Isso influi na garantia dos credores, que fica reduzida. Daí a responsabilização dos diretores que insistirem em infringir o princípio da sinceridade do capital social.

Outro caso esporso de responsabilidade solidária está consignado no art. 99 da Lei n. 6.404⁵⁴ e prevê aos primeiros administradores a solidariedade por prejuízos resultantes

⁵⁴ Art. 99. Os primeiros administradores são solidariamente responsáveis perante a companhia pelos prejuízos causados pela demora no cumprimento das formalidades complementares à sua constituição.

Parágrafo único. A companhia não responde pelos atos ou operações praticados pelos primeiros administradores antes de cumpridas as formalidades de constituição, mas a assembléia geral poderá deliberar em contrário.

da inércia no cumprimento das formalidades de constituição da companhia. Na lei societária brasileira a solidariedade entre administradores e acionista controlador está prevista. O art. 117 impõe responsabilidade civil ao acionista controlador pelos danos praticados com abuso de poder.

A Lei 6.404/76, em seu art. 117, § 1º, enumera em oito alíneas o que considera modalidades do exercício abusivo do poder. Entre essas modalidades, especificamente na alínea e), encontra-se a atividade de induzir ou tentar induzir o administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, posteriormente ratificado pela assembléia geral por obra do acionista controlador.

Nesse caso, impõe o § 2º do mesmo artigo a responsabilidade solidária entre administrador e acionista controlador: o administrador ou fiscal que praticar o ato ilegal responde solidariamente com o acionista controlador. Vale referir que o acionista controlador tem poderes sobre os administradores, reconhecido por lei. Porém, os administradores não estão sujeitos a obedecer orientações ilegais por parte do acionista controlador. Pelo contrário, sua obrigação é recusar-se a praticar atos ilegais.

A solidariedade justifica-se na medida em que os prejudicados pelo dano não podem estar à mercê de um jogo de poderes dentro da companhia, que torna invisível, para quem está de fora, o limite das atribuições de cada um. Assim, respondem solidariamente o controlador e o administrador, desde que aquele induza ou tente induzir o administrador a praticar ato ilegal, bem como se o administrador agir contra a lei e o acionista controlador promover a ratificação de seu ato pela assembléia geral, contra o interesse da companhia.

Concluimos, assim, que, nas companhias fechadas, a lei presume uma gestão coletiva e atribui responsabilidade solidária a todos os administradores, independentemente de

suas específicas atribuições. Já nas companhias abertas, existe uma presunção de que cada administrador (diretor ou conselheiro administrativo) terá sua específica função, decorrendo daí que a solidariedade ficará reservada aos administradores cujas funções sejam idênticas — e são idênticas as funções dos conselheiros de administração, já que suas deliberações são colegiadas e obrigam a todos, igualmente, só escapando aquele que se declarar dissidente da decisão plural. Haverá ainda solidariedade na companhia aberta, quando o administrador deixar de apurar as irregularidades empenhadas por outro ou com elas for conivente ou, ainda, se, tendo conhecimento da atuação irregular, não tenha tomado as providências cabíveis.

3. 4. 1 A solidariedade na lei societária argentina

Antes de tudo, é importante diferenciar a disposição dos órgãos na sociedade por ações argentina, a qual não é igual à brasileira. A administração da sociedade por ações está a cargo de um diretório composto por um ou mais diretores designados pela Assembléia de Acionistas ou conselho de vigilância (artigo 255⁵⁵ da Ley n. 19.550, de 1972). O estatuto definirá o número máximo e mínimo de diretores. A representação da sociedade comercial cabe ao presidente do diretório; para a função de gestão e execução dos negócios, a lei faculta ao diretório a organização de um comitê executivo formado por diretores — ou, ainda, o diretório pode designar gerentes gerais ou especiais, diretores ou não, para quem delegarão as funções executivas da administração (artigo 270⁵⁶, da Ley n. 19.550, de 1972).

⁵⁵ Art. 255. *La administración está a cargo de un directorio compuesto de uno o más directores designados por la asamblea de accionistas o el consejo de vigilancia, en su caso. En las sociedades anónimas del artículo 299 se integrará por lo menos con tres directores.*

Si se faculta a la asamblea de accionistas para determinar el número de directores, el estatuto especificará el número mínimo y máximo permitido.

⁵⁶ Art. 270. *El directorio puede designar gerentes generales o especiales, sean directores o no, revocables libremente, en quienes puede delegar las funciones ejecutivas de la administración. Responden ante la sociedad y los terceros por el desempeño de su cargo en la misma extensión y forma que los directores. Su designación no excluye la responsabilidad de los directores.*

Reconheçamos, pois, que os órgãos de gestão e administração, na sociedade argentina, são diferentes, pois um único órgão concentra as funções executiva, de representação e de gestão; enquanto, no Brasil, a lei desmembra tais funções em atribuições de dois diferentes órgãos: o conselho de administração e a diretoria. A lei 19.550 impõe a solidariedade na reparação dos danos quando os administradores atuam colegiadamente, mas admite a assinação individual de funções para quebrar a solidariedade.

Dos artigos 157⁵⁷ e 274, extraímos duas situações diferenciadas: quando se atua colegiadamente, há solidariedade no modo de responder; quando se dividem as funções em atuações individuais com assinação pessoal, por disposição estatutária, regulamentar ou por decisão assemblear, não haverá solidariedade. Esclarece Junyent Bas (1998, p. 121): *Como se pode deducir, la solidariedad en el responder surge cuando hay actuación conjunta o colegial y por el contrario, cuando hay asignación de funciones se debe hacer la imputación del daño según sea la actuación personal.*

O artigo 274 da Ley 19.550 ainda dispõe sobre a isenção da solidariedade, já que o administrador estará isento da responsabilidade solidária caso não tenha participado da deliberação ou não a tenha conhecido. Esse dispositivo abriga o princípio de que a solidariedade nasce da co-atuação, da unidade de fato danoso. Naturalmente que esta falta de participação deve ser justificada e não significar apenas uma falta de atenção, pois não se trata

⁵⁷ Art. 157. *La administración y representación de la sociedad corresponde a uno o más gerentes, socios o no, designados por tiempo determinado o indeterminado en el contrato constitutivo o posteriormente. Podrá elegirse suplentes para casos de vacancia.*

Si la gerencia es plural, el contrato podrá establecer las funciones que a cada gerente compete en la administración o imponer la administración conjunta o colegiada. En caso de silencio se entiende que pueden realizar indistintamente cualquier acto de administración. (...)

Los gerentes serán responsables individual o solidariamente, según la organización de la gerencia y la reglamentación de su funcionamiento establecidas por el contrato. Si un pluralidad de gerentes participaron en los mismos hechos generadores de responsabilidad, el juez puede fijar la parte que a cada uno corresponde en la reparación de los perjuicios, atendiendo a su actuación personal. Son de aplicación las disposiciones relativas a la responsabilidad de los directores cuando la gerencia fuere colegiada.

de salvar a quem não cumpre com a obrigação de participar da reunião de administradores.

Destacamos a simplicidade do sistema de responsabilização solidária na lei argentina, muito menos confusa do que a brasileira. Naquela, há o princípio geral de que existe solidariedade entre os administradores, a qual só será arredada na medida em que houver assinação individual de atribuições, em regulamento, estatuto ou decisão assemblear. Porém, a essa individualização de competências é necessário que seja dada publicidade, através de inscrição no Registro Público do Comércio, cuja finalidade é dar publicidade a tal individualização.

Por fim, tal como aqui no Brasil, ainda que não haja assinação individual de funções, restará a isenção da responsabilidade solidária ao administrador que, por motivos justificáveis, não tenha participado da decisão danosa ou dela não tenha tomado conhecimento.

3. 4. 2 A empresa binacional brasileiro-argentina e a responsabilização de seus administradores

A partir do ano de 1986, Brasil e Argentina, na esteira da A.L.A.D.I.⁵⁸, avançaram na intenção de alcançar um mercado econômico comum. A fim de fomentar o desenvolvimento das relações econômicas entre Brasil e Argentina, com vistas à consolidação do Mercado Comum do Cone Sul, firmou-se, na cidade de Buenos Aires, o Estatuto da Empresa Binacional Brasil/Argentina. No Brasil, esse Estatuto foi promulgado pelo Decreto n. 619, de 29 de julho de 1993, regulando as condições e normas aplicáveis à implantação da empresa binacional em território brasileiro.

⁵⁸ A.L.A.D.I.: Associação Latino-Americana de Integração.

O referido Decreto trata apenas das condições que devem ser observadas pelas empresas que pretendem a qualidade de binacionais. Enquadram-se na qualificação de empresas binacionais as que, simultaneamente, preenchem os requisitos abaixo:

- a) Ao menos 80% do capital social e dos votos devem pertencer a investidores nacionais (do Brasil e da Argentina), assegurando-lhes o controle real e efetivo da empresa binacional;
- b) a participação do conjunto dos investidores nacionais de cada um dos dois países deve ser de, no mínimo, 30% do capital social da empresa;
- c) o conjunto dos investidores nacionais de cada um dos dois países tem direito de eleger, no mínimo, um membro de cada um dos órgãos de administração e um membro do órgão de fiscalização interna da empresa.

A empresa binacional não está necessariamente vinculada à forma de sociedades por ações, posto que o Decreto franqueia à empresa a adoção de qualquer uma das formas jurídicas admitidas pela legislação do país escolhido para sede, embora possa haver acordo na prevalência das estruturas societárias dos dois países, como indica Gagliardo (1994, p. 39). E, segundo afirma Lawand, em seu artigo **Empresas binacionais brasileiro-argentinas no Mercosul** (disponibilizado eletronicamente via Internet), o objetivo das empresas binacionais *é a integração econômica, com o intuito de ampliar capacidades ou realizar negócios conjuntos no âmbito do Mercosul.*

Não há previsão no Estatuto de nenhuma espécie de responsabilidade especial atribuída aos administradores ou gerentes. Tal silêncio nos leva à conclusão de que a harmonização da disciplina referente à responsabilidade civil dos administradores é carreada aos métodos de interpretação de legislações internacionais. Temos no Brasil e na Argentina um sistema legal de responsabilidade civil que se assemelha, conforme estabelecemos anteriormente. Deste modo, somos levados a refletir sobre em que circunstâncias se aplicará o

sistema Brasileiro ou o Argentino, para a responsabilização do administrador da Empresa Binacional. Estamos diante de dois ordenamentos de Estados soberanos que entram em relação de coordenação determinada pelos tratados firmados no âmbito do Cone Sul, entre eles o Tratado da Binacional.

Conforme Bobbio (1997, p. 165-166), os ordenamentos jurídicos podem estar em relação de coordenação ou em relação de subordinação. No caso do Brasil e da Argentina, trata-se de caso típico de ordenamentos em relação de coordenação, já que não há supremacia de um em relação ao outro. São dois ordenamentos em situação de exclusão total, ou seja, os âmbitos de validade *são delimitados de maneira a não se sobreporem um ao outro em nenhuma de suas partes.*

Nesse caso, temos dois Estados cujas normas valem dentro de seus respectivos limites territoriais, embora estejamos trabalhando com a hipótese de haver uma empresa binacional com sede no Brasil e filial na Argentina, ou vice-versa. Então, como harmonizar a utilização dos sistemas de responsabilização brasileiro e argentino? Mais uma vez nos reportamos a Bobbio (1997, p. 178-179), que explica:

O Direito regula geralmente relações intersubjetivas referentes a coisas, bens e serviços atinentes a um determinado território. Tudo corre bem quando os sujeitos da relação são cidadãos do mesmo Estado e a coisa a que se referem pertence ao território desse Estado. Mas e se um dos dois sujeitos é estrangeiro? Se os dois sujeitos pertencem a um Estado, mas a coisa a que se referem se encontra num outro Estado? Bastam essas duas perguntas para nos fazer entender que são infinitos os casos, sobretudo no mundo contemporâneo em que as relações internacionais se vão intensificando, que podem ser resolvidos, conforme se leve em conta a nacionalidade de um ou do outro sujeito, ou a nacionalidade da coisa em relação à dos sujeitos, com normas pertencentes a dois ordenamentos diferentes. Mas uma vez que num caso só pode ser aplicada uma norma, é preciso escolher uma ou outra.

Com a finalidade de resolvermos esse impasse, vejamos o que diz a Lei de Introdução ao Código Civil, art. 11: *As organizações destinadas a fins de interesse coletivo, como as sociedades e as fundações, obedecem à lei do Estado em que se constituírem. Sendo*

assim, para o caso específico da empresa binacional, ela poderá ter sua sede, bem como suas filiais, em qualquer um dos dois países, o que implica a conclusão de que a responsabilização dos administradores estará sendo regida pelas leis dos dois países. Assim, partindo da constatação de que *não há contradições* nas leis societárias brasileira e argentina, nem mesmo antinomias entre o que se pode e o que é proibido, é perfeitamente possível pensar que o administrador da empresa binacional deverá observar as duas leis, podendo sua responsabilidade aparecer por ter infringido dispositivo tanto da lei societária brasileira quanto da argentina.

3.5 Ação de responsabilidade

Segundo Lima (1989, p. 110), a apuração da responsabilidade do administrador é feita judicialmente através da ação de responsabilidade civil, a qual pode ser proposta pela própria sociedade, pelos acionistas ou por terceiros. Os chamados terceiros são as pessoas que mantêm, com a sociedade, um vínculo jurídico diverso da qualidade de sócio. Entretanto, nem sempre o direito de propor a ação se estendia além do próprio órgão societário (assembleia geral).

A título de ilustração, cabe referir o entendimento de Vivante a respeito da ação de responsabilidade. Ao comentar dispositivos do Código Comercial Italiano — anterior à unificação de 1942 que resultou no Código Civil, o qual trata de matéria civil e comercial — diz o jurista que a ação de responsabilidade depende exclusivamente da Assembleia, a qual ele considera órgão supremo da vontade social. Vivante (1932, p. 379) defende a primazia da assembleia geral sob o argumento de que a sociedade que confere o mandato é a única que

pode pedir a prestação de contas a ele relativa aos administradores: *Guardiana del próprio patrimonio, que es la garantía de los acreedores y de los accionistas, sólo ella puede ejercitar las acciones que tiendan a completarlo.*

Na atual conjuntura da sociedade por ações a qual desperta o interesse dos acionistas, credores, da comunidade, etc. é facultado aos acionistas minoritários legitimidade para agir em nome próprio ou em nome da sociedade prejudicada por administração faltosa, conforme veremos.

Daí a distinção entre ação societária e ação individual, já que a primeira destinará seus resultados sempre à sociedade; e a segunda terá como beneficiário um terceiro ou um acionista. O prejuízo causado por má gestão afeta diretamente à sociedade e por via oblíqua aos acionistas. O objeto da ação sempre será o ressarcimento da sociedade ou dos acionistas ou de terceiros.

No Direito Societário argentino, os artigos 276⁵⁹, 277⁶⁰ e 279⁶¹ da Ley 19.550, de 1972, regulam as ações e suas condições de exercício, sendo através deles que ele contempla: a ação societária proposta pela sociedade sob prévia deliberação da assembléia de acionistas; a ação societária que pode ser proposta por qualquer acionista, se no prazo de três meses da deliberação assemblear a sociedade não houver incoado ainda a ação de responsabilidade aprovada pela assembléia; a ação proposta pelos acionistas e terceiros contra

⁵⁹ Art. 276. *La acción social de responsabilidad contra los directores corresponde a la sociedad, previa resolución de la asamblea de accionistas. Puede ser adoptada aunque no conste en le orden del día, si es consecuencia directa de la resolución de asunto incluido en éste. La resolución producirá la remoción del director o directores afectados y obligará a su reemplazo.*

Esta acción también podrá ser ejercida por los accionistas que hubieren efectuado la oposición prevista en el artículo 275.

⁶⁰ Art. 277. *Si la acción prevista en el primer párrafo del artículo 276 no fuera iniciada dentro del plazo de tres meses, contado desde la fecha del acuerdo, cualquier accionista puede promoverla, sin perjuicio de la responsabilidad que resulte del incumplimiento de la medida ordenada.*

⁶¹ Art. 279. *Los accionistas y los terceros conservan siempre sus acciones individuales contra los directores.*

os diretores; e, por fim, a ação de responsabilidade em caso de quebra, a qual não tem correspondente no Direito Brasileiro.

3.5.1 A ação societária

A doutrina classifica a ação societária como sendo *ut universi* e *ut singuli*. A ação societária *ut universi* cabe à sociedade que será parte autora e beneficiária do resultado; já a ação societária *ut singuli* será proposta por acionista, porém seus resultados serão revertidos para a sociedade.

Para a proposição da ação societária na modalidade *ut universi* é necessária a deliberação da assembléia geral que aprove a incoação da ação. A lei societária argentina tem, no artigo 241⁶², uma proibição para os diretores votarem nesta assembléia que visa aprovar seus atos de gestão.

É chamada de ação societária *ut singuli* aquela proposta por um acionista que, diante da inércia da sociedade em propor a ação *ut universi*, lança mão do expediente previsto no § 3º do art. 159 da Lei n. 6.404. Este parágrafo viabiliza o aforamento da ação por parte do acionista, após três meses de inércia da sociedade. É importante salientar que a ação societária *ut singuli* nasce com a aprovação da assembléia geral para a interposição da ação. Porém, mesmo aprovada em assembléia, passa-se o prazo de três meses e a ação não é proposta. Na Argentina, o artigo 277 da Ley n. 19.550, também prescreve o prazo de três meses para que a sociedade promova a ação de responsabilidade decidida e aprovada na assembléia.

Importante esclarecer que este prazo de três meses não é o prazo que o acionista tem para aforar a ação. Ele se constitui no *dies a quo* para que nasça o seu direito de

⁶² Art. 241. *Los directores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia y gerentes generales, no pueden votar en las decisiones vinculadas con la aprobación de sus actos de gestión. Tampoco lo pueden hacer en las resoluciones atinentes a su responsabilidad o remoción con causa.*

propor a ação *ut singuli*. Ou seja, passados os três meses é que nascerá o direito, para o acionista. Conforme Carmo (1988, p. 178),

O parágrafo 3º do art. 159 procura neutralizar o *esprit de corps* que se supõe existir entre os administradores. (...) Esta é, ainda, a ação social porque, embora se efetive por iniciativa de único acionista (*ut singuli*) — que adquire, em razão da inércia da administração, *legitimatío ad causam* — tem fulcro em deliberação da própria sociedade anônima, através da assembléia geral de seus acionistas, e destina-se a reparar prejuízo sofrido por ela.

Nessa ação, o acionista tem legitimidade extraordinária, pois se trata de um substituto processual, posto que age em nome próprio, mas no interesse da companhia. Os autores são unânimes em dizer que o prazo de três meses não é prescritivo nem de decadência. Mesmo depois desse período, pode a companhia propor a ação societária *ut universi*. Decorrido o prazo, qualquer acionista, como também a companhia, podem propor a ação societária.

Não havendo a aprovação, por parte da assembléia, para propor ação societária, os acionistas que representem cinco por cento do capital social poderão propor a ação societária derivada. Na Argentina, Junyent Bas (1989, p. 185) declara que, não se pronunciando a assembléia pela responsabilização, *los accionistas disidentes que representen un 5 por ciento del capital social pueden iniciar la acción social uti singuli, sin esperar el plazo del art. 277, a cuyo fin deben conjuntamente impugnar la asamblea, art. 251*. Como se pode concluir da leitura desse dispositivo, a lei argentina impõe que, para a propositura da ação societária pelos acionistas que representem os cinco por cento dissidentes, há necessidade de impugnar a assembléia.

No Brasil, a ação societária derivada está prevista no art. 159, § 4.º, da Lei n. 6.404, e, segundo Carmo, é indiferente que esses acionistas sejam portadores de ações com direito a voto. Lima (1989, p. 117) assevera que não há nenhuma razão plausível para a fixação do percentual em cinco por cento. Todavia, não se pode esquecer que o artigo 291 da

Lei n. 6.404 permitiu à Comissão de Valores Mobiliários diminuir essa porcentagem quando se tratar de companhia aberta. Ensina ele que a legislação anterior não exigia prévia deliberação da assembléia geral para que pudesse ser proposta ação da sociedade contra administrador. Afirma Lima (1989, p. 111): *Tal exigência parece-nos um obstáculo desarrazoado, a dificultar e desencorajar as ações de responsabilidade civil contra administradores de sociedades por ações, já tão raras entre nós.*

Nesse caso, a legitimidade dos acionistas que formam os cinco por cento do capital é decorrência imediata da decisão assemblear pela negativa da propositura da ação, independentemente de qualquer prazo. Nesta ação os acionistas que compõem os 5% do capital social não estarão agindo em nome *dos outros acionistas*, mas sim como representantes da companhia já que, o ressarcimento será destinado a ela.

Aprovando a assembléia a propositura da ação de responsabilidade, haverá a destituição do administrador a quem se atribui a responsabilidade.

3.5.2 A ação individual

A distinção que se pode fazer da ação societária e ação individual é que a primeira compete à sociedade ou a um grupo de acionistas que representem cinco por cento do capital social, sendo que seus resultados serão revertidos sempre em favor da sociedade. Já a ação individual cabe ao acionista lesado e para ele serão revertidos os resultados da ação. O artigo 279 da Ley 19.550, de 1972 dispõe: *Los accionistas y los terceros conservan siempre sus acciones individuales contra los directores.*

Lembrando a polêmica sobre a possibilidade de ratificação, pela assembléia geral, dos atos dos administradores, há mais um ponto a se considerar: aqueles acionistas que votaram no sentido de aprovar os atos dos administradores durante sua gestão, ainda que tais

atos tenham resultado prejuízo social ou individual, perdem o interesse processual e ficam impossibilitados de intentar ação societária ou individual. É o princípio pelo qual ninguém pode agir contra fato próprio.

O § 7º do art. 159 da Lei 6.404 trata de uma ação que visa reparar danos causados diretamente pelo administrador a acionista ou a terceiro — é a ação individual, pois o terceiro ou o acionista em seu próprio nome pedirão o ressarcimento que a eles será destinado. Aqui o acionista, em seu próprio nome, aciona o dirigente para responsabilizá-lo e obter dele reparação pessoal de danos. Este dispositivo é bem questionado posto que a princípio, pela teoria do órgão, o administrador atua na função própria do órgão, por isso seria a sociedade a imputada a responder pelos danos irrogados ao terceiro.

Carmo (1988, p. 182) pergunta que ação é esta que visa a reparar danos causados pelo dirigente que agiu na qualidade de órgão da sociedade? Sua estranheza se dá em razão de entender que o administrador, titular do órgão da sociedade, não poderia ser alcançado por ações de responsabilidade. Segundo ele, a diferença entre as ações sociais e a individual está em que na ação societária o prejuízo da sociedade justifica a responsabilidade pessoal deste. A própria companhia procura se ressarcir de um mal causado pelo titular de seu órgão. Já na ação individual o prejuízo ficou nas mãos do acionista ou de terceiro, e este quer responsabilizar pessoalmente o dirigente.

Sobral Ferreira (1981, p. 36) afirma que a responsabilidade civil do administrador perante terceiros — acionistas e não-acionistas —, é decorrência do *próprio papel e importância que representa a sociedade anônima no mundo capitalista, bem como do grande poder que concentram os executivos*. Junyent Bas (1998, p. 188), interpretando o dispositivo do artigo 279 da Ley 19.550, declara: *Sin embargo, cuando la conducta antinormativa de los administradores há causado un daño al patrimonio personal de los*

accionistas o terceros, éstos tienen una acción individual para procurar el resarcimiento. A ação individual é proposta por um terceiro ou por um acionista diretamente contra o administrador que lhe causou danos. O objetivo dessa ação é ressarcir os prejuízos do terceiro.

A pergunta de Carmo é pertinente, pois o administrador não agiu em seu próprio nome, senão como órgão societário. Desse modo, ao terceiro prejudicado caberia pedir o ressarcimento perante a companhia. No entanto, parece-nos, a lei deixa margem ao terceiro prejudicado, quando a ação/omissão do administrador o tenha atingido, de requerer a indenização ou exigi-la da sociedade comercial. Ao terceiro estariam franqueadas essas duas vias: acionar a pessoa jurídica ou o administrador, à sua escolha. Optando por demandar a pessoa jurídica, esta terá que responder e, posteriormente, deverá ressarcir-se perante seu próprio administrador.

3. 6 Distinção entre desconsideração da personalidade jurídica e responsabilização pessoal dos administradores

Os administradores têm responsabilidade civil e conseqüente obrigação de indenizar, quando praticam atos danosos no exercício de suas funções — atos esses viciados por desvio ou excesso de poderes, ou simplesmente ilícitos. Sua responsabilidade decorre diretamente de previsão legal que o acomete da obrigação de indenizar quando agir fora dos padrões e prejudicar outrem. Conforme já dissertamos no Capítulo I, esta responsabilização pessoal do administrador não configura desconsideração da personalidade jurídica. É uma responsabilização direta e legal, não havendo necessidade nenhuma de transpassar o instituto da pessoa jurídica para alcançar os bens particulares do administrador.

Já comentamos que os atos praticados com desvio de poder são os que cabem

nos padrões formais dos poderes de gestão, mas que atendam a finalidades não abrigadas pelo fim societário, como, por exemplo, ao realizar a compra de material de escritório. É este um ato formalmente irreparável; no entanto, se tiver por finalidade agraciar um colega dono de loja de material, pagando por tais produtos um preço superior, configura-se aí desvio de poder. Assim, o excesso de poder ocorre quando o administrador faz mais do que lhe era permitido pelo estatuto social ou pela lei.

Os atos dos administradores podem causar danos a terceiros ou à própria sociedade por ele administrada. Fernando Noronha, em texto ainda inédito — *Direito do Consumidor*⁶³ —, afirma:

Os próprios administradores serão sempre responsáveis pelos danos resultantes de atos por eles praticados e que estejam viciados por desvio ou excesso de poderes, ou outros atos ilícitos. A responsabilidade deles, nestes casos, será por ato próprio, ou direta.

Ele admite que, por parte também da pessoa jurídica, pode haver obrigação de reparar danos causados por administradores, quando deles resultarem prejuízos a terceiros e o administrador tenha agido enquanto órgão societário. Assim, sendo os danos causados em decorrência de atos regulares de gestão, é claro que os prejuízos serão suportados pela sociedade comercial. Trata-se, portanto, da plena aplicação da teoria da aparência.

No caso de atos praticados com desvio de poder, os quais cabem formalmente no âmbito dos poderes atribuídos aos administradores, embora a finalidade seja diversa daquela que seria contemplada pela sociedade, em cujo nome age o gestor, também pavimentamos o entendimento de que será a pessoa jurídica a sofrer as conseqüências e arcar com os prejuízos de tal ato. É certo que a sociedade comercial terá ação de regresso contra o administrador — e, a nosso ver, ela tem obrigação de cobrá-lo, já que os interesses envolvidos

⁶³ As referências relativas a este texto inédito de Fernando Noronha serão expressas sob a fórmula s.d. (sem data), seguindo-se a página específica, quando for caso de citação direta.

em uma sociedade ultrapassam os dos sócios somente. Diante desses interesses externos, transcendentais, torna-se imperativo que a empresa não absorva as mazelas de seus administradores.

Quanto aos atos praticados com excesso de poder, por serem facilmente identificáveis diante da simples análise do Estatuto ou do contrato social, duas opiniões diversas se têm sobressaído: a daqueles que entendem ser responsabilidade da pessoa jurídica os atos praticados com excesso de poder e a daqueles que a consideram de responsabilidade do administrador. Para sustentar a segunda opinião, seus partidários utilizam o argumento pelo qual qualquer pessoa pode ter acesso aos atos constitutivos de uma empresa e, assim, verificar os limites de poder do administrador. Porém esta posição é veementemente atacada pelos doutrinadores, que consideram excesso de formalismo e entrave às negociações comerciais — ágeis e rápidas e não formais — a exigência de prévia verificação dos atos constitutivos.

Pela teoria da aparência, atribui-se o ato à pessoa jurídica para proteger o terceiro de boa-fé e, depois, cobra-se do administrador que agiu em excesso de poder. Afirmam Noronha (s.d., p. 44): *Atualmente a jurisprudência é quase pacífica sobre a inoponibilidade a terceiros de boa-fé de cláusulas relativas a restrições estatutárias aos poderes de gerentes.* Também na Argentina, conforme vimos, aplica-se a teoria da aparência consagrando o mesmo entendimento.

Entendemos que essa orientação deve ceder quando coloca em risco a própria existência ou sobrevivência da pessoa jurídica. Entre os interesses do terceiro de boa-fé e os interesses de tantos outros envolvidos com a empresa que poderá ser extinta, indubitavelmente devem ser privilegiados estes últimos. É o que passamos a discorrer a seguir.

3. 6. 1 Princípio da subsidiariedade x princípio da preservação da empresa

Afirmamos, no Capítulo I, que a responsabilidade do administrador pelos seus atos que extrapolam os poderes a ele conferidos não será subsidiária, ou seja, não se pressupõe o esgotamento do patrimônio social para a sua responsabilização pessoal. Dissemos ainda que, para atingir o patrimônio pessoal do administrador, não há necessidade de desconsiderar-se a pessoa jurídica, posto que a própria lei prevê responsabilização direta. Agora, discorreremos a respeito das razões desse entendimento.

Existem situações em que se colocará em risco a própria sobrevivência da pessoa jurídica, caso ela seja compelida a responder por atitudes danosas de seu administrador. A punição não poderia, em todos os casos, ser dirigida para a sociedade. Se aplicarmos a subsidiariedade, poderemos estar condenando à morte a empresa, a qual perderá todo o seu patrimônio social, a fim de ressarcir eventuais prejudicados com atitudes emanadas do administrador.

O princípio da subsidiariedade existe para proteger o patrimônio pessoal dos sócios e administradores. A responsabilização pessoal destes, consagrada em lei, é mecanismo de proteção de terceiros prejudicados — e estes não se incomodam com a proveniência do patrimônio que lhes garantirá a indenização. Mas é óbvio que os interesses que merecem proteção pendem mais para o lado da preservação do patrimônio societário. A preservação da empresa é um princípio e uma preocupação que vem ganhando corpo hoje em todo o mundo. E por que preservar a empresa? Porque ela congrega interesses do mais alto nível no Direito e na sociedade; por estarem diretamente ligados à atividade empresarial o trabalho, o Estado arrecadador, o consumidor, os fornecedores, entre outros.

Nessa perspectiva, Koury (1998, p. 48) esclarece:

É exatamente na esfera do social que se encontram as grandes empresas e grupos, com marcante poder no mercado e apresentando grande importância individual, na medida em que envolvem não só os interesses de trabalhadores, administradores e prestadores de capital, como também os interesses da comunidade em geral e os do poder público. É evidente que essas empresas, que têm função social, não podem ser reduzidas ao âmbito societário, confinadas aos estreitos limites do Direito privado e da soberania individual, confundindo-se o controle empresarial com a propriedade nos moldes clássicos.

Como exemplo da preocupação com a preservação da empresa, Koury cita o *Chandler Act*, de 1938, que, nos Estados Unidos, implantou a *corporate reorganization*, objetivando salvaguardar a empresa através de sua reorganização econômica e financeira.

Na mesma esteira, a lei de falências argentina (Ley n. 19.551, de 1972) abriga dispositivo sobre a continuação das atividades da empresa.⁶⁴ E por que essa preocupação com a manutenção das empresas? Ora, porque as empresas têm uma função social. Assim, não faz sentido proteger os bens particulares dos sócios e atacar o patrimônio da empresa, quando quem agiu de má-fé foram os sócios administradores.

Há que se registrar que o Direito montou todo um sistema esquemático para estimular a atividade empresarial e preservá-la. Estimula-a através da personificação e a mantém através da *disregard doctrine* e da concessão da concordata. Além disso, reconhece aos comerciantes o privilégio de poderem ser considerados reabilitados da falência com o pagamento de mais de quarenta por cento das dívidas. Com isso, o comerciante não está obrigado a pagar o total de seus débitos para se ver reabilitado. Isso é um privilégio do regime jurídico comercial.

Como poderíamos nós atravessar todo esse sistema, sobrepujando a ele a

⁶⁴ Desde 1967, também o Direito Falimentar Francês manifesta preocupação com a sobrevivência das empresas que comportam recuperação financeira.

subsidiariedade que condena a empresa à extinção? Não é possível. Além disso, não podemos transferir à empresa o ônus que é do administrador faltoso.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo desta dissertação foi aprofundar o estudo sobre o regime jurídico da responsabilidade civil dos administradores de sociedades por ações no Brasil e na Argentina.

É pacífico entre os doutrinadores pesquisados que a personificação das sociedades tem a função de facilitar a consecução de finalidades lícitas, fomentando a atividade negocial. A principal consequência da personificação é a autonomia da pessoa jurídica, que se distingue totalmente das pessoas que a compõem, conferindo-lhe titularidade negocial, processual e patrimonial. Essa separação patrimonial também beneficia aos administradores societários que têm poder gerencial sobre o patrimônio da sociedade, sem comprometer o seu patrimônio particular.

Não se deve perder de vista o porquê da personificação, pois o que se busca é realizar os interesses das pessoas humanas. Sendo um risco investir capital na formação de uma sociedade comercial, o que atrai as pessoas a investirem seu capital em um empreendimento comercial é a possibilidade de lucro. Uma das formas de estimular o capitalista a empreender explorando atividades econômicas é limitando sua responsabilidade pessoal, em caso de quebra da sociedade comercial.

Com a limitação da responsabilidade, a propriedade dissocia-se do controle, visto que, na sociedade por ações, o controle e a gestão da propriedade societária pertencem aos administradores e acionistas controladores, que não são necessariamente os maiores proprietários das ações. Quem administra nem sempre é quem detém a maior parcela de capital investido na sociedade comercial. Surge, então, outra peculiaridade no campo das sociedades comerciais: a gestão societária não está a cargo daqueles que arriscaram o maior capital no empreendimento

A função social da sociedade por ações analisada no marco da função social da propriedade, permite observar que a noção de poderes absolutos sobre o objeto de domínio individual cede espaço para a idéia de que todo direito de propriedade deve ser exercido legitimamente, desde que seja útil e não prejudicial. Quando se fala em sociedades comerciais, a obrigação para com a sociedade é ainda maior na medida em que esta possibilita aos sócios desfrutarem do benefício da limitação da responsabilidade, bem como ter acesso à concordata (benefício legal destinado exclusivamente às sociedades de atividade comercial).

No que toca à acepção da palavra *responsabilidade*, destaca-se a diferença de tratamento no Brasil e Argentina, no que tange à punição para o ato ilícito. A responsabilidade civil fundada na culpa, tanto no Brasil quanto na Argentina, é muito similar.

As leis societárias brasileira e argentina assinalam aos administradores, basicamente, três deveres: dever de diligência, dever de lealdade e dever de informar, os quais funcionam como contornos cerceantes para a discricionariedade do administrador. Após assinar deveres e proibições, de forma genérica ou específica, a lei brasileira fixa a responsabilização para o administrador que agiu dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo, ou com violação da lei ou do estatuto. Na Argentina, a lei societária pronuncia a responsabilidade dos administradores em dois dispositivos, acometendo-lhes

responsabilidade ilimitada e solidária pelos danos que resultarem de sua ação ou omissão, ou ainda por mal desempenho de seu cargo, assim como por violação da lei, do estatuto ou do regulamento e por qualquer outro dano produzido por dolo, abuso de faculdades ou culpa grave.

Quanto à questão de a responsabilidade ser objetiva ou subjetiva, concluímos que, no Brasil, a lei só exige a culpa ou dolo para responsabilizar o administrador quando este agir dentro dos limites formais de suas atribuições ou poderes.

No Brasil, a responsabilidade do administrador é subjetiva e por culpa presumida, convivendo os dois títulos por expressa disposição da lei. Como situação intermediária, entre a responsabilidade subjetiva e a objetiva, surge a responsabilidade por culpa presumida, na qual se exige a existência de culpa, ainda que artificial. A criação da responsabilidade por culpa presumida atende à finalidade de assegurar o direito da vítima, com vistas a facilitar o empenho desta para obter o ressarcimento de seu prejuízo. Assim, o ofensor terá a seu cargo o ônus de provar a inexistência de culpa para se livrar da obrigação de indenizar.

Na Argentina, a lei não prescinde do elemento culpa para a responsabilização dos administradores. Os autores pesquisados rechaçam a configuração de uma responsabilidade objetiva. No entanto, ponderam que quando a lei elenca algumas condutas desejadas por parte do administrador, bem como condutas proibidas, a sua infringência implica responsabilidade por culpa presumida.

Destacamos a diferença de tratamento do Brasil e da Argentina no que respeita aos modos de aferição da culpa.

Deslocando o enfoque do nosso estudo da responsabilidade civil que até o momento esteve centrado no administrador, na sua conduta e na forma de averiguação de sua culpa, passamos, no momento seguinte, a abordar um tema cuja questão é da máxima importância: quando o administrador erra e causa um dano a terceiro ou a um acionista, quem responderá pelos prejuízos, ele pessoalmente ou a sociedade comercial?

No Brasil e na Argentina, entende-se que, perante terceiros de boa-fé, a responsabilidade pelos atos danosos praticados pelos seus administradores é da pessoa jurídica, tenham eles atuado de acordo com suas atribuições ou ainda que tenham atuado com excesso de poderes. Esse entendimento também é corroborado pela não-adoção da teoria *ultra vires*, tanto no Brasil como na Argentina.

Sendo a própria companhia a prejudicada pela atitude do administrador, a apuração da sua responsabilidade será feita judicialmente, através da ação de responsabilidade civil, a qual pode ser proposta pela própria sociedade comercial, pelos acionistas ou por terceiros.

Em relação à solidariedade entre os administradores, via de regra, o administrador é responsabilizado individualmente por suas manobras ilegais. No Brasil como na Argentina, a solidariedade não se presume, cabendo à lei ou à vontade das partes o seu estabelecimento.

Nas sociedades por ações abertas, a solidariedade entre os administradores decorrerá da convivência entre eles, da negligência para apurar atos ilícitos ou da inércia de um administrador que sabe que o outro agiu ilicitamente. Além dessas hipóteses, haverá solidariedade nas companhias abertas, quando o estatuto previr atribuição específica de

cumprir certos deveres a determinados administradores — vale dizer: quando dois ou mais gestores tiverem as mesmas atribuições designadas pelo estatuto.

Estabelecemos a diferença entre os casos de desconsideração da personalidade jurídica e de responsabilização pessoal dos administradores, pois são duas situações diferentes e de aplicabilidade distinta. Para responsabilizar pessoalmente os administradores, não há necessidade de desconsiderar a personalidade jurídica, pois quando a lei lhes impõe o dever de indenizar, ela não está pressupondo o transplante da personificação. Na Argentina, os autores que pesquisamos se pronunciam também dessa maneira, pois dizem que seria prejudicial aos credores sociais caso a desconsideração da personalidade jurídica fosse aplicada para responsabilizar os administradores.

Por fim, abordamos de forma crítica o princípio da subsidiariedade que, em termos de Direito Societário, é tido como um dogma. Entendemos que o princípio da subsidiariedade está dissonante do princípio da preservação da empresa, pelo qual uma sociedade comercial, por envolver interesses legítimos e protegidos pelo Direito, deve ser preservada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABRÃO, Nelson. **Companhias abertas e fechadas no sistema da Lei 6.404, de 1976.**
Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, n. 24, [s.d]
p. 45-49.
- ALTERINI, Atilio Aníbal; AMEAL, Oscar José; CABANA, Roberto M. López. *Derecho de obligaciones civiles y comerciales*. 4.ed. Buenos Aires : Abeledo-Perrot, 1993.
- ALVES, Vilson Rodrigues. *Responsabilidade civil dos estabelecimentos bancários*.
Campinas : Bookseller, 1997.
- ARGENTINA, Código de comércio de la republica argentina y leyes complementarias. Ley n.
19.550, de 25 abr. 1972. *Texto ordenado por decreto 841/84*. Buenos Aires : Editorial
Estudio S.A, [s.d].
- _____. *Código civil de la republica argentina y legislación complementaria (hasta la ley
25.232)*. Buenos Aires : Editorial García Alonso, 2000.
- BARRETO FILHO, Oscar. **Medidas judiciais da companhia contra os administradores.**
Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, São Paulo, n. 40,
out/dez de 1980. p. 9-18.
- BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 10.ed. Trad. Maria Celeste C. J. Santos.
Brasília : Editora Universidade de Brasília, 1997.
- BOITEUX, Fernando Netto. *Responsabilidade civil do acionista controlador e da sociedade
controlada*. Rio de Janeiro : Forense, 1988.

- BORDA, Guillermo A. *Manual de Derecho Civil – parte general*. 2.ed. Buenos Aires : Editorial Perrot, ano?.
- BOVE, Roberto. **Responsabilidade dos gestores das sociedades anônimas**. São Paulo : *Revista dos Tribunais*, 1958.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 05 de out, de 1988. 24. ed. [atualizada e ampliada] São Paulo : Editora Saraiva, 2000.
- _____. Lei n. 556, de 25 de jun, de 1850 Código Comercial Brasileiro e legislação complementar. 45. ed. [atualizada] São Paulo : Editora Saraiva, 2000.
- _____. Lei n. 3.071, de 1.º de jan, de 1916 Código Civil Brasileiro e legislação complementar. 48. ed. [atualizada] São Paulo : Editora Saraiva, 1997.
- _____. Supremo Tribunal Federal. **Sociedade Anônima. Abuso de poder de controle por parte de acionista controladora. Responsabilidade**. RE 113.446-RJ. Rel.: Min. Moreira Alves. Acórdão de 14 de outubro de 1988. In: PAES, Paulo Roberto Tavares. *Manual das sociedades anônimas, legislação, jurisprudência, modelos e formulários*. 2.ed. [revista e ampliada] São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1996. p. 753 - 798.
- _____. Supremo Tribunal Federal. RE 108.650 – SP. Rel.: Min. Célio Borja. Acórdão de 21 de agosto de 1987. In: *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 76, out/dez de 1989. p. 70-91.
- BULGARELLI, Waldírio. *Manual das sociedades anônimas*. 5.ed. São Paulo : Atlas, 1988.
- _____. *Sociedades comerciais: sociedades civis e sociedades cooperativas; empresas e estabelecimento comercial: estudo das sociedades comerciais e seus tipos, conceitos modernos de empresa e estabelecimento, subsídios para o estudo do direito empresarial, abordagem às sociedades civis e cooperativas*. 9.ed. São Paulo : Atlas, 2000.
- CARMO, Eduardo de Souza. *Relações jurídicas na administração da sociedade anônima*. Rio de Janeiro : Aide, 1988.
- CAVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei n.º 6.404 de 15 de dezembro de 1976*. [revista e atualizada] São Paulo : Saraiva, 1998. (arts. 106 a 137) [8v].
- CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA. [Redactado por el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield]. s.l : Editorial García Alonso, 2000.

- COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. Vol. 2. São Paulo : Saraiva, 1999. 3 v.
- _____. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1989.
- COELHO, Wilson do Egito. **Da responsabilidade dos administradores das sociedades por ações em face da nova lei e da Lei 6.024/74**. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 40, out/dez de 1980. p. 37-49.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Direito Empresarial: estudos e pareceres*. São Paulo : Saraiva, 1995.
- _____. *O poder de controle na sociedade anônima*. 3.ed. [revista, atualizada e corrigida] Rio de Janeiro : Forense, 1983.
- CORONA, Eduardo Galán; CRUCES GONZÁLES, José Antônio García (Coord.). *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital: aspectos civiles, penales y fiscales*. Madrid : Tecnos, 1999.
- COSTA, Carlos Celso Orcesi da. **Responsabilidade dos sócios pelas dívidas da sociedade**. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 56, out./dez. 1984. p. 48-62.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de direito romano: o direito romano e o direito civil brasileiro*. 20.^a ed. [revista e aumentada] Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*. Revista e atualizada. Rio de Janeiro : Forense, 1995. 2v.
- EIZIRIK, Nelson. **Responsabilidade civil e administrativa do diretor de companhia aberta**. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 56, out./dez. 1984. p. 48-62.
- FERREIRA, Sobral. *Diretor, sociedade anônima, relação jurídica*. Rio de Janeiro : Forense, 1981.
- FERREIRA, Waldemar Martins. *Instituições de Direito Comercial*. 4. ed. [revista e aumentada] Vol. 1.
- _____. *Tratado de sociedades mercantis*. 5.ed. [revista e aumentada] Rio de Janeiro : Editora Nacional de Direito Ltda., 1958. [v.5 - Sociedades Anônimas]

- FRIGERI, Márcia Regina. **A responsabilidade dos sócios e administradores, e a desconsideração da pessoa jurídica.** *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 739, maio de 1997. p. 53-69.
- FURTADO, J. Pinto. *Código Comercial Anotado*. Artigos 151 a 178. [Reimpressão] vol. 2 – tomo 1. Coimbra : Livraria Almedina, 1986.
- GAGLIARDO, Mariano. *Responsabilidad de los directores de sociedades anonimas. Societaria – Tributaria – Aduanera – Civil – Otras Responsabilidades Especificas*. 2.ed. [ampliada y actualizada] Buenos Aires : Abeledo Perrot, 1994.
- GRAEFF JÚNIOR, Cristiano. *Compêndio elementar das sociedades comerciais*. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1997.
- HENTZ, Luiz Antônio Soares. *Direito empresarial: doutrina e jurisprudência*. [revista e atualizada] São Paulo : Editora de Direito, 1998.
- JARDIM, Lauro. **Na guerra global. Brahma e Antartica põem fim a uma disputa histórica, anunciam megafusão e se armam para a disputa mundial.** *Veja*, São Paulo, n. 27, ano 32, 1999. p.128-131.
- JORGE, Fernando de Sandy Lopes Pessoa. *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*. Coimbra : Almedina, 1995.
- JUNYENT BAS, Francisco. *Responsabilidad civil de los administradores societarios*. Córdoba : Advocatus, 1998.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Desconsideração da personalidade societária no Direito Brasileiro*. São Paulo : Ed. Revista dos Tribunais, 1987.
- KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. *A desconsideração da personalidade jurídica e os grupos de empresas*. Rio de Janeiro : Forense, 1998.
- LAWAND, Jorge José. *Empresas binacionais brasileiro-argentinas no Mercosul*. @BuscaLegis.ccj.ufsc.br. home page: <<http://members.xoom.com/jorgelawand>>.
- LEÃO, Adroaldo. *A responsabilidade civil dos administradores de empresas*. Rio de Janeiro : Forense, 1988.
- LIMA, Osmar Brina Corrêa. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima*. Rio de Janeiro : Aide, 1989.

- MARTINS, Fran. *Comentários à lei das sociedades anônimas*. Vol. 1 Forense : Rio de Janeiro, 1977.
- MIRANDA, Darcy Arruda. *Breves comentários à lei da sociedade por ações*. São Paulo : Saraiva, 1977.
- NORONHA, Fernando. *Direito do Consumidor*. [Inédito]
- _____. **Pessoas jurídicas, organizações sociais e patrimônios especiais**. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, [Associação dos Magistrados Catarinenses], Florianópolis, n. 7, 1999. p. 71-100.
- _____. **Responsabilidade civil de pessoas jurídicas (em especial de sociedades) e de seus administradores, por atos destes**. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, [Associação dos Magistrados Catarinenses], Florianópolis, n. 2, 1996. p. 59-90.
- NUNES, Pedro. *Dicionário de tecnologia jurídica*. 12.ed. [revista, ampliada e atualizada] Rio de Janeiro : Freitas Bastos, 1990.
- PAES, Paulo Roberto Tavares. *Curso de direito comercial – parte geral: sociedades*. 2. ed. [revista e ampliada] São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1993.
- _____. *Manual das sociedades anônimas – legislação, jurisprudência, modelos e formulários*. 2.ed. [revista e ampliada] São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. *Responsabilidade dos administradores de sociedades*. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1978.
- PAULIN, Luiz Alfredo. **A responsabilidade do administrador de instituição financeira, em face da lei bancária**. *Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, n. 97, jan./mar. 1995. p. 39-66.
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Responsabilidade civil*. Rio de Janeiro : Forense, 1998.
- PERELMAN, Chaïm. *Ética e Direito*. Trad. Maria Ermantina Galvão G. Pereira. São Paulo : Martins Fontes, 1996.
- PIMENTEL, Luiz Otávio. *Responsabilidade legal dos dirigentes de empresas (esquema)*. Chapecó : PACE, 1999.

REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica.**

Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 410, dez. de 1969. p. 12-24.

_____. *Curso de Direito Comercial*. 23.ed. [atualizada] São Paulo: Saraiva, 1998. v.1.

SASIA, Carlos H. Gigena; MURAD, Marcelo A. Saleme. *Deberes de los administradores societarios*. Córdoba : Advocatus, 1998.

TREVISOL, Rosane. *A teoria sistêmica na solução dos conflitos trabalhistas* São Miguel do Oeste, 2000. Relatório (Projeto de Pesquisa de Iniciação Científica). Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da Universidade do Oeste de Santa Catarina – UNOESC – Campus de São Miguel do Oeste. 137 p.

VIVANTE, Cesar. *Tratado de Derecho Mercantil*. vol. 2 Madrid: Editorial Reus, S. A, 1932.