

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
COORDENADORIA GERAL DE ESPECIALIZAÇÃO,
APERFEIÇOAMENTO E EXTENSÃO
CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO PROCESSUAL CIVIL**

BÁRBARA PESSOA RAMOS

**AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRA O ADMINISTRADOR NAS
SOCIEDADES ANÔNIMAS. ASPECTOS PROCESSUAIS.**

**SÃO PAULO
2013**

BÁRBARA PESSOA RAMOS

**AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRA O ADMINISTRADOR NAS
SOCIEDADES ANÔNIMAS. ASPECTOS PROCESSUAIS.**

Monografia apresentada à Coordenação e ao
Corpo Docente do Curso de Especialização em
Direito Processual Civil, como requisito parcial
para a obtenção do título de especialista em
Direito Processual Civil.

Orientador: Prof.º Ms. Luis Otávio Sequeira de
Cerqueira

São Paulo

2013

Banca Examinadora:

RESUMO

O presente estudo aborda a ação de responsabilidade civil prevista no art. 159 da Lei nº 6.404, de Dezembro de 1976, sob à ótica do direito processual civil. Analisa as principais características desta modalidade de ação societária e as exigências impostas pela Lei das S/A, as quais, muitas vezes, acabam inviabilizando o processamento destas ações, que, em grande parte, são extintas, sem resolução do mérito, por ausência de alguma das condições da ação ou de pressuposto para o regular processamento da demanda. Trata das peculiaridades acerca da legitimidade ativa *ad causam* da companhia e dos acionistas, bem como da necessidade de prévia anulação das contas que foram aprovadas com erro, dolo, fraude ou simulação para configuração do dever de indenizar. Discute a problemática que envolve casos em que os vícios nas contas vieram à tona somente em momento posterior ao prazo de 2 anos previsto no art. 286 da Lei das S/A para o ajuizamento da ação de anulação do ato viciado. Analisa o entendimento predominante do Superior Tribunal de Justiça acerca da matéria e, ao final, reúne as principais constatações acerca da ação de responsabilidade civil do art. 159 da Lei das S/A, além de apresentar sugestões de alteração da referida lei para facilitar a responsabilização dos administradores faltosos.

Palavras-chave: ação de responsabilidade civil; Lei das sociedades anônimas; administradores; legitimidade *ad causam*; dever de indenizar.

ABSTRACT

The present essay study addresses civil damages action provided for in art. 159 of Law No. 6404, December 1976, under the perspective of civil procedure. Analyzes the main characteristics of this type of corporate action and the requirements of the Brazilian Corporate Law, which often end up impeding the processing of these actions, which largely are terminated without resolution of the merits, for lack of any of the conditions of the action or condition for the regular processing demand. These peculiarities about the legitimacy of the active *ad causam* of the company and its shareholders, as well as the need for prior cancellation of accounts that were approved in error, deceit, fraud or simulation for the configuration of duty to indemnify. Discusses the problems involved in cases where the defects in the accounts came to light only in the later time period of two years referred to in art. 286 of Brazilian Corporate Law to the filing of the action for annulment of the act addict. Analyzes the prevailing understanding of the Federal Court of Appeals on the matter and in the end brings together the main findings about the civil damages action provided in art. 159 of Brazilian Corporate Law, and make suggestions for amendment of the law to facilitate the accountability of absentees administrators.

Keywords: civil damages action; Brazilian Corporate Law; administrators; legitimacy *ad causam*, duty to indemnify.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	7
CAPÍTULO 1 - A SOCIEDADE ANÔNIMA E OS DEVERES GERAIS DE SEUS ADMINISTRADORES.....	11
1.1. Principais características da sociedade anônima	11
1.2. Os deveres gerais dos administradores.....	14
CAPÍTULO 2 - A AÇÃO SOCIAL PREVISTA NO ART. 159 DA LEI DAS S/A E SUAS PECULIARIDADES	21
2.1. As modalidades de ações sociais previstas no art. 159 da Lei das S/A	21
2.3 Necessidade de prévia anulação da deliberação que aprovou as contas eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação	30
2.4. As condições da ação, em especial a legitimidade ad causam	40
CAPÍTULO 3 - PROBLEMÁTICAS DE ORDEM PROCESSUAL QUE IMPEDEM A ANÁLISE DO MÉRITO DAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ART. 159 DA LEI DAS S/A.....	47
3.1. O aparente conflito de normas existente entre os arts. 159 e 134, § 3º e 286 da Lei das S/A e sua implicação processual.....	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS	53
BIBLIOGRAFIA	56

INTRODUÇÃO

O escopo do presente estudo é analisar a ação de responsabilidade civil prevista no art. 159 da Lei nº 6.404, de Dezembro de 1976 (doravante, Lei das S/A ou LSA) sob à ótica do direito processual civil, especialmente no tocante às peculiaridades envolvendo a legitimidade ativa *ad causam*, bem como a necessidade de prévia anulação das contas que foram aprovadas com erro, dolo, fraude ou simulação para configuração do dever de indenizar.

A importância do tema em questão se dá em virtude do papel que o instituto da responsabilidade civil dos administradores adquiriu no sentido de tutelar e equilibrar os poderes de administração, sobretudo nas sociedades anônimas que, em razão de seu tipo societário, outorgam maiores poderes aos administradores nas suas atribuições.

Como é sabido, uma das características mais marcantes da sociedade anônima é justamente a de possibilitar a reunião de sócios interessados em um objetivo comum, qual seja, auferir lucro em determinado negócio, independentemente de quem sejam as pessoas nele envolvidas.

Exatamente por conta desta característica é que, diferentemente do que ocorre nas sociedades de pessoas, em que a gestão dos negócios da empresa é diretamente comandada pelos sócios, na sociedade anônima a administração é conferida a 2 (dois) órgãos: o conselho de administração e a diretoria.

É por meio destes 2 (dois) órgãos de administração que a companhia se manifesta e são as pessoas físicas que integram tais órgãos as responsáveis pela condução dos negócios da sociedade, conforme estatuto social e legislação aplicável. Estes são os administradores.

Conforme será visto ao longo do presente estudo, a Lei das S/A elenca em seus arts. 153 a 158 os deveres gerais destes administradores - aplicáveis tanto aos membros do conselho de administração quanto aos diretores -, os quais, caso

não sejam observados, importam na responsabilidade pessoal do administrador que descumpriu qualquer de suas obrigações.

O objetivo da ação de responsabilidade civil prevista no art. 159 da Lei das S/A é o de viabilizar o reconhecimento da responsabilidade pessoal do administrador que infringiu as determinações do estatuto social e/ou descumpriu à legislação pertinente e, conseqüentemente, obter a condenação deste ao ressarcimento integral do prejuízo experimentado pela companhia.

Com efeito, embora esta ação societária se trate de responsabilidade civil *lato sensu* - demandando a comprovação da existência do ato ilícito, do dano e do nexo de causalidade - fato é que esta modalidade de ação possui uma série de especificidades impostas pela Lei das S/A, as quais, se não preenchidas, implicam fatalmente na extinção do processo, sem resolução do mérito, seja por ausência de pressupostos de constituição do processo, seja por ausência de uma das condições da ação, em especial a legitimidade *ad causam*.

A problemática que será analisada no presente trabalho envolve justamente essas especificidades processuais da ação prevista no art. 159 da Lei das S/A, em especial aquelas que estão diretamente relacionadas com a legitimidade *ad causam* das partes que, conforme será examinado mais adiante, embora existente do ponto de vista do direito subjetivo, em praticamente todas as situações possíveis, não será reconhecida se não forem cumpridas as exigências da Lei das S/A.

Também a problemática processual envolvendo situações em que os vícios nas contas somente foram identificados após 2 (dois) anos contados da deliberação que os aprovou, situação, esta, que impede a responsabilização dos administradores faltosos, por força do art. 286 da Lei das S/A.

Consequência disso é que, em virtude destas formalidades específicas, muitas ações de responsabilidade civil contra administrador acabam não tendo o seu mérito apreciado, dificultando a responsabilização dos administradores que agiram de desacordo com a legislação aplicável e com o próprio estatuto social, em claro

prejuízo da companhia.

Conforme será analisado ao longo deste estudo, fato é que as especificidades formais e processuais da ação de responsabilidade civil prevista no art. 159 da Lei das S/A acabam, em verdade, "beneficiando" os administradores que agiram de forma contrária aos interesses da companhia, sobretudo em razão da existência de previsão expressa no sentido de que os administradores não poderão ser responsabilizados por nenhum prejuízo sofrido pela companhia se esta tiver aprovado as contas que ensejaram tal dano, salvo se previamente anulada a ata de aprovação de tais contas.

Todas estas questões serão objeto de análise no presente trabalho.

Será analisada, também, a posição bastante rígida do Superior Tribunal de Justiça de inviabilizar a apreciação do mérito da ação de responsabilidade civil contra administrador, caso não tenha havido prévia anulação da deliberação que aprovou as contas eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação, no prazo bienal, previsto no art. 286 da Lei das S/A.

A fim de facilitar o desenvolvimento dos estudos, o presente trabalho será dividido em 4 (três) partes. A primeira parte será dedicada à análise das principais características da sociedade anônima e dos deveres gerais dos administradores, conforme a Lei das S/A.

A segunda parte tratará das modalidades de ações sociais previstas no art. 159 da Lei das S/A, da necessidade de prévia deliberação assemblear para a propositura da medida e a necessidade de prévia anulação da ata de aprovação das contas eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação, que ensejou o prejuízo sofrido pela companhia.

Na terceira parte, serão analisados os pontos polêmicos relacionados com esta ação societária, notadamente a questão da legitimidade *ad causam*, bem como os casos de extinção do processo por ausência de prévia anulação das contas no prazo bienal do art. 286 da Lei das S/A.

A quarta e última parte do trabalho reunirá as principais constatações acerca da ação de responsabilidade civil prevista no art. 159 da Lei das S/A, além de apresentar algumas sugestões de alteração dos dispositivos que tratam da matéria, de modo a tornar menos tortuoso o caminho para responsabilização do administrador que pratica ato ilícito em prejuízo dos interesses da companhia.

Vale a pena salientar, por fim, que o presente trabalho não tem a menor pretensão de esgotar o tema, mas apenas de apontar alguns elementos objetivos acerca da parte processual desta modalidade de ação societária, bem como de provocar a reflexão sobre esta matéria que, ao menos para esta estudante, trata-se de assunto bastante controverso.

CAPÍTULO 1 - A SOCIEDADE ANÔNIMA E OS DEVERES GERAIS DE SEUS ADMINISTRADORES

1.1. Principais características da sociedade anônima

Antes de adentrar às questões processuais relativas à ação de responsabilidade civil prevista no art. 159 da Lei das S/A propriamente ditas, é de extrema importância revisar alguns conceitos e características desta modalidade de sociedade que é a sociedade anônima.

As sociedades anônimas são disciplinadas pela Lei nº 6.404/1976 - Lei das S/A ou LSA -, e podem ser definidas como pessoa jurídica de direito privado, de natureza tipicamente empresarial, com capital dividido em ações e responsabilidade de cada um dos acionistas limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas.¹

Este é o conceito que se extrai do art. 1º da Lei das S/A:

"Art. 1º A companhia ou sociedade anônima terá o capital dividido em ações, e a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas."

Esta característica da sociedade anônima de ter seu capital dividido em ações² permite que seus sócios, em princípio, negociem livremente as ações de sua titularidade, as quais, quando emitidas por companhias abertas, costumam apresentar liquidez no mercado.³

Outra característica bastante marcante deste tipo societário é a liberdade de negociação das ações que a sociedade anônima possui ao permitir que sócios

¹ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada. Volume I artigos 1º a 120*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2011, p. 26.

² As ações são valores mobiliários, conforme art. 2º da Lei nº 6.385/76.

³ "Art. 4º Para os efeitos desta Lei, a companhia é aberta ou fechada conforme os valores mobiliários de sua emissão estejam ou não admitidos à negociação no mercado de valores mobiliários."

interessados no investimento e desenvolvimento de determinado negócio se reúnam, independentemente de quem sejam as pessoas nele envolvidas - esta é a maior distinção em relação às demais sociedades.

No que diz respeito à responsabilidade dos sócios ou acionistas, esta será limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas, o que significa que, uma vez pago o preço de tais emissões, nenhuma responsabilidade adicional será imputada aos subscritores ou adquirentes, salvo no caso de voto abusivo e de abuso do poder de controle (LSA, arts. 115 e 117, respectivamente).

Outro aspecto relevante da sociedade anônima é que não há confusão patrimonial entre os bens dos sócios e os da sociedade. Com efeito, os bens particulares dos sócios, a rigor, não podem ser utilizados para pagamento de obrigações da sociedade, apenas em caráter excepcional, nas hipóteses previstas em lei (desconsideração da personalidade jurídica, por exemplo).

A sociedade anônima também se diferencia da sociedade de pessoas, na medida em que, ao contrário do que ocorre com esta última, a gestão de seus negócios é conferida a 2 (dois) órgãos e não aos sócios diretamente.

Estes órgãos são: o conselho de administração e a diretoria. Cada um deles tem funções e atribuições específicas, decorrentes da Lei das S/A e das normas estatutárias.

Como destacado por Nelson Eizirik, os administradores são "*representantes orgânicos da companhia*", decorrendo seus poderes e atribuições, portanto, do estatuto social e da lei, e não de um mandato outorgado pela companhia:

"O direito societário brasileiro, desde a edição do Decreto-Lei no 2.627/1940, seguiu a teoria organicista no que toca ao vínculo existente entre os administradores e a sociedade. Os administradores são representantes orgânicos da companhia, decorrendo seus poderes e atribuições da lei e do estatuto, não de um mandato por ela outorgado. Desde então, entende-se pacificamente que as funções dos administradores não se originam de contrato, mas do próprio aparelhamento da pessoa jurídica. Os administradores são elementos integrantes da

sociedade, necessários para que ela possa manifestar diante de terceiros a sua vontade. Oltando determinado órgão pratica um ato, ele entra no mundo jurídico como ato da pessoa jurídica, não existindo representação, mas sim apresentação, uma vez que a companhia faz-se presente mediante a atuação de seu órgão."⁴

Com efeito, é por meio do conselho de administração e da diretoria que a companhia se manifesta, cabendo às pessoas físicas que os integra tal "*apresentação*". Em outras palavras, a representação da sociedade e a condução de seus negócios se dá por meio da manifestação dos administradores, de acordo com suas atribuições e poderes.

Os administradores, na qualidade de "*representantes orgânicos*", como visto acima, manifestam a vontade da companhia. É por meio dos administradores que a companhia pratica atos jurídicos, contraindo obrigações no mundo jurídico.

Tais atos jurídicos, é importante salientar, devem ser praticados pelos administradores sempre de modo a realizar o objeto social da companhia, de forma lucrativa e visando ao interesse social.

É o que ensina Nelson Eizirik:

"Os administradores têm o poder-dever de administrar, isto é, de praticar todos os atos, seja na esfera deliberativa superior, de planejamento e orientação dos negócios sociais, de competência do conselho de administração, seja na esfera executiva, de gestão ordinária, do dia a dia da empresa, e de sua representação, de competência dos diretores. Assim, administrar, no direito societário, importa na prática de todos os atos necessários à realização do objeto social, com finalidade lucrativa, ou seja, visando ao interesse social."⁵

Insta mencionar, ainda, que os órgãos de administração possuem atribuições legais, ao passo que seus membros, seja do conselho de administração ou da diretoria, têm deveres e responsabilidades ao exercerem suas funções.

Estes deveres e responsabilidades estão elencados na Lei das S.A e é a infração de qualquer um dele que enseja a responsabilidade civil dos

⁴ idem. p. 256.

⁵ idem. p. 257.

administradores, conforme será visto adiante.

1.2. Os deveres gerais dos administradores

Como visto acima, a sociedade anônima se manifesta através de seus administradores, que têm o poder-dever de administrar os negócios da sociedade visando atender o objeto social, de forma lucrativa, visando ao interesse social, nos exatos termos do estatuto social e da lei aplicável.

A Lei das S/A, em seus arts. 153 a 158, elenca os deveres gerais que os administradores devem seguir para que não sejam eventualmente responsabilizados por seus atos, os quais, como visto, traduzem a vontade da sociedade perante o mundo jurídico.

O primeiro dever geral dos administradores previsto na Lei das S/A é o dever de diligência.

Previsto no art. 153 da LSA, é aquele por meio do qual o administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios⁶:

“Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.”

No diz respeito a este dever de diligência, vale mencionar que muitos doutrinadores têm criticado o texto da LSA, na medida em que, da forma como redigido, o legislador teria desconsiderado a diligência exigida pela natureza da função a ser exercida e a própria competência para tanto. Vejamos:

“[N]esse ponto ficou atrás, até, do Código Comercial. Este, com efeito, ao

⁶ Conforme se observa do texto do art. 116, § 7º da antiga lei acionária (DL n. 2.627/40), o dever de diligência foi mantido da mesma forma: “Os diretores deverão empregar, no exercício de suas funções, tanto no interesse da empresa, como no do bem público, a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar, na administração de seus próprios negócios.”

tratar do mandato mercantil, dispõe que o mandatário deve empregar 'na sua execução a mesma diligência que qualquer comerciante ativo e probo costuma empregar na gerência dos seus próprios negócios' (Código Comercial, art. 142). Os textos, aparentemente próximos, na verdade distinguem-se sob um aspecto de muita relevância: a Lei das Sociedades por Ações não toma como parâmetro do administrador um empresário, e sim um cidadão qualquer, que exerça ou não atividade empresarial, podendo, pois, não ter nenhuma prática na administração de empresa."⁷

Com o dever de diligência está também o dever de sigilo, por meio do qual o administrador tem a obrigação de manter reserva sobre informações dos negócios da companhia.⁸

Outro dever geral do administrador, estampado no art. 154 da LSA, dispõe que 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:

"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.
§ 1º O administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres. [...]."

O §2º do mesmo dispositivo legal elenca os atos que são vedados ao administrador:

"[...] § 2º É vedado ao administrador:
a) praticar ato de liberalidade à custa da companhia;
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;
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. [...]"

Sobre este dever de agir de acordo com o que a lei e o estatuto confere, de modo a atingir o fim social da companhia, Antônio Menezes Cordeiro chama atenção para o caráter potestativo deste direito de administração dos membros do

⁷ TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *O Conselho de Administração na sociedade anônima*, 2. ed., São Paulo: Editora Atlas, 1999, n. 2.6.1, pp. 54-55.

⁸ O dever de sigilo é decorrência do dever geral de diligência, cf. Paul Le Cannu, *Droit des sociétés*, n. 667, p.411.

conselho e da diretoria:

"T tecnicamente, a administração é um direito potestativo: traduz a permissão normativa que os administradores têm de decidir e de agir, em termos materiais e jurídicos, no âmbito dos direitos e dos deveres da sociedade. Embora de trate de um direito - os administradores são autônomos ou teriam de ir procurar a administração noutra instância - é um direito funcional ou fiduciário."⁹

Dentro deste mesmo tema, Marcelo Vieira Von Adamek ainda alerta sobre a diferença existente entre as atribuições legais e estatutárias dos administradores, dependendo do órgão ao qual pertencem (lembrando que, conforme visto, a administração é composta por membros do conselho de administração e membros da diretoria):

"As atribuições, legais ou estatutárias, dos administradores da companhia variam, evidentemente, dependendo do órgão ao qual pertencem. Contudo, seja membro da diretoria ou do conselho de administração, o administrador deve sempre guiar a sua atuação para a consecução do escopo-meio da companhia - isto é, o objeto social, a atividade empresarial ou a empresa, a cuja exploração se dedique e que há de ser descrita minuciosamente no estatuto social (LSA, art. 2º, § 2º) - e do seu escopo-fim (ou finalidade), que é a obtenção e partilha de lucros entre os acionistas."¹⁰

Conclui afirmando que, independentemente do órgão a que pertence, o administrador sempre terá de conduzir os negócios da companhia visando o "escopo-meio" (que é o objeto social ou a atividade empresarial) e o "escopo-fim" (que é a obtenção de lucros para partilhar entre os acionistas).

A Lei das S/A também prevê como dever geral do administrador a lealdade. Este dever está previsto no art. 155, *caput*, da Lei das S/A, que dispõe que o *"administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios"*.

Referido dispositivo ainda elenca, de forma exemplificativa¹¹, as condutas

⁹ CORDEIRO, Antônio Menezes. Manual de direito das sociedades. v. 1, 2ª edição, n. 291, 2007, p. 797.

¹⁰ *Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as ações correlatas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009, p. 143.

¹¹ Conforme lição de Alfredo de Assis Gonçalves Neto, em *Lições de direito societário*, v. II: Sociedade anônima, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, n. 96, p. 206, "o rol não é taxativo, mas sim exemplificativo, vez que não esgota todos os comportamentos desleais possíveis."

reputadas desleais, a saber:

"[...] I - usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de 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 infração 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.

§ 4º É vedada a utilização de informação relevante ainda não divulgada, por qualquer pessoa que a ela tenha tido acesso, com a finalidade de auferir vantagem, para si ou para outrem, no mercado de valores mobiliários."

No art. 156 da Lei das S/A, estão previstos os deveres dos administradores sobre conflitos de interesses que vier a ter com os da companhia:

"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 notificá-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 infração do disposto no § 1º é anulável, e o administrador interessado será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que dele tiver auferido."

No que diz respeito a este dever, de forma diversa ao que se verifica com os demais deveres, a Lei das S/A não explicita a configuração do dever de não agir em conflito de interesses, limitando-se, apenas, a caracterizá-lo de forma negativa, explicitando a sua proibição.¹²

¹² ADAMEK, Marcelo. *op cit.*, p. 160.

Do dever de lealdade decorre, ainda, o dever de informar, previsto no art. 157 da Lei das S/A, e aplicável exclusivamente aos administradores de companhias abertas:

"O administrador de companhia aberta deve declarar, ao firmar o termo de posse, o número de ações, bônus de subscrição, opções de compra de ações e debêntures conversíveis em ações, de emissão da companhia e de sociedades controladas ou do mesmo grupo, de que seja titular. [...]"

Finalmente, o art. 158 da Lei das S/A dispõe que o administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade, em virtude de ato regular de gestão, respondendo civilmente, entretanto, pelos prejuízos que causar quando proceder dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo e com violação da lei ou do estatuto:

"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.

§ 1º 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 de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembléia-geral.

§ 2º 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.

§ 3º Nas companhias abertas, a responsabilidade de que trata o § 2º ficará restrita, ressalvado o disposto no § 4º, aos administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres.

§ 4º O administrador que, tendo conhecimento do não cumprimento desses deveres por seu predecessor, ou pelo administrador competente nos termos do § 3º, deixar de comunicar o fato a assembléia-geral, tornar-se-á por ele solidariamente responsável.

§ 5º Responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto."

Especificamente nos §§ 1º e 4º do dispositivo legal acima transcrito, é possível verificar o dever implícito de vigilância, por meio do qual o administrador que permanecer inerte perante a atuação ilícita de outros administradores será

responsabilizado, haja vista o fato de que deve ele estar sempre atento ao que vem sendo praticado na administração:

"[A] leitura dos §§ 1º e 4º do art. 158 da Lei das S/A permite concluir que não pode o administrador permanecer inerte perante a atuação de outro administrador, mas, dentro do âmbito de suas atribuições, deve estar atento ao que vem sendo praticado na administração, ter juízo crítico sobre o andamento dos negócios e, caso se depare com comportamento ilícito, violador da lei ou dos estatutos, deve tomar as medidas apropriadas para impedir a prática de ato danoso, ou para eliminar ou atenuar seus efeitos. Se nada disso fizer, responderá solidariamente pela reparação dos danos, mesmo sem ter participado diretamente do ato."¹³

A inércia do administrador perante situação de ilícito praticado por outro administrador, como visto acima, implicará, portanto, na responsabilidade solidária pela reparação dos danos experimentados pela sociedade, a despeito daquele não ter participado diretamente do ato.

Neste contexto, é importante destacar que a responsabilidade dos administradores é, a rigor, individual.

Todavia, a Lei das S/A prevê hipóteses das quais pode resultar a responsabilidade solidária, a saber: (i) nos casos de descumprimento de deveres legais destinados a assegurar o regular funcionamento da companhia (Lei das S/A, art. 158, §§ 2º a 4º) e (ii) violação de deveres ordinários (Lei das S/A, art. 158, § 5º):

"§ 1º 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 de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembléia-geral." (Art. 158 da Lei das S/A)

Assim, 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 (§ 2º, art. 158 da Lei das S/A).

¹³ ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Op cit.*, p. 180.

Também, insta salientar que o administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-lo ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir sua prática (§ 1º, art. 158 da Lei das S/A).

Sobre esta matéria, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo já manifestou seu entendimento no sentido de que havendo descumprimento das obrigações contidas na Lei das S/A e no estatuto social, resta claro o dever de indenizar do administrador:

“RESPONSABILIDADE CIVIL DE ADMINISTRADOR E ACIONISTA MAJORITÁRIO PELOS PREJUÍZOS PROVOCADOS NA SOCIEDADE ANÔNIMA. (...)

Os réus agiram com absoluta inobservância de seus deveres quanto ao dever de lealdade para com a empresa na qual eram diretor e acionista majoritário, havendo manifesto desvio e abuso de poder, o qual viola os arts. 153, 155 I e II da Lei 6.404/76 em razão das ações praticadas, tais como descontos ilegais de duplicatas, ausência de repasse dos numerários ao caixa da firma, contato em prol de empresa concorrente, pagamento a maior dos honorários da diretoria no período entre 1988 e 1991, retirada de importâncias a título de honorários mesmo tendo renunciado a eles, restando claro o dever de ressarcir os prejuízos provocados”¹⁴

“No caso concreto, porém, o laudo contábil não deixa margem à menor dúvida. O desvio de recursos, empréstimos benéficos a terceiros, pagamentos sem comprovação constituem atos no mínimo culposos, a ensejar a responsabilidade dos réus”.¹⁵

Feita esta breve exposição sobre os deveres gerais dos administradores da sociedade anônima, passemos às modalidades de ações sociais previstas na Lei das S/A.

¹⁴ TJRJ. Apelação cível nº 2006.001.63659. 14ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Ferdinando Nascimento. Julgado em 21.3.2007.

¹⁵ TJSP. Apelação Cível nº 159.920.4/9-00. 4ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Francisco Loureiro. Julgado em 15.3.2007.

CAPÍTULO 2 - A AÇÃO SOCIAL PREVISTA NO ART. 159 DA LEI DAS S/A E SUAS PECULIARIDADES

2.1. As modalidades de ações sociais previstas no art. 159 da Lei das S/A

A possibilidade de recomposição do patrimônio da sociedade que sofreu prejuízos, em virtude da prática de atos lesivos por parte do administrador - dolosa ou culposamente - está prevista na Lei das S/A. Com efeito, a Lei das S/A prevê 03 (três) modalidades de ações sociais¹⁶.

A primeira delas é a ação social *ut universi*, prevista no *caput* do art. 159 da LSA.

A segunda, prevista no §3º do art. 159 da LSA, é a ação social *ut singuli* por substituição processual derivada, que poderá ser proposta por qualquer acionista, em nome próprio, quando a companhia deixar de fazê-lo dentro do prazo de 03 (três) meses contados da deliberação assemblear que aprovar a propositura da medida.

A terceira e última é a ação social *ut singuli* derivada ou por substituição processual originária, que pode ser movida por um acionista ou grupo de acionistas titular de ações representativas de pelo menos 5% (cinco por cento) do capital social, caso a assembleia geral deliberar pela não pela não propositura da ação, conforme dispõe o §4º do art. 159 da LSA.

¹⁶ No direito brasileiro, não há previsão de rito especial para a solução de litígios societários em geral, "Algumas poucas ações societárias têm previsão específica na lei processual, como as ações de dissolução e liquidação de sociedades, ainda regidas por preceitos do antigo Código de Processo Civil (CPC/1939, arts. 655 a 674), mantidos em vigor pelo atual (CPC/1973, art. 1.218). Quando da elaboração do CPC/1973, entendeu-se que seria preferível que os aspectos processuais dessas e de outras ações tivessem regulamentação paralela em leis extravagantes e no CPC/1973, e pudessem, assim, receber tratamento unitário na Lei das S/A. Isso, como se sabe, não ocorreu e, portanto, ainda hoje se tem uma disciplina fragmentária na área de direito processual societário." Marcelo Vieira Von Adamek citando indiretamente, CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Atuação por via processual dos direitos decorrentes na nova lei das sociedades anônimas*. In: *A nova lei das sociedades anônimas*, São Paulo: AASP, 1978, p. 66; e ARAGÃO, Paulo César. *Aspectos processuais da legislação societária*, RT 641/61).

Vejamos o texto do dispositivo legal que trata destas 03 (três) modalidades de ações sociais:

"Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio.

[...]

3º Qualquer acionista poderá promover a ação, se não for proposta no prazo de 3 (três) meses da deliberação da assembleia-geral.

§ 4º Se a assembleia deliberar não promover a ação, poderá ela ser proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento), pelo menos, do capital social.

[...]"

A ação social *ut universi* é ação de responsabilidade civil contra os administradores proposta pela própria companhia, com o objetivo de obter a reparação dos danos experimentados em seu patrimônio. Esta ação está prevista no *caput* do art. 159 da Lei das S/A:

"Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembleia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio. [...]"

Acerca do assunto, Marcelo Vieira Von Adamek, em sua obra Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as ações correlatas, ressalta não ser comum que a própria companhia venha a processar seus antigos administradores, exceto nos casos de falência ou que o controle da companhia é vendido a novo grupo:

"salvo nos casos de falência ou em que o controle da companhia é vendido a novo grupo - que, por isso, passa a ter interesse próprio na recomposição do patrimônio social -, não é usual que a própria companhia venha a processar os seus antigos administradores, pois, de certa forma, isso representa um reconhecimento por parte do controlador de que errou ao escolher pessoa inábil ou desonesta para administrar os negócios."¹⁷

Conforme será visto no presente trabalho, também no caso de troca de administração - não necessariamente em razão de venda da companhia - a possibilidade de a companhia vir a ingressar com ação de responsabilidade civil contra seus ex-administradores mostra-se factível.

¹⁷ *Op. cit.*, p. 367.

A ação *ut singuli*, por sua vez, é aquela por meio da qual o acionista ou grupo de acionistas, na condição de substituto processual, ajuíza em nome próprio, objetivando a condenação do administrador que praticou ato ilícito à reparação do prejuízo sofrido pela sociedade.

Segundo estudiosos do assunto, o instituto da substituição processual está presente na ação *ut singuli* para contornar a inércia da companhia em ajuizar a ação, quando ela já foi aprovada em assembleia geral, ou para possibilitá-la, via acionistas que representem mais de 5% (cinco por cento) da participação acionária, no caso da assembleia geral ter deliberado pelo não ajuizamento da medida.

Nesse sentido, Maurice Cozian e Alain Viandier destacam,

"les intéressés sont rarement enclins à tresser la corde qui servira à les pendre; le débat de conscience, s'il existe est facilement tranché en cas de relève des dirigeants sociaux, le successeur n'ayant aucune raison d'épargner son prédécesseur; restent les hypothèses, fréquentes, où les dirigeants sont demeurés en place malgré le préjudice causé à la société. Comment assurer alors la défense du patrimoine social? La réponse est fournie par l'action sociale *ut singuli*, c'est-à-dire l'action sociale intentée par les actionnaires eux-mêmes, (...) pour le compte de la société."¹⁸

É importante salientar, neste contexto, que o acionista que propõe a ação social *ut singuli* não busca apenas a reparação do prejuízo proporcional à sua participação acionária, mas sim a reparação de todo o prejuízo experimentado pela sociedade.

Os resultados da condenação se reverterem à companhia, ao passo que, caso o acionista venha a ter seu pedido julgado improcedente, não haverá qualquer ônus de sucumbência para a sociedade, mas apenas para ele que ingressou com a ação.

Bem por isso é que as ações *ut singuli* não são comuns de serem vistas, haja vista o fato de que dificilmente se encontrará acionistas disposto a arcar com as despesas do processo, sem que estes ganhem algo com isso, caso a ação venha a

¹⁸ Maurice Cozian e Alain Viandier. *Droit des sociétés*, n. 746-747, pp. 249-250.

ser julgada procedente.

A esse respeito, o Prof.^o Fábio Ulhoa Coelho, no Código Comercial e Legislação Complementar Anotados, Ed. Saraiva, 1995, pág. 160, em comentário de Bulhões Pedreira (1992:600/601), salienta o fato da Lei das S/A não prever, em seu art. 159, ação para o acionistas terem reparados os chamados "prejuízos indiretos", por eles sofridos em virtude da prática de atos lesivos dos administradores:

"a redação do artigo 159 da lei de sociedade por ações deixa evidente que o acionista da companhia não tem ação contra os administradores para obter reparação dos chamados 'prejuízos indiretos'. Se o patrimônio da companhia sofre prejuízo por efeito de ato ilícito de administrador ou de terceiro, a ação para haver indenização compete à companhia como pessoa jurídica titular do patrimônio que sofreu o dano e deve receber a reparação. Somente negando a existência da personalidade distinta da companhia seria possível atribuir a cada acionista ação para haver, do administrador ou de terceiro, a sua quota-parte ideal no prejuízo causado ao patrimônio da companhia: a reparação do patrimônio social seria substituída pela reparação dos patrimônios dos acionistas que promovessem ações de indenização."¹⁹

O resultado da ação de responsabilidade civil prevista no art. 159 da Lei das S/A se reverte apenas e tão somente à própria sociedade, como pessoa jurídica, e não aos seus acionistas.

Cumprе destacar, neste contexto, que o acionista ou terceiro que tiver sido diretamente prejudicado por ato do administrador poderá propor ação específica para apuração da responsabilidade civil de tal administrador, objetivando a recomposição de seu patrimônio próprio.

Trata-se da *ação individual* prevista no § 7º do art. 159 da Lei das S/A:

"§ 7º A ação prevista neste artigo não exclui a que couber ao acionista ou terceiro diretamente prejudicado por ato de administrador."

O presente trabalho, entretanto, não abordará a ação individual, limitando-se apenas às ações sociais *ut universi* e *ut singuli*.

¹⁹ COELHO, Fábio Ulhoa. Código comercial e legislação complementar anotados. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 746.

Tratando sobre o tema ação social, ensina Luiz Gastão Paes de Barros Leães que,

"a ação de responsabilidade civil contra o administrador de sociedade anônima compete à companhia. E natural; à sociedade, como pessoa jurídica com aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações, é que cabe prioritariamente defender a integridade do seu próprio patrimônio (Lei n. 6.404, de 1976, art. 159). A ação pertence à sociedade e, por isso, qualifica-se com propriedade, de ação social."²⁰

Pois bem. A Lei das S/A prevê duas espécies de ação social *ut singuli*: a substitutiva (ou por substituição processual derivada - cf. § 3º do art. 159, LSA) e a derivada (ou por substituição processual originária - cf. § 4º do art. 159, LSA).

A ação *ut singuli* substitutiva será proposta por qualquer acionista depois de escoado o prazo de 03 (três) meses para propositura da medida pela própria companhia, contados da deliberação positiva do ajuizamento da ação.

Este prazo de 03 (três) meses, previsto no art. 159, § 3º da Lei das S/A, não é de prescrição ou decadência, trata-se de simples prazo de preferência ou prioridade.

Com efeito, o objetivo do legislador com tal previsão legal foi justamente o de evitar conluíus da maioria, assim como proteger o acionista de eventual desídia dos novos diretores para com os seus antecessores.

A Lei das S/A não exige percentual acionário mínimo para o ajuizamento da medida, podendo, portanto, ser proposta por qualquer acionista, haja vista que *"não é bem o seu interesse particular, de valor insignificante até, se apenas uma ação possuir, que entra a defender, mas o geral ou coletivo, ou seja, o interesse social."*²¹

O transcurso do prazo de 03 (três) meses, portanto, se presta unicamente

²⁰ LEAES, Luiz Gastao Paes de Barros. *A prévia deliberação assemblear como condição de legitimatio ad causam na ação social*. In Pareceres. São Paulo: Ed. Singular, v.I, p. 462.

²¹ FERREIRA, Waldemar Martins. *Compêndio de sociedades mercantis*, 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942, v. 3, § 78, p. 203.

para autorizar os acionistas a ingressarem com a ação de responsabilidade contra o administrador, sem que, para tanto, tenha que solicitar autorização para a companhia.

Insta destacar que não há qualquer impedimento para o ajuizamento da ação pela companhia após este prazo de 03 (três) meses, contados da deliberação positiva para propositura da ação de responsabilidade civil.

O único ponto a se observar é o de que, caso o acionista, na condição de substituto, já o tenha feito, ocorrerá litispendência das demandas.

O prazo legal é contado da deliberação em assembleia geral e não a partir da publicação de sua ata, como ocorre com o prazo decadencial para a propositura de ação anulatória de deliberação, tema este que será abordado em item específico.

A segunda espécie de ação *ut singuli* é a aquela prevista no § 4º do art. 159 da Lei das S/A. É proposta por acionistas que representem pelo menos 5% (cinco por cento) do capital social, quando a assembleia geral deliberar pela não propositura da ação em nome da companhia.

Trata-se, como defendido por alguns doutrinadores, de verdadeira tutela do direito do acionista minoritário, visto que, como bem destacado por José Alexandre Tavares Guerreiro,

"em caso de decisão assemblear contrária à propositura da ação, o exercício desta, pelos acionistas legitimados, não representa a expressão da vontade social, manifestada na assembleia, razão pela qual não se pode dizer que tais acionistas, ao ajuizarem a medida judicial, o façam representando a sociedade, como seus órgãos."²²

Descritas estão, portanto, as modalidades de ações sociais previstas no art. 159 da Lei das S/A, assim como suas principais características, essenciais para contextualização da problemática processual que será discutida nos itens seguintes do presente trabalho.

²² GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas*. RDM 42/69-88, p. 81.

2.2 Necessidade de prévia deliberação assemblear

O art. 159 da Lei das S/A dispõe que “[c]ompete à companhia, mediante *prévia deliberação da assembléia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio*”.

Significa dizer, portanto, que a sociedade anônima que pretende buscar em juízo a reparação dos danos causados por seus administradores ou ex-administradores, deverá fazê-lo com a prévia deliberação da Assembleia Geral:

“[...] sempre que uma sociedade anônima quiser buscar em juízo a reparação de danos causados por seu(s) administrador(es), deverá fazê-lo com a prévia deliberação da Assembléia Geral, sendo que se o(s) administrador(es) ainda (à época) estiver(em) em exercício, a mesma Assembléia Geral deverá afastá-lo(s) e substituí-lo(s)”²³

Trata-se de condição de procedibilidade para a propositura da referida ação de responsabilidade.²⁴

Com efeito, referida deliberação poderá resultar na aprovação do ajuizamento da ação de responsabilidade e consequente atuação processual da própria companhia ou, na sua inércia, de qualquer acionista (LSA, art. 159, § 3º) ou, então, não aprovação de tal medida, sendo que, neste caso, a Lei das S/A permite que tal propositura seja realizada pelo acionista ou grupo de acionistas, por meio da ação social derivada, conforme visto no item anterior.

A exigência de prévia deliberação assemblear para legitimar a propositura de ação social de responsabilidade civil está prevista nas legislações acionárias de vários países - com exceção do direito francês:

"No direito alemão, já era prevista nos §§ 97, al. 1, e 122, da AktG de 1937,

²³ TJSP. Apelação nº 2 64.378-4/5-00. 6ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Percival Nogueira. Julgado em 7.8.2008.

²⁴ “A propositura de ação de responsabilidade do administrador pelos danos causados à sociedade pressupõe a deliberação da assembléia geral, constituindo verdadeira condição de procedibilidade-art. 159 da Lei n.º 6.404/76” TJSP. Agravo de instrumento nº 545.458.4/9-00. 5ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Carlos Giarusso Santos. Julgado em 7.5.2008.

e hoje se encontra estabelecida no § 147 da AktG de 1965. No direito italiano, encontrava-se no art. 152, do Código Comercial de 1942. No direito português, a matéria tem previsão no art. 75º do CSC. No direito argentino, encontra-se albergada no art. 276 da LSC. Diversamente, porém, no direito francês, em reação às severas restrições vigentes sob a égide da lei de 1867 sobre sociedade anônimas, prevalece, desde o advento do Decreto-lei de 31 de agosto de 1937, sistema de ampla liberdade, no qual a propositura de ação social não fica a depender de prévia deliberação assemblear, sendo, ademais, expressamente vedada a previsão de qualquer restrição estatutária (Decreto-lei n. 1937, art. 17; Lei n. 66-357, de 1966, art. 246; e CCom fr., art. L. 225-253). No direito norte-americano, por sua vez, as leis societárias normalmente condicionam a propositura de ações derivadas à prévia formulação de requerimento à diretoria ou, em certos casos, à assembléia geral²⁵

A despeito dos sistemas acima mencionados preverem a necessidade da prévia deliberação assemblear para propositura da ação de responsabilidade civil contra administrador - como também exige a Lei das S/A -, em nenhum deles, entretanto, há a automática liberação dos administradores, em virtude da aprovação, sem reservas, das contas e demonstrações financeiras eivadas de vício, tal como ocorre em nosso ordenamento jurídico.

A problemática que será discutida mais adiante nasce justamente desse conflito aparente de normas existente entre o art. 159 e § 3º do art. 134²⁶, ambos da Lei das S/A, que, do ponto de vista processual, faz com que muitas ações de responsabilidade civil contra administrador acabem sendo extintas, sem resolução do mérito, ante a ausência de pressuposto processual para o regular processamento da demanda ou até mesmo por ausência de uma das condições da ação.

A exigência de prévia deliberação acerca da propositura da ação de responsabilidade contra administrador de sociedade anônima está estampada no *caput* do art. 159 da Lei das S/A e é de competência exclusiva da assembleia geral, que é o órgão responsável, na organização societária, pela formação da vontade social, assim como pelo preenchimento dos demais cargos dentro da sociedade:

"Tratando-se de procedimento da sociedade contra membros da própria administração (que normalmente seria o órgão encarregado da representação processual da sociedade), a lei reserva à assembléia geral - órgão que expressa a vontade social - a competência para decidir sobre a

²⁵ ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Op. cit.*, págs. 309/310.

²⁶ "§ 3º A aprovação, sem reserva, das demonstrações financeiras e das contas, exonera de responsabilidade os administradores e fiscais, salvo erro, dolo, fraude ou simulação (artigo 286)."

propositura ou não da ação em questão."²⁷

O objetivo desta prévia deliberação assemblear é o de tornar impedido o atual diretor/administrador, além de legitimar, ordinariamente, a companhia e, extraordinariamente, os acionistas a promoverem a ação social *ut singuli*, no caso da companhia não promover tal medida no prazo de 03 (três) meses ou se, então, for deliberado o não ajuizamento da ação.

Com efeito, fato é que sem esta prévia deliberação os acionistas ficam impossibilitados de agir como substitutos processuais da companhia e de promover, portanto, a ação de responsabilidade civil contra o administrador - atual ou antigo - que descumpriu suas obrigações legais e estatutárias.

A prévia deliberação em assembleia geral é condição *sine qua non* para propositura de ação de responsabilidade civil contra o administrador que agiu em desacordo com o estatuto social e com a legislação aplicável, causando dano à companhia.

Vale a pena mencionar que, embora o entendimento majoritário seja de que a prévia deliberação assemblear é indispensável à propositura de ação de responsabilidade civil contra administrador faltoso, há quem sustente que, em se tratando de administrador antigo, não haveria que se falar em prévia deliberação assemblear:

"[A] ação de responsabilidade civil prevista no art. 159 da Lei n. 6.404, de 1976, com todos os requisitos e rigores lá elencados, pressupõe que os administradores ainda estejam em seus respectivos cargos, tanto que o §2º do mesmo dispositivo determina o impedimento e a substituição daqueles administradores na mesma assembléia que aprova a ação judicial. Não faria sentido exigir deliberação assemblear para aprovação de uma ação similar a ser proposta em face de administradores já destituídos de seus respectivos cargos, já que, em tal hipótese, os demandados seriam equiparados a terceiros, tornando a decisão pela propositura ou não da ação um mero ato de gestão da Companhia, a qual prescindiria de um rigorismo próprio."²⁸

²⁷ LEAES, Luiz Gastao Paes de Barros. Op. cit., p. 462 e 463.

²⁸ CLEMENTE, Eduardo Silveira. *Direito societário concreto & outros estudos*, Campinas: Editora Russel, 2005, p. 123.

Neste mesmo sentido, entendeu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao julgar a Apelação Cível n.º 159.470-1, de relatoria do Desembargador Euclides de Oliveira:

"A presente ação não foi precedida de autorização daquele órgão, ocasionando carência, no entender do apelante. Sem razão. O texto legal se refere unicamente à responsabilidade judicial do administrador ativo, em exercício. Não possuía, o réu, essa qualidade, pois de há muito deixara a Presidência da Caixa, por reconhecida e notória má gestão. Com efeito, visa a lei resguardar a situação do administrador enquanto tal. Exatamente por isso, dispõe o §2º do art. 159 que 'o administrador ou administradores contra os quais deva ser proposta a ação ficarão impedidos ou deverão ser substituídos na mesma assembleia'. Seria inócua essa disposição caso se aplicasse a exigência de prévia deliberação da Assembléia para processar ex-administradores. A mesma conclusão se aplica ao art. 287, item II, letra *b*, quando estabelece prazo especial de três anos para a ação contra os fundadores, acionistas, administradores, liquidantes, fiscais ou sociedade de comando, para deles haver reparação civil por atos culposos, no caso de violação da lei, do estatuto ou da convenção do grupo. Enquanto administrador, e somente no exercício dessa atividade diretiva, estaria o réu sujeito ao prazo da lei especial para responder civilmente. Desde que afastado do cargo, já não se justifica o tratamento legal mais benigno, tendo aplicação a norma geral do Código Civil, com prazo extintivo correspondente ao das ações pessoais (20 anos) (art. 177 do CC/16)."

Ainda, a Lei das S/A não prevê quórum específico para a deliberação sobre a propositura da ação social, de tal modo que se aplica o quórum legal supletivo da maioria simples dos acionistas presentes com direito de voto, não se computando os votos em branco, conforme art. 129 da Lei das S/A:

"As deliberações da assembléia-geral, ressalvadas as exceções previstas em lei, serão tomadas por maioria absoluta de votos, não se computando os votos em branco."

2.3 Necessidade de prévia anulação da deliberação que aprovou as contas eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação

Além da exigência legal da prévia deliberação em Assembleia Geral para propositura de ação de responsabilidade civil, a Lei das S/A, em seu art. 134, § 3º, prevê que a aprovação das contas, sem quaisquer ressalvas, exonera o administrador, o que significa que para responsabilizar os administradores que praticaram atos lesivos à companhia também é indispensável anular as deliberações tomadas em assembleia geral que aprovaram as contas eivadas de erro, dolo,

fraude ou simulação, a teor do disposto no art. 134 da Lei das S/A²⁹, observado o prazo bienal previsto no art. 286 do referido diploma, contado da deliberação em questão:

"A aprovação sem reserva das demonstrações financeiras e das contas dos administradores opera a desoneração de sua responsabilidade e dos membros do conselho fiscal, salvo erro, dolo, fraude, simulação ou coação, conforme determina o § 3º. A aprovação sem reserva pressupõe que os acionistas concordaram com a atuação dos administradores, liberando-os de qualquer responsabilidade por eventuais prejuízos causados, hipótese em que a assembleia geral fica, em princípio, impedida de aprovar a propositura de ação de responsabilidade prevista no artigo 159."³⁰

Para o Ilustre Prof.^o Jose Waldecy Lucena, entretanto, a própria Assembleia Geral que delibera a propositura da ação de responsabilidade contra os administradores, por si só, já teria o condão de anular a ata, na qual houve aprovação das contas eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação, tornando, assim, desnecessária a declaração judicial de tal anulação:

"A nós nos parece que se a própria assembléia delibera promover ação de responsabilidade contra o administrador que prestara mal as contas, tal significa que a aprovação anterior, mesmo que não se diga expressamente, restou reformada pela nova deliberação, dispensada, assim e obviamente, o recurso ao Judiciário.

(...)

Em suma, qualquer que seja a subespécie de ação social ajuizada a *ut universi*, a *ut singuli* ou a derivada (art. 159, caput e §§ 3º e 4º) não se deve seguir o modelo preconizado por alguns intérpretes de que primeiro há de ser anulada a deliberação da assembleia geral, que aprovou as contas dos administradores, para, ao depois, ingressar-se com a ação de responsabilidade civil dos administradores faltosos. Essa postura, que seria a apoteose dos maus administradores, inclusive sob o pálio da prescrição, que é breve, viola o princípio da economia processual e põe-se em desarmonia com a moderna teoria da instrumentalidade do processo."³¹

Nesta mesma linha, o também Ilustre Prof.^o Modesto Carvalhosa, em seus Comentários à Lei das Sociedades Anônimas, é categórico ao defender a desnecessidade de anulação judicial da ata que aprova as contas eivadas de vícios se for deliberado em Assembleia Geral o ajuizamento de ação de responsabilidade

²⁹ § 3º A aprovação, sem reserva, das demonstrações financeiras e das contas, exonera de responsabilidade os administradores e fiscais, salvo erro, dolo, fraude ou simulação (artigo 286). (Lei das S/A, art. 134).

³⁰ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada. Volume I artigos 121 a 188*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2011, p. 164.

³¹ LUCENA, Jose Waldecy. *Das sociedades anônimas: comentários à lei (arts. 121 a 188)*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009. v.2. Páginas 625/626.

contra os administradores.

Segundo seu entendimento, tal deliberação anula automaticamente a deliberação anterior de aprovação das contas eivadas de vício:

"(...) Quanto à ação social ut universi, seja diretamente proposta pela companhia, seja substitutivamente por acionista, o requisito apartado é prévio de decretação judicial de anulação também não pode ser admitido. Isto porque, deliberando a assembleia geral acionar os administradores, estará obviamente retificando sua deliberação anterior de aprovação das contas daqueles, já que o pressuposto é o da existência da fraude. Logo, a deliberação de agir contra os administradores, para responsabilizá-los, automaticamente anula a deliberação anterior de aprovação sem ressalvas. E com efeito, a assembleia geral é órgão soberano da sociedade, sendo da natureza de suas deliberações revogar as anteriores.

Por tudo isso, conclui-se que não tem qualquer fundamento a interpretação de que primeiro deve-se anular judicialmente a deliberação da assembleia geral, para depois ingressar-se com a ação de responsabilidade.

Essa interpretação, além de contrariar a própria exegese sistemática da lei, nega a tendência acentuada do sistema jurídico, que é o de limitar, cada vez mais, os efeitos supostamente preclusivos da aprovação das contas dos administradores."³²

Com efeito, a aprovação da gestão constitui ato de competência privativa da assembleia geral ordinária, conforme dispõe o art. 132, inciso I, da Lei das S/A:

"Art. 132. Anualmente, nos 4 (quatro) primeiros meses seguintes ao término do exercício social, deverá haver 1 (uma) assembléia-geral para:

I - tomar as contas dos administradores, examinar, discutir e votar as demonstrações financeiras; [...]"

Sobre esta questão, Marcelo Vireira Von Adamek faz crítica bastante razoável sobre a lei acionária brasileira:

"Neste ponto, é deveras lamentável o olímpico desconhecimento do legislador pátrio a propósito do que se passa no mundo empresarial (em nada condizente, aliás, com a concepção moderna, técnica e refinada de vários outros institutos inseridos na Lei das S/A). Em matéria de responsabilidade civil dos administradores, ao mesmo tempo em que pretendeu disponibilizar aos acionistas ações e instrumentos próprios de tutela (prevendo até mesmo meio para contornar a desídia da maioria), o legislador abriu largas portas à impunidade, de que é exemplo (infelizmente não único) o quitus facilitado, abrangente, com eficácia preclusiva de pretensões indenizatórias e de difícil reversão."³³

³² CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas* - v. 3. Saraiva: São Paulo, 2003, pág. 391

³³ *Op. cit.*, p. 253.

Alerta para o risco de impunidade que a exoneração da responsabilidade do administrador, em razão da aprovação das contas em assembleia geral sem ressalvas, traz a todo sistema:

"Em certos países, a aprovação das contas e do balanço não isenta, sob nenhuma hipótese, o administrador de responsabilidades; em outros, exige-se expressa manifestação da assembléia geral nesse sentido, assegurando-se o direito de oposição por parte de minoria qualificada; em outros, ainda, prevalece o sistema misto. Entre nós, entretanto, tudo se passa de forma mais liberal, e o que é exceção ou mesmo proibido em outros países vem de merecer o irrestrito acolhimento por parte do legislador: a aprovação das contas e das demonstrações financeiras, dependente da votação da maioria simples dos presentes ao conclave e sem qualquer direito de oposição por parte da minoria, importa, por si só, na exoneração dos administradores e, com isso, impede (eficácia preclusiva) que contra eles sejam exercidas as pretensões indenizatórias da companhia. É evidente que assim não deveria ser e não faltam objeções sérias contra o efeito liberatório do quitus dado aos administradores. Em primeiro lugar, as demonstrações financeiras nem sempre exprimem com clareza a situação do patrimônio da companhia e as mutações ocorridas no exercício (LSA, art. 176), já que, embora a atual lei acionária tenha avançado em comparação à anterior, certos balanços ainda hoje continuam a ser 'logogrifos indecifráveis'. Existem, assim, sérios problemas de confiabilidade das informações, em parte amenizados em companhias sujeitas à realização de auditorias independentes (ainda que recentes e rumorosos escândalos no mercado de capitais, brasileiro e estrangeiro, tenham representado forte golpe na credibilidade desses profissionais). Em segundo lugar, os acionistas (não raras vezes simples investidores) não têm conhecimentos técnicos suficientes para interpretar as demonstrações financeiras, para delas extrair juízo crítico sobre a gestão. Em terceiro lugar, as demonstrações financeiras apresentam o resultado global das operações praticadas pela companhia. Não trazem qualquer informação respeito do resultado e das condições de operações isoladas. Não indicam as suas causas. E nelas não se divisa ato que, honestamente, se pudesse qualificar de prestação de contas. Além disso, o lucro geral do exercício pode facilmente mascarar grandes perdas e desvios. Da mesma forma, o prejuízo isoladamente considerado não demonstra a desonestidade do administrador. Em quarto lugar, mesmo com um mês de antecedência (LSA, art. 133), os acionistas não tem condições de interar-se de todas as particularidades das operações sociais e, muitas vezes, apenas na própria assembleia geral vêm a ser (mal) informados pelos administradores sobre certos acontecimentos, não havendo tempo disponível para reflexão profunda. Em quinto lugar, é chocante admitir que alguém possa passar recibo por atos e operações de que sequer tem conhecimento, e, de futuro, ficar impedido de livremente agir ao tomar conhecimento da desonestidade³⁴ e do gestor. Muito mais se poderia dizer, mas, por ser tão manifesta a péssima escolha do legislador, isso nem seria mesmo necessário. Ficam a nossa crítica e o voto de esperança de que o tema venha a merecer reforma por parte do legislador pátrio."³⁵

Ainda sobre esta questão do quitus facilitado, José Edwaldo Tavares Borba ressalva que, segundo seu entendimento, a aprovação das contas financeiras

³⁴ *Op. cit.*, págs. 255-256.

³⁵ *Op. cit.*, págs. 253-254.

não impede a responsabilização dos administradores pelas irregularidades que os acionistas vierem tomar conhecimento em momento posterior à assembleia de aprovação de tais contas:

"A exoneração dos administradores, que decorre da aprovação das demonstrações financeiras, é relativa e aparente, pois tudo aquilo que tenha escapado ao conhecimento dos acionistas, e que seja substancial, posto que suficiente para demovê-lo de aprovar as contas, caracterizará uma hipótese de erro, consequenciando a reabertura do problema, para efeito de responsabilização dos envolvidos. Acresce a circunstância de que as demonstrações financeiras são elaboradas pelos administradores, o que propiciará grandes facilidades para o cometimento de dolo, mediante a preparação de um balanço enganoso. Pode-se, então, concluir que a aprovação das demonstrações financeiras não inibe a responsabilização dos administradores pelas irregularidades que, posteriormente à assembleia, vierem à ciência dos acionistas."³⁶

Nada obstante, fato é que, hoje, de acordo com a Lei das S/A, a aprovação das demonstrações e das contas exonera integralmente os administradores de qualquer responsabilidade decorrente de seus atos.

Todavia, ainda de acordo com a Lei das S/A, poderá a deliberação de aprovação das demonstrações financeiras e das contas ser desconstituída nos casos de erro, dolo, fraude ou simulação (LSA, art. 134, § 3º), que são defeitos ou causas de invalidade dos atos jurídicos³⁷:

"§ 3º A aprovação, sem reserva, das demonstrações financeiras e das contas, exonera de responsabilidade os administradores e fiscais, salvo erro, dolo, fraude ou simulação (artigo 286)."

A desconstituição da aprovação das demonstrações financeiras e das contas deverá ser realizada por meio da ação prevista no art. 286 da Lei das S/A, no prazo decadencial de 02 (dois) anos, contados da deliberação em questão:

"Art. 286. A ação para anular as deliberações tomadas em assembléia-geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação, prescreve em 2 (dois) anos, contados da deliberação."

³⁶ BORBA, José Edwaldo Tavares. Direito societário. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, n. 153, pp. 382-383.

³⁷ Erro (CC, arts. 138 a 144), dolo (CC, arts. 145 a 165), fraude (CC, art. 166, VI) e simulação (CC, art. 167) - a simulação e a fraude à lei importam na nulidade absoluta do negócio jurídico.

Acerca do tema, escreveu Trajano de Miranda Valverde:

"(...) A deliberação da assembléia geral ordinária, que aprovou o balanço das contas da diretoria pode ser anulada (art. 156), quando eivada de erro, dolo, fraude, simulação (...) Em qualquer dos casos, é manifesto que a deliberação da assembléia geral que aprovou o balanço e as contas foi obtida por meio de atos, processos ou expedientes a deliberação. Tanto a sociedade como qualquer acionista poderão pleitear, judicialmente a anulação da deliberação."³⁸

Interessante mencionar que, durante a pesquisa realizada para desenvolvimento do presente estudo, foi possível observar que grande parte dos julgados que envolviam a ação de responsabilidade civil contra administrador de sociedade anônima acabaram não analisando o mérito da demanda, em virtude da inexistência desta prévia anulação da assembleia, via ação prevista no art. 286 da Lei das S/A, acima mencionada.

O Superior Tribunal de Justiça, aliás, possui entendimento bastante rígido acerca da matéria, no sentido de inviabilizar a ação de responsabilidade civil prevista no art. 159 da Lei das S/A por ausência de prévia anulação da assembleia que aprovou as contas eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação, dentro do prazo bienal da ação do art. 286:

"AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL SOCIEDADE ANÔNIMA. NECESSIDADE DE PRÉVIA AÇÃO DE ANULAÇÃO DA ASSEMBLÉIA DE APROVAÇÃO DE CONTAS. PRESCRIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. APLICAÇÃO DA MULTA DO ARTIGO 557, § 2º DO CPC.

1. Ação de responsabilidade. Prescrição: o entendimento dominante neste STJ é de que, para propositura da ação de responsabilidade civil contra os administradores, é necessária a prévia propositura da ação de anulação da assembléia de aprovação de contas da sociedade no prazo bienal previsto no artigo 286 da Lei 6.404/76. A partir do trânsito em julgado da sentença que acolher a anulação é que começa a fluir o prazo trienal para a ação de responsabilidade.

2. Agravo regimental ao qual se nega provimento."³⁹

"Direito Comercial. Sociedade por ações. Ação anulatória de deliberação de assembléia geral e ação de responsabilidade do administrador. Prescrição. Contagem do prazo. Lei nº 6.404, de 15/12/1976, arts. 134, § 3º, 159, 286 e 287, II, b, 2. Interpretação.

I – Considera-se prescrita a ação de responsabilidade de administrador que teve suas contas aprovadas sem reservas pela assembléia geral, se esta não foi anulada

³⁸ *Sociedade por Ações*, Edição Revisada Forense, Rio de Janeiro, 1953, Vol. II, págs. 140/141.

³⁹ AgRg no Ag 640.050/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19/5/2009, DJe 10/6/2009.

dentro do biênio legal, mas só posteriormente, por deliberação de outra assembléia geral, a partir de cuja publicação da ata se pretendeu contar o triênio extintivo.

II – Ofensa aos citados textos legais caracterizada.

III - Recurso especial conhecido e provido."⁴⁰

"AGRAVO REGIMENTAL - SOCIEDADE ANÔNIMA - APROVAÇÃO SEM RESSALVAS DAS CONTAS PELA ASSEMBLÉIA GERAL - PRÉVIA ANULAÇÃO DO ATO DE APROVAÇÃO PARA EVENTUAL RESPONSABILIZAÇÃO DO ADMINISTRADOR - NECESSIDADE - AGRAVO IMPROVIDO.

1. Salvo se anulada, a aprovação das contas sem reservas pela assembléia geral exime os administradores de quaisquer responsabilidades. 2. Agravo regimental improvido"⁴¹

"COMERCIAL. PRESCRIÇÃO. SOCIEDADE ANÔNIMA. APROVAÇÃO DAS CONTAS DOS ADMINISTRADORES. A aprovação das contas pela assembléia geral implica quitação, sem cuja anulação os administradores não podem ser chamados à responsabilidade. Recurso especial não conhecido."⁴²

Em alguns julgados, inclusive, o Superior Tribunal de Justiça assevera que o prazo trienal para a ação de responsabilidade começa a fluir a partir do trânsito em julgado da sentença que acolher a anulação da assembleia que aprovou as contas viciadas:

"AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL SOCIEDADE ANÔNIMA. NECESSIDADE DE PRÉVIA AÇÃO DE ANULAÇÃO DA ASSEMBLÉIA DE APROVAÇÃO DE CONTAS. PRESCRIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. APLICAÇÃO DA MULTA DO ARTIGO 557, § 2º DO CPC.

1. Ação de responsabilidade. Prescrição: o entendimento dominante neste STJ é de que, para propositura da ação de responsabilidade civil contra os administradores, é necessária a prévia propositura da ação de anulação da assembléia de aprovação de contas da sociedade no prazo bienal previsto no artigo 286 da Lei 6.404/76. A partir do trânsito em julgado da sentença que acolher a anulação é que começa a fluir o prazo trienal para a ação de responsabilidade."

2. Agravo regimental ao qual se nega provimento" ⁴³

Neste mesmo sentido tem sido o entendimento do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

⁴⁰ REsp 256.596/SP, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/2001, DJ 18/06/2001, p. 150.

⁴¹ AgRg no Ag 950.104/DF, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 19/3/2009, DJe 30/3/2009.

⁴² REsp 257.573/DF, Rel. Ministro WALDEMAR ZVEITER, Rel. p/ Acórdão Ministro ARI PARGENDLER, TERCEIRA TURMA, julgado em 08/05/2001, DJ 25/06/2001, p. 172.

⁴³ AgRg no Ag 640.050/RS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 19/5/2009, DJe 10/6/2009.

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. Ação de responsabilidade. Insurgência contra decisão que indeferiu a preliminar de ilegitimidade passiva dos réus e inépcia da inicial e deferiu a prova pericial contábil, transferindo a análise da necessidade de produção prova testemunhal - Alegação de que a aprovação das contas em Assembleia implica em quitação aos administradores; necessidade de anulação das contas; a aprovação das contas por todos os administradores impede a propositura de ação de responsabilidade; foi outorgada quitação ao sócio Luiz que se estende a todos os sócios Nos termos do art. 134, § 3º, da Lei 6404/76, a aprovação, sem reserva, das demonstrações financeiras e das contas, exonera de responsabilidade os administradores e fiscais, salvo erro, dolo, fraude ou simulação. A aprovação da propositura da ação de responsabilidade permite concluir que as atas anteriores em que houve aprovação de contas foram anuladas administrativamente pela assembleia - Quitação das contas de um dos sócios dada pela Volo do Brasil, sociedade diversa, que não se aproveita os demais sócios da VarigLog Decisão mantida - Recurso improvido."⁴⁴

"SOCIEDADE ANÔNIMA - Anulação de deliberação de assembléias gerais ao fundamento de que eivadas de dolo, mediante descabido aumento de capital buscando pulverizar a participação da apelante no ente social - Reconhecimento da prescrição bienal, do artigo 286 da lei 6404/76 - Apelo ao fundamento de que, porque pleiteadas concomitantemente perdas e danos, o prazo prescricional seria outro, de três anos, do artigo 287, II, "b", do mesmo diploma - Descabimento, o pedido indenitário meramente consequencial à anulação não decretada - Apelo improvido"⁴⁵

Vale a pena mencionar, ainda, que o próprio Supremo Tribunal Federal já enfrentou esta questão, nos autos do REsp 257.573/DF, de relatoria do Ministro Rodrigues Alckmin, ocasião em que consignou o seguinte:

"(...) O objetivo expresso na inicial só poderia ser intentado depois de anulada, previamente, a deliberação da assembléia. É a lição de Cunha Peixoto (...) a aprovação das contas dos administradores pela assembléia geral impede que se promova a ação de responsabilidade civil contra os diretores, a não ser que se anule, primeiramente, o ato da assembléia eivado de qualquer vício de erro, dolo, fraude ou simulação (...)"

Em junho de 2012, o Superior Tribunal de Justiça julgou um caso bastante interessante envolvendo ação de responsabilidade civil contra administrador. Foi o REsp nº 1.313.723/SP, de relatoria do Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, da 3ª Turma.

Em síntese, a companhia ingressou com ação de responsabilidade civil

⁴⁴ TJSP, Agravo de Instrumento nº 0280024-51.2011.8.26.0000, da 7ª Câmara de Direito Privado, Des. rel. Ramon Mateo Júnior, j. 17.10.2012.

⁴⁵ Apelação nº 0147996-95.2006.8.26.0000, 8ª Câmara de Direito Privado, Des. rel. Luiz Ambra, j. 30.03.2011.

contra diretor financeiro que teria dado causa a prejuízos para a empresa, em razão de operações (derivativos) de riscos não autorizados.

Em primeiro grau, a ação foi julgada extinta por ausência de pressuposto obrigatório para o regular desenvolvimento do feito, consistente na anulação da assembleia que aprovou as contas da administração. A companhia interpôs recurso especial.

Por ocasião do julgamento do referido recurso, o Ministro Relator consignou o seguinte:

"III - Da exoneração da responsabilidade civil do recorrido

Quanto à ação de responsabilidade por dano causado pelo administrador de sociedade por ações, estatui o artigo 159 da Lei no 6.404/76, sob a rubrica de "Ação de Responsabilidade":

Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembléia geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio.

§ 1.º A deliberação poderá ser tomada em assembléia geral ordinária e, se prevista na ordem do dia, ou for consequência direta de assunto nela incluído, em assembléia geral extraordinária.

O conflito dos autos surge em relação ao artigo 134, § 3o, da referida norma, ao prescrever que "A aprovação, sem reserva, das demonstrações financeiras e das contas, exonera de responsabilidade os administradores e fiscais, salvo erro, dolo, fraude ou simulação (art.286)".

Na presente hipótese, que se refere à exoneração de responsabilidade civil do recorrido, decidiu o Tribunal que

'(...) Em 6.4.2009 a Assembleia Geral Extraordinária (AGE) aprovou o ajuizamento da ação contra o recorrente, sendo que em 27.4.2009, os acionistas se reuniram (AGO) e aprovaram, sem reservas, as contas. (...)

Considera-se que o acesso à ordem jurídica deve ser irrestrito (art. 5o, XXXV, da CF), sendo essa uma verdade constitucional impeditiva de interpretações que, na dúvida, retirem do litigante o seu interesse e a sua legitimidade de ir a Juízo postular reparação de direitos lesados. A lei introduziu uma ressalva nas ações de responsabilidade civil que são movidas pela companhia contra os administradores, condicionando o seu exercício a uma prévia e transparente posição democrática (votação em assembleia) e, no caso em apreço, surgiu uma incerteza por uma incoerência nas deliberações. A primeira foi no sentido de autorizar a ação uti universi e a outra, quando examinadas as contas (AGO), deliberou-se aprovar as contas, sem reservas.

Caso a ação tivesse sido ajuizada no interregno entre as duas assembleias não caberia controverter sobre a primazia da vontade declarada na assembleia extraordinária (de 6.4.2009). Porém e porque a ação foi promovida em junho, ou seja, dois meses depois de ter sido realizada a assembleia ordinária (27.4.2009) que, sem ressalvas, aprovou as contas da administração, é forçoso reconhecer que quando protocolizada a inicial não existia mais autorização para demandar o ex-diretor.

As declarações de pessoas coletivas são interpretadas mediante fatores objetivos, exatamente porque o art. 134, § 3o, da Lei 6404/76, estabelece que a 'aprovação, sem reserva' das demonstrações financeiras e das contas exonera de responsabilidade os administradores e fiscais, salvo erro, dolo,

fraude ou simulação'. O texto é de incidência internacional e foi admitido, na Itália (...). Os escritores entraram na discussão levantada por De Gregório, que repudiava a conclusão simplista de que a mera aprovação das contas exonera o administrador culpado e reafirmaram que a assembleia, ao aprovar os balanços apresentados sem um anexo contendo a contestação dos atos praticados, assume o risco e imputa a si mesmo o dano causado pelo seu mandatário (obra citada, p. 239, § 379 - bis).

Chama atenção o desmembramento das assembleias, embora não caiba afirmar a impropriedade de convocar os acionistas para, de forma extraordinária, votar sobre a responsabilidade do administrador, embora o mais coerente e democrático seria inserir a matéria na ordem do dia da assembleia geral ordinária, porque decorrência da questão principal a ser votada (...).

O tema (responsabilidade) seria propício para debate junto da aprovação de contas, em virtude da singularidade da operação e da condição subalterna do sujeito a ser investigado para reparar os danos da sociedade, de modo que é muito mais evidente que, quando os acionistas tomaram conhecimento da oportunidade de aprovarem as operações (com ressalva ou sem a reserva da ação ainda não ajuizada) deliberaram encerrar a questão que colocaria o recorrente como exclusivo estrategista de operações que sempre foram praticadas com beneplácito da companhia e que, em virtude de mudança de política cambial, inverteu o resultado ganhando nocividade financeira. E isto pode estar, de alguma maneira, ao rumo da investigação aberta pela CVM, cujo relatório, de 7.12.2009, atribuiu responsabilidade ao recorrente e a mais 13 integrantes da Sadia, inclusive Walter Fontana Filho, Presidente do Conselho de Administração e membro do Comitê Financeiro da Sadia (fl. 2893). O encerrar o caso não é, portanto, deliberação sem causa, de modo que dar como exonerados os administradores (e não só o diretor, ora recorrente) integra plano de política empresarial que urge respeitar.

O fato é que a licença da assembleia para a companhia agir contra o administrador significa, sempre, uma rejeição das contas e uma condenação, que deveria ser pormenorizada, do administrador acusado de mentor do ato danoso não autorizado e se revela incompatível com o desejo de processar ou acusar, o fato de menos de trinta dias serem aplaudidas as contas, sem uma denúncia formal de que persistiria a responsabilidade do recorrente diante das operações e do resultado financeiro aprovado.

(...)

O que vale é a segunda assembleia (ordinária) quando, examinada a operação desastrosa com derivativos diante do contexto global da companhia, atos pretéritos e estrutura financeira organizada para recepcionar tais derivativos, concluiu-se que o melhor seria encerrar o conflito e não criar a lide.

Esse o interesse da companhia declarado por expressão vinculativa, o que implica afirmar que o recorrente está livre da responsabilidade que se lhe quer imputar.

Veja-se que essa fragmentação de reuniões implicou na eliminação (porque afastado da companhia) do direito do recorrente apresentar perante os acionistas, suas justificativas e ordens de aprovação para agir da forma como procedeu. É de boa ordem que se permitisse a palavra do diretor acusado de responsabilidade pelo prejuízo, como determina o art. 134, § 1º, da LSA, o que não se verificou."

Ao final, negou provimento ao recurso para, na forma do art. 267, IV, do Código de Processo Civil, julgar extinta a ação, por falta de pressuposto obrigatório para o desenvolvimento da ação de responsabilidade civil *ut universi*.

Com efeito, conforme será analisado no próximo capítulo, estas exigências da Lei das S/A acabam dificultando - e muito - o regular processamento desta modalidade de ação de responsabilidade civil, contribuindo, como bem destacado por Marcelo Vireira Von Adamek, com a impunidade destes administradores faltosos, que estão resguardados pela disposição do § 3º do art. 134 da Lei das S/A.

2.4. As condições da ação, em especial a legitimidade ad causam

O Código de Processo Civil prevê serem condições da ação (i) a legitimidade (CPC, arts. 3º e 6º), o interesse de agir (CPC, arts. 3º e 4º) e a possibilidade jurídica do pedido (CPC, art. 267, VI).

As condições da ação, conforme destaca José Frederico Marques "*são requisitos ou pressupostos para que se profira decisão de mérito*"⁴⁶, de tal sorte que presença concomitante destes 03 (três) elementos é indispensável não apenas no início do processo, mas até o julgamento de mérito.

Objetivamente, haverá interesse de agir sempre que existir o binômio necessidade e adequação/utilidade. Nas palavras do Prof.º Cândido Rangel Dinamarco, "*só há interesse-necessidade quando, sem o processo e sem o exercício da jurisdição, o sujeito seria incapaz de obter o bem desejado*."⁴⁷

Conforme visto nos itens acima, a ação de responsabilidade civil contra administrador pressupõe a existência da prévia deliberação assemblear (LSA, art. 159, *caput*).

Se positiva, legitimará a iniciativa da própria companhia ou, uma vez verificada a sua inércia por mais de 3 (três) meses, de qualquer acionista, na condição de substituto processual.

⁴⁶ MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito processual civil*. v.2, 13ª edição, n.271, 1990, pp. 38-39.

⁴⁷ DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 2, n. 544, 5ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 305.

Caso seja deliberada a não propositura da medida, esta negativa possibilitará a propositura de ação social derivada por parte de acionistas que representem, no mínimo, 5% (cinco por cento) do capital social (LSA, art. 159, § 4º).

Para grande parte da doutrina, a prévia deliberação assemblear constitui verdadeiro pressuposto da legitimação para agir⁴⁸ - inclusive, da própria companhia na ação social *ut universi*.

Defensor de tal entendimento, Luiz Gastão Paes de Barros Leães sustenta que,

"para propor ação social - *uti universi* ou *uti singuli* - é necessário que o autor preencha a condição de legitimidade ativa estabelecida pela lei do anonimato: prévia deliberação da assembléia geral (...). A condição de legitimidade para agir, em todas as hipóteses, é, portanto, apenas uma: a existência de prévia decisão da assembléia geral deliberando promover - ou não promover - a ação."⁴⁹

Já para Marcelo Vieira Von Adamek, a deliberação assemblear não constitui mais do que um dos dos pressupostos para o reconhecimento da

⁴⁸ "A legitimação processual classifica-se em duas espécies básicas: ordinária e extraordinária. Há legitimação ordinária quando coincidem as posições do titular do direito material (ou, ao menos, do que assim se intitula) e daquele que atua em juízo. Eventualmente, porém, a lei outorga legitimidade a quem, por definição, não integra a relação de direito material. Esta excepcional dissociação entre o titular do direito material e aquele que atua em juízo decorre de motivos de conveniência. A esta legitimidade se chama de extraordinária, gênero do qual a substituição processual e a representação são espécies. A legitimidade extraordinária classifica-se em autônoma ou subordinada. Na legitimidade extraordinária autônoma, a pessoa estranha ao objeto litigioso atua em nome próprio, no processo, e com absoluta independência em relação ao legitimado ordinário. Já a legitimidade extraordinária subordinada não habilita a pos- tular em juízo de modo independente, senão na companhia de outro legitimado ordinário ou extraordinário.

Por sua vez, a legitimidade extraordinária autônoma pode ser exclusiva ou concorrente. Será exclusiva quando a lei exclui a participação do titular do direito – por exemplo, somente o agente fiduciário dos debenturistas, a teor do art. 68, § 3o, da Lei nº 6.404/76, pode ir a juízo; e concorrente quando se legitimam, a um só tempo, o titular do objeto litigioso (legitimado ordinário) e alguma outra pessoa, estranha àquele objeto. Neste tipo de legitimação extraordinária autônoma, embora seja permitido ao legitima- do ordinário demandar e ser demandado, a lei confere idêntico direito a outrem em seu lugar. Por vezes, o legitimado extraordinário tem a qua- lidade para demandar desde logo, a exemplo da legitimidade do Ministério Público para pleitear a decretação da nulidade do casamento, que concorre com a dos cônjuges e de qualquer inte- ressado (art. 1.549 do CC/02). Em outros casos, o legitimado extraordinário concorrente supre a inércia do legitimado ordinário, configurando a legitimidade subsidiária. Exemplo clássico des- ta última hipótese reside na possibilidade de o Ministério Público executar a sentença condena- tória emitida em ação popular movida pelo cidadão que, após sua vitória, permaneceu inerte (art. 16 da Lei nº 4.717/65)." ALVIM, Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil - Vol. I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 10-11.

⁴⁹ p. 468.

legitimidade extraordinária:

"De que a prévia deliberação assemblear tem relação com a legitimação para agir na ação social *ut singuli*, em qualquer de suas modalidades (LSA, art. 159, § 3º ou 4º, é realidade que não se poderia discutir, pois é sempre a partir da citada deliberação assemblear (positiva ou negativa) que se definem as balizas para o reconhecimento da legitimação extraordinária dos sócios. Todavia, mesmo nessa situação exclusivamente aplicável à ação social *ut singuli* (e que não é válida para a ação social *ut universi*), a deliberação assemblear, em si, não constituiria mais do que um dos pressupostos (e não o único) para o reconhecimento da legitimação ativa extraordinária."⁵⁰

Este mesmo autor assevera, ainda, não haver como se estabelecer o vínculo entre a prévia deliberação assemblear e a legitimação da própria companhia para ingressar com ação de responsabilidade contra administrador, haja vista que, independentemente da aludida deliberação assemblear, sempre haverá a relação de pertinência subjetiva, sendo impossível, desta forma, se falar em ilegitimidade da companhia:

"De fato, quando se trata da ação social de iniciativa da própria companhia, não há como estabelecer o vínculo entre a prévia deliberação assemblear e a sua legitimação ordinária para agir, pela boa e simples razão de que a existência ou não da deliberação em nada modifica a questão da relação de pertinência subjetiva da ação. A própria companhia, na condição de titular do direito material litigioso, não poderia jamais ser reputada parte ilegítima para agir somente porque não houve uma prévia deliberação assemblear, nem o ato colegial poderia em si modificar a situação material subjacente, ou seja, a companhia não passa de parte ilegítima para legítima por efeito da deliberação adotada internamente por um de seus próprios órgãos."⁵¹

Prossegue dizendo ainda, que, nestes casos, a extinção sem julgamento de mérito não pode se dar em razão de ilegitimidade *ad causam*, mas sim de alguma outra condição da ação:

"Quando o juiz porventura extingue sem julgamento do mérito o processo da ação social por falta de prévia deliberação assemblear, fá-lo unicamente porque a parte deixou de praticar o ato prévio especial estabelecido em lei para a propositura da demanda. É certo que o faz por falta de alguma outra condição da ação. Ora, se não se cuida em todos os casos da legitimação para agir (ressalvada aquela vinculação, entre a deliberação e as balizas da substituição processual, existente exclusivamente na ação social *ut singuli*), qual seria a condição da ação envolvida: a possibilidade jurídica da demanda ou o interesse de agir?"

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 432.

⁵¹ *Op. cit.*, p. 433.

Na visão de Vicente Greco Filho, os requisitos prévios estabelecidos em lei para a propositura de certas demandas estariam mais ligados com a possibilidade jurídica do pedido, e não com a legitimidade ou interesse de agir:

"Não há dúvida de que eles condicionam o exercício da ação e, necessariamente, devem ser enquadrados como manifestações de uma das categorias acima referidas: ou são pertinentes à possibilidade jurídica do pedido, ou pertinentes ao interesse processual. No Brasil, a doutrina mais abalizada prefere considerá-los como condicionantes da possibilidade jurídica do pedido, ou seja, o pedido não é juridicamente possível se não cumprida, previamente, a exigência legal."⁵²

Entendimento diverso foi sustentado por Eduardo Andrade Ribeiro de Oliveira para quem a necessidade de prévia deliberação assemblear não se enquadra à hipótese de impossibilidade jurídica da demanda, na medida em que "*a ordem jurídica não veda o seu exame, embora o condicione*"⁵³ à prática de ato prévio.

Para Marcelo Vieira Von Adamek, tal exigência caracteriza o próprio interesse de agir: a propositura da ação social sem a prévia deliberação assemblear torna a iniciativa da sociedade inadequada à situação concreta, segundo a lei.⁵⁴

Seja por configurar ausência de interesse de agir, ilegitimidade ou impossibilidade do pedido, fato é que a ausência de prévia deliberação assemblear importa na extinção do processo sem julgamento de mérito (CPC, art. 267, VI).

Nada impede, entretanto, que, mesmo que no momento da propositura da ação tal deliberação não tenha ocorrido, a parte autora venha a cumprir tal exigência no curso do processo, não havendo que se falar, nesta ocasião, em extinção do processo (CPC, art. 462).

Vale a pena mencionar, neste contexto, que esta última situação pode

⁵² GRECO FILHO, Vicente. Direito processual civil brasileiro. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 1992, v.1, n. 14.3, p. 86.

⁵³ OLIVEIRA, Eduardo Andrade Ribeiro de. *Condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido*, RP 46/46.

⁵⁴ *Op. cit.*, p. 435.

ocorrer, sobretudo nos casos em que a ação de responsabilidade contra administrador venha a ser proposta como ação principal de medida cautelar preparatória (CPC, arts. 806 e 808, I).⁵⁵

No que diz respeito à legitimação ativa *ad causam* ordinária para a ação social de responsabilidade civil contra administradores está será da companhia.

Nas palavras de Luiz Gastão Paes de Barros Leães "*[é] natural, pois à sociedade, como pessoa jurídica com aptidão para adquirir direitos e contrair obrigações, é que cabe prioritariamente defender a integridade do seu próprio patrimônio.*"⁵⁶

Com efeito, caberá aos diretores, na condição de titulares do órgão responsável pela administração da sociedade, outorgar poderes aos seus advogados para que a ação social seja proposta contra os administradores que causaram dano à companhia.

Nos termos da Lei das S/A, o dever de tomar as providências necessárias à propositura da ação de responsabilidade contra o administrador é sempre dos diretores.

Estes, inclusive, poderão eventualmente vir a serem responsabilizados, por descumprimento do dever de diligência, caso não proponham tal ação diante de situação em que houve dano à companhia causado por um administrador, conforme visto no item que tratava dos deveres gerais dos administradores.

Como visto, a legitimação ativa ordinária para a ação social cabe, portanto, à própria companhia.

A Lei das S/A, porém, prevê 2 (duas) situações excepcionais em que os acionistas poderão agir em juízo no interesse da sociedade, podendo exercer, em

⁵⁵ Exemplo extraído da obra de FRANZONI, Massimo. *La responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, n. 22, pp. 70-71.

⁵⁶ *Op. cit.*, p. 437.

juízo, pretensão da própria companhia (LSA, art. 159, §§ 3º e 4º). Em ambos os casos, o legislador atribuiu aos acionistas a legitimação extraordinária *ad causam*, sob a forma de substituição processual.

No direito processual civil brasileiro, essa substituição processual resulta somente da lei ou do sistema jurídico, haja vista que *"[n]inguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei."*⁵⁷

Em comentário ao referido dispositivo legal, o Profº Arruda Alvim explica como se dá esta substituição processual:

"[2. Substituição processual] Do art. 6º resulta o conceito de substituição processual: trata-se da legitimidade, conferida pela lei, de postular em juízo, em nome próprio e na condição de parte principal, o direito alheio. Não se pode compreender, normalmente, que alguém pleiteie direito de outrem, em seu próprio nome, exceto nas hipóteses expressamente autorizadas em lei. Deve haver, desta forma, como regra geral, coincidência entre o titular que exerce o direito de ação, e esse mesmo, que se afirma como titular do direito material. No entanto, admite o art. 6º que, em havendo autorização legal (substituição processual 'legal'), seja admitido alguém em juízo, para discutir pretensão de outrem, ou alheia. O direito brasileiro, conquanto tenha acolhido o instituto da substituição processual, no sistema do CPC, o fez restritivamente, de forma a que a ocorrência efetiva de substituição será sempre excepcional, ou seja, só nos casos em que a lei expressamente o admita. Consequentemente, devemos advertir, liminarmente, há que se afastar a ideia da chamada substituição processual voluntária, que, na doutrina do Código/39, era, por alguns, admitida. A legitimação extraordinária é gênero, de que a substituição processual é espécie. Encarta-se, também, nesse gênero, a representação, em que o representante age em prol de direito alheio, fazendo-o em nome do titular do direito por ele afirmado. Há, pois, uma autêntica dissociação, na titularidade, no que tange ao direito de ação, em relação ao direito material afirmado. Materialmente, é um o titular, ou seja, no campo do direito substancial; no campo do processo, é outro o titular do direito de ação. Verificamos que o fenômeno da substituição consiste em atribuir-se a alguém a titularidade do direito de agir 'anormalmente', entendida esta como decorrente de uma exceção genericamente aberta pela regra do art. 6º. A exceção, propriamente dita, demanda lei que a preveja."⁵⁸

A substituição processual é deferida a quem tem algum tipo de interesse indireto sobre a situação do substituto ou, em outras palavras, a favor de quem presumivelmente irá assim atuar de maneira diferente - tal como ocorre com o acionista em relação à companhia.

⁵⁷ Código de Processo Civil, art. 6º.

⁵⁸ ALVIM, Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil - Vol. I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 11.

Na ação social de responsabilidade civil, a legitimidade passiva nunca é do órgão, mas sempre do titular do órgão de administração, seja do conselho ou da diretoria

CAPÍTULO 3 - PROBLEMÁTICAS DE ORDEM PROCESSUAL QUE IMPEDEM A ANÁLISE DO MÉRITO DAS AÇÕES DE RESPONSABILIDADE CIVIL DO ART. 159 DA LEI DAS S/A

3.1. O aparente conflito de normas existente entre os arts. 159 e 134, § 3º e 286 da Lei das S/A e sua implicação processual

A ação de responsabilidade civil prevista no art. 159 da Lei das S/A é a aquela que visa a recomposição do patrimônio da sociedade que sofreu prejuízo em virtude da prática de atos lesivos pelo administrador ou ex-administrador, contrários ao estatuto social e à lei aplicável.

Apesar de se tratar de responsabilidade civil *lato senso*, esta modalidade de ação societária possui uma série de especificidades vistas nos itens acima.

A legitimidade ativa *ad causam* da companhia ou de seus acionistas só se configura se houver prévia deliberação assemblear para autorizar - ou não - a propositura da ação.

No caso da deliberação restar positiva, a companhia terá legitimidade para ingressar com tal ação (ação *ut universi*) ou, se não o fizer no prazo de 3 (três) meses, qualquer acionista poderá fazê-lo, na condição de substituto processual derivado (ação *ut singuli*).

Caso seja deliberada a não propositura da ação, nesta hipótese, terá legitimidade o acionista ou grupo de acionistas que atingirem 5% (cinco por cento) do capital social da companhia - na qualidade de substituto processual originário (ação *ut singuli*).

Além da prévia deliberação assemblear, faz-se imprescindível para o regular processamento desta ação, a prévia anulação da deliberação que aprovou

as contas eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação.

Isto porque, conforme visto ao longo do presente trabalho, a lei acionária brasileira contém dispositivo expresso que libera os administradores de quaisquer responsabilidades, caso suas contas tenham sido aprovadas pelos acionistas em assembleia geral.⁵⁹

A ressalva, entretanto, fica restrita aos casos de erro, dolo, fraude e simulação, os quais deverão ser objeto de anulação por meio da ação prevista no art. 286 da Lei das S/A, que assim dispõe:

"Art. 286. A ação para anular as deliberações tomadas em assembléia-geral ou especial, irregularmente convocada ou instalada, violadoras da lei ou do estatuto, ou eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação, prescreve em 2 (dois) anos, contados da deliberação."

A problemática processual nasce exatamente aqui.

O art. 286 dispõe que a ação anulatória da deliberação que aprovou as contas viciadas prescreve em 2 (dois) anos contados da deliberação.

Conforme demonstrado no presente trabalho, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é bastante rígido no sentido de que, para propositura da ação de responsabilidade civil contra os administradores, é necessária a prévia propositura da ação de anulação da assembleia de aprovação de contas da sociedade, no prazo bienal previsto no artigo 286 da Lei das S/A.

Ou seja, qualquer caso que não tenha observado a prévia ação de anulação de aprovação de contas, no prazo de 2 (dois) anos previstos no art. 286 da Lei das S/A, será extinto ou por prescrição da pretensão indenizatória, por ausência de pressuposto processual para o regular processamento do feito ou, até mesmo, ou

⁵⁹ "Art. 134. Instalada a assembléia-geral, proceder-se-á, se requerida por qualquer acionista, à leitura dos documentos referidos no artigo 133 e do parecer do conselho fiscal, se houver, os quais serão submetidos pela mesa à discussão e votação.

[...]

§ 3º A aprovação, sem reserva, das demonstrações financeiras e das contas, exonera de responsabilidade os administradores e fiscais, salvo erro, dolo, fraude ou simulação (artigo 286)."

ilegitimidade passiva, ante a exoneração contida no § 3º do art. 134 da Lei das S/A.

Com efeito, da forma como está hoje, a lei acionária brasileira acaba permitindo, como bem destacou Marcelo Vireira Von Adamek em sua obra *Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as ações correlatas*, que administradores faltosos fiquem impunes, diante a exoneração total contida no § 3º do art. 134.

E a companhia, caso não consiga identificar os vícios dentro do prazo de 2 (dois) anos da deliberação e ingresse com ação anulatória de tais contas, terá de sofrer o prejuízo e não poderá recompor seu patrimônio.

Esta questão precisa ser revista para que não haja qualquer tipo de privilégio para estes administradores que agem de forma contrária aos interesses das companhia e da própria Lei das S/A.

Durante as pesquisas realizadas para elaboração do presente trabalho, foi possível verificar que muitas ações de responsabilidade civil contra administradores de sociedades anônimas acabam não tendo o seu mérito apreciado por esbarrar em uma das formalidades deste tipo de ação, sendo extintas sem julgamento de mérito, seja por ilegitimidade - ativa e passiva -, por prescrição ou por ausência de um dos pressupostos para o regular processamento do feito, em razão da ausência de prévia anulação da deliberação.

Mesmos estando presentes os requisitos necessários para configuração do dever de indenizar do administrador - ato ilícito, dano e nexo de causalidade -, as ações são extintas e a companhia não tem reconhecido o seu direito de ver ressarcido os prejuízos sofridos, em virtude da prática de atos lesivos por parte de seu administrador - ou ex-administrador.

Há evidente conflito de normas entre os arts. 159 e § 3º, art. 134 e 286.

Este prazo prescricional de 2 (dois) anos contados da deliberação deve ser compatibilizado com o prazo para o ingresso da ação de responsabilidade.

Dois exemplos que evidenciam de forma bastante clara a problemática da Lei das S/A no tocante à responsabilização dos administradores diz respeito aos casos de simulação e fraude.

Como visto, dentre os vícios que devem ser objeto da ação anulatória prevista no art. 286 da Lei das S/A, para posterior realização de pedido indenizatório com fundamento no art. 159 do referido diploma, estão a simulação e a fraude.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery definem simulação como sendo,

“celebração de um negócio jurídico que tem aparência normal, mas que não objetiva o resultado que dele juridicamente se espera, pois há manifestação enganosa de vontade. O propósito daqueles que simulam o negócio jurídico e estão em concerto prévio é enganar terceiros estranhos ao negócio jurídico ou fraudar a lei.”⁶⁰

Francesco Ferrara descreve o negócio simulado como sendo aquele que,

“tem uma aparência contrária à realidade, ou porque não existe em absoluto ou porque é diferente da sua aparência. Entre a forma extrínseca e a essência íntima há um contraste flagrante: o negócio que, aparentemente, é sério e eficaz, é, em si, mentiroso e fictício, ou constitui uma máscara para ocultar um negócio diferente. Esse negócio, pois, é destinado a provocar uma ilusão no público, que é levado a acreditar na sua existência ou na sua natureza, tal como aparece declarada, quando, na verdade, ou não se realizou um negócio ou se realizou outro diferente do expresso no contrato.”⁶¹

De acordo com o art. 167 do Código Civil, a simulação consiste em negócio nulo:

“Art. 167. É nulo o negócio jurídico simulado, mas subsistirá o que se dissimulou, se válido for na substância e na forma.
§ 1º Haverá simulação nos negócios jurídicos quando:
I - aparentarem conferir ou transmitir direitos a pessoas diversas daquelas às quais realmente se conferem, ou transmitem;
II - contiverem declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira;
III - os instrumentos particulares forem antedatados, ou pós-datados.

⁶⁰ NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pág. 371.

⁶¹ FERRARA, Francesco. *A simulação nos negócios jurídicos*, p. 51.

[...]"

E esta nulidade, conforme dispõe o art. 169 do Código Civil não é suscetível de confirmação: "*O negócio jurídico nulo não é suscetível de confirmação, nem convalesce pelo decurso do tempo.*"

Da mesma maneira, também consiste em negócio jurídico nulo aquele que tiver por objetivo fraudar a lei. É o que se verifica do art. 166 do Código Civil:

"Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando:
[...]
VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa. [...]"

Assim, verifica-se que tais nulidades decorrem do fato de que a redação dos arts. 167 e 166, VI, ambos do Código Civil de 10 de janeiro de 2002 acabaram, em verdade, por revogar, em parte, o disposto no art. 286 da Lei das S/A, de 15 de dezembro de 1976, ao prever ser nulo e não anulável o negócio jurídico simulado e fraudado.

Logo, qualquer ação de responsabilidade civil contra administrador que verse sobre atos simulados e/ou fraudados, não poderá ser extinta por ausência de pressuposto para o regular processamento da demanda, em virtude da não anulação da deliberação, por meio da ação anulatória do art. 286 da Lei das S/A, no prazo de 2 (dois) anos contados da deliberação.

Não há que se falar, portanto, em anulação, mas sim em nulidade e esta nulidade é imprescritível, podendo ser suscitada quando do ajuizamento da ação de responsabilidade civil.

Esta questão, entretanto, pelo que esta estudante pode observar das pesquisas realizadas para elaboração do presente trabalho monográfico, não foi enfrentada pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelos Tribunais Estaduais.

Como já dito, a maioria das ações de responsabilidade civil contra administrador de sociedade anônima são extintas, sem julgamento do mérito, por

ilegitimidade - ativa e passiva -, por prescrição ou por ausência de um dos pressupostos para o regular processamento do feito, em razão da ausência de prévia anulação da deliberação.

O objetivo do presente trabalho é o de justamente chamar atenção para esta situação, bem como para a necessidade de se alterar os dispositivos da Lei das S/A que tratam da ação de responsabilidade civil, relativizando a exoneração integral dos administradores hoje vigente e permitindo com que a ação de responsabilidade civil possa, também, englobar esta necessidade de prévia anulação/declaração de nulidade, observando o prazo prescricional desta última e não o de 2 (dois) anos previsto no art. 286 da Lei das S/A.

Vale a pena salientar, por fim, que a cumulação dos pedidos de anulação da deliberação que aprovou as contas dos administradores faltosos e o pedido de condenação ao pagamento dos prejuízos experimentados pela companhia é processualmente possível, como, inclusive, já reconheceu o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

“Verifica-se que não há vício na deliberação que autorizou a propositura da presente ação de responsabilidade e que é possível a cumulação de pedidos de anulação da deliberação que aprovou as contas dos administradores e a condenação à indenização por parte dos responsáveis. (...)
De outro lado, nem se fale em ilegitimidade ativa. Possui a companhia legitimidade de propor a ação, podendo e devendo requerer a anulação de atos que considere prejudicial a seu patrimônio. (...)
É, pois, parte legítima para requerer a anulação de aprovação de contas supostamente viciadas, referente a negócio jurídico superfaturado, e a responsabilização do administrador faltoso”.⁶²

Conforme mencionado logo no início do presente trabalho, este estudo não tem a menor pretensão de esgotar o tema, mas apenas de apontar alguns elementos objetivos acerca da parte processual desta modalidade de ação societária, bem como de provocar a reflexão sobre esta matéria que, ao menos para esta estudante, trata-se de assunto repleto de questões passíveis de discussão processual.

⁶² TJSP. Agravo de instrumento nº 575.383-4/0-00. 4ª Câmara de Direito Privado. Relator Desembargador Fabio Quadros. Julgado em 19.3.2009.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do presente estudo foram discutidas as especificidades da ação de responsabilidade civil prevista no art. 159 da Lei das S/A, assim como as suas implicações no processo civil.

Inicialmente, foram estudados os conceitos e principais características da sociedade anônima e os deveres e responsabilidades gerais dos administradores, de acordo com a Lei das S/A.

Também foram analisadas as 3 (três) modalidades de ações sociais (*ut universi* e *ut singuli*) e os requisitos essenciais ao regular processamento desta modalidade de ação societária.

Quanto à exigência de prévia deliberação assemblear para a propositura da ação prevista no art. 159 da Lei das S/A, verificou-se que seu principal objetivo é viabilizar a legitimidade ativa extraordinária dos acionistas em propor tal ação - seja na condição de substituto processual derivado, quando positiva a deliberação para propositura da medida, mas não ajuizada pela companhia no prazo de 3 meses ou, na condição de substituto processual originário, quando negativa referida deliberação.

Além deste requisito que está intimamente relacionado com a própria configuração da legitimidade *ad causam*, discutiu-se a necessidade de prévia anulação da deliberação que aprovou as contas eivadas de erro, dolo, fraude ou simulação.

A problemática processual evidenciada no presente estudo decorre sobretudo deste requisito específico que, na prática, tem impedido grande parte das ações de responsabilidade civil, ajuizadas contra administradores de sociedade anônima, de terem seu mérito apreciado.

Isto porque, conforme visto ao longo do presente trabalho, é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de ser inviável a responsabilização dos administradores que tiveram suas contas aprovadas, sem que tenha sido previamente anuladas por meio da ação prevista no art. 286, no prazo bienal contado da deliberação.

Com efeito, verificou-se que tal disposição acaba, em verdade, beneficiando estes administradores faltosos, que ficarão impunes, embora tenham praticado atos ilícitos, causando prejuízos à companhia.

A crítica que o presente trabalho faz é justamente quanto ao aparente conflito de normas existente entre os arts. 159 e 134, § 3º e 286 da Lei das S/A, bem como quanto à dificuldade em se ver uma ação de responsabilidade civil com fundamento no art. 159 da Lei das S/A ter seu mérito apreciado.

Esta exigência de prévia anulação da deliberação por meio da ação judicial prevista no art. 286 da Lei das S/A para que, somente então, possa-se ser viável a ação de responsabilidade civil do art. 159 do referido diploma é contra o princípio da celeridade processual e não pode, por óbvio, subsistir diante de situação de clara existência de ato ilícito, dano e nexo de causalidade.

Além do mais, há de se ressaltar que, conforme visto, de acordo com o Código Civil de 2002, a simulação e a fraude constituem negócio jurídico nulo e não anulável. Houve, portanto, a revogação parcial do disposto no art. 134, § 3º da Lei das S/A.

Consequência disso é que, ao menos para os casos em que houve simulação ou fraude, não há que se falar em necessidade de prévio ajuizamento da ação anulatória do art. 286 da Lei das S/A, podendo, tal nulidade - que é imprescritível -, ser arguida diretamente na ação de responsabilidade civil.

Quanto às demais situações de dolo e erro, que são vícios anuláveis por natureza, após estudo da matéria, a conclusão a que esta estudante chegou foi a de

que, assim como sustentado pelo Prof.^o Modesto Carvalhosa, a deliberação assemblear da propositura da ação de responsabilidade, por si só, deve ser suficiente para anular a aprovação das contas eivadas de vício.

A ação de anulação prevista no art. 286 da Lei das S/A é, portanto, desnecessária e acaba dificultando o processamento da ação de responsabilidade civil do art. 159, além de contribuir para a impunidade dos administradores que agiram em desrespeito ao estatuto social e à Lei das S/A.

Diante disso, no entender desta estudante, os dispositivos legais da Lei das S/A que tratam da responsabilidade civil dos administradores, notadamente os arts. 134, § 3º e 286, devem ser alterados para o fim de (i) relativizar a exoneração integral dos administradores que é vigente hoje e (ii) deixar de exigir a propositura de ação específica para anular a aprovação das contas viciadas como requisito para o regular processamento da ação de responsabilidade do art. 159 da Lei das S/A.

BIBLIOGRAFIA

- ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as ações correlatas*. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.
- ALVIM, Arruda. *Comentários ao Código de Processo Civil - Vol. I*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito societário*. 8ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, n. 153.
- CANNU, Paul Le, *Droit des sociétés*, n. 667.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas - 1º volume - Arts. 1º a 74*. São São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- _____. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas - 3º volume - Arts. 138 a 205*. São São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- _____. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas - 4º volume - Arts. 243 a 300*. São São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- CLEMENTE, Eduardo Silveira. *Direito societário concreto & outros estudos*, Campinas: Editora Russel, 2005.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Código comercial e legislação complementar anotados*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.
- CORDEIRO, Antônio Menezes. *Manual de direito das sociedades*. v. 1, 2ª edição, n. 291, 2007.
- COZIAN, Maurice. VIANDIER, Alain. *Droit des sociétés*, n. 746-747, pp. 249-250.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. 5ª edição, São Paulo: Malheiros, 2005.
- EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada. Volume I artigos 1º a 120*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2011.
- _____. *A Lei das S/A comentada. Volume II artigos 121 a 188*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2011.
- _____. *A Lei das S/A comentada. Volume III artigos 189 a 300*. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2011.
- FERRARA, Francesco. *A simulação nos negócios jurídicos*.
- FERREIRA, Waldemar Martins. *Compêndio de sociedades mercantis*, 2. ed. Rio de

Janeiro: Freitas Bastos, 1942.

FRANZONI, Massimo. *La responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*, n. 22.

GONÇALVES NETO, Alfredo de Assis. *Lições de direito societário*, v. II: Sociedade anônima, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, n. 96.

GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 7. ed., São Paulo: Saraiva, 1992, v.1, n. 14.3.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas. RDM 42/69-88.

LEAES, Luiz Gastao Paes de Barros. *A prévia deliberação assemblear como condição de legitimatio ad causam na ação social*. In Pareceres. São Paulo: Ed. Singular, v.I.

LUCENA, José Waldecy. *Das sociedades anônimas: comentários à lei (arts. 121 a 188)*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2009.

MARQUES, José Frederico. *Instituições de direito procesual civil*. 13ª ed., São Paulo: Saraiva, 1990.

NERY JUNIOR, Nelson. NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código Civil Comentado*. 7ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, Eduardo Andrade Ribeiro de. *Condições da ação: a possibilidade jurídica do pedido*, RP 46/46.

TOLEDO, Paulo Fernando Campos Salles de. *O Conselho de Administração na sociedade anônima*, 2. ed., São Paulo: Editora Atlas, 1999.