

ASPECTOS GERAIS SOBRE O DEVER DE REPARAÇÃO DE DANOS DOS ADMINISTRADORES E SOCIEDADES CONTROLADORAS NA LEI Nº 6.404/76

Larissa Quadros do Rosário¹

Resumo: O presente trabalho se trata de um estudo qualitativo sobre a responsabilidade civil de administradores e controladores de sociedades anônimas. Desenvolvido com base em levantamento bibliográfico e análise da legislação vigente, em especial Lei nº 6.404/76 e Lei nº 10.406/02, o artigo possui como objetivo de confirmar que a existência de uma conduta antijurídica, qualificada pelo dolo ou culpa, casualmente conexa a um dano gera a administradores e controladores o dever de reparar eventuais danos causados a uma sociedade. Na metodologia de estudo, utilizou-se principalmente fontes indiretas (livros, artigos e texto legislativo). Como resultado, identificou-se que a estrutura de responsabilidade de administradores e controladores de empresas é aquela usualmente identificada em casos cuja norma de regência é o Código Civil. Isto é: exige a existência de uma conduta antijurídica, qualificada pelo dolo ou culpa, casualmente conexa a um dano. Além disso, mapeou-se as peculiaridades materiais e processuais relacionadas ao sistema de responsabilidade em questão.

Palavras-Chave: Direito Societário; Responsabilidade Civil; Administradores; Controladores.

¹ Advogada, graduada em direito na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), especializada em direito empresarial pela escola de direito da FGV-SP (Fundação Getúlio Vargas de São Paulo), mestranda em Direito Econômico na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR).

1. INTRODUÇÃO



Um dos temas dentro do direito societário de extrema importância é a responsabilidade civil de administradores e controladores por danos causados à sociedade e acionistas. Afinal, por vezes a sociedade experimenta danos relevantes em razão da prática de determinados atos pelos seus administradores e controladores.

Nesse sentido, a adequada compreensão do tema não pode ser deixada de lado. Seja para os profissionais da área jurídica ou corporativa. Aos advogados em geral, é necessário compreender para orientar adequadamente clientes, ao atuarem em defesa dos interesses dos administradores, dos controladores ou, ainda, das companhias. Aos profissionais corporativos, é necessário compreender o padrão de conduta esperado e as implicações de eventuais desvios que possam vir a ocorrer.

É sempre importante manter em mente que tanto o administrador, quanto o controlador são figuras essenciais da companhia. Ao administrador cabe a prática de atos de gestão, direção e representação da sociedade². Por sua vez, aos controladores, compete justamente direcionar os atos de gestão que serão materializados pelo administrador, o que ocorre mediante concentração do poder decisório (de voto em assembleias gerais) em uma mesma pessoa ou grupo.³

Diante desse contexto, é importante observar que se a regra no âmbito do direito privado é de que aquele que causar um dano comete ato ilícito e, portanto, está sujeito à responsabilização (dever de reparação do dano causado), no direito societário a regra permanece. Há, porém peculiaridades quanto à caracterização das condutas enquanto antijurídicas, limitadores da

² PEDREIRA, José Luiz Bullhões; LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das companhias*. – Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 792.

³ PEDREIRA, José Luiz Bullhões; LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das companhias*. – Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 826.

responsabilidade, sujeitos legitimados a buscar a reparação por eventuais danos e, não menos importante, a via processual adequada para tanto, que precisam ser estudadas.

Pela relevância do tema, o presente artigo pretende analisar a legislação que rege o sistema de responsabilidade civil de administradores e controladores. Pretende-se validar, qualitativamente, que a estrutura de responsabilidade civil nestes casos possui os mesmos pressupostos da responsabilidade civil clássica, exigindo a existência de uma conduta antijurídica, qualificada pelo dolo ou culpa, casualmente conexa a um dano. Já os elementos caracterizadores da conduta antijurídica qualificada, podem ser identificados segundo os parâmetros de conduta definidos na Lei nº 6.404/76, também conhecida como “Lei de Sociedades por Ações” (doravante apenas “LSA”), e subsidiariamente pelo Código Civil (Lei nº 10.406/02).

A pesquisa segue uma abordagem qualitativa, por meio de um estudo bibliográfico e documental que pretende expor o panorama geral sobre a legislação vigente e a interpretação dos principais doutrinadores do ramo do direito societário.

2. ASPECTOS MATERIAIS SOBRE A RESPONSABILIDADE CIVIL DE ADMINISTRADORES E CONTROLADORES

2.1. DEVERES E RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES SEGUNDO A LEI DE SOCIEDADES POR AÇÕES

Os deveres e responsabilidade dos administradores são determinados em capítulo específico da LSA, do artigo 153 ao 158. Além desses dispositivos, o artigo 245 da Lei também trata da responsabilidade destes.

Por uma questão didática e lógica, primeiro deve-se compreender os aspectos gerais que norteiam os deveres dos

administradores para, depois, compreender a responsabilidade destes por danos causados à companhia e aos acionistas.

O primeiro dever prescrito na LSA é o dever de diligência. Previsto no art. 153, esse dever impõe que os administradores das sociedades atuem de forma proba e administrando-as como se seu próprio negócio fosse. Em outras palavras, a administração da sociedade deve ser realizada com cautela e o administrador deve ter atenção quando da tomada de decisão.

Além dos atributos básicos de *honestidade* e *boa-vontade* que se depreendem da necessidade de diligência, a doutrina leciona também ser imprescindível que os administradores possuam *competência profissional*, é dizer: expertise e qualificação para o desempenho da função.⁴ Assim, aquele que se dispõe a administrar uma sociedade deve possuir a necessária formação para tanto; o que também se conclui do disposto no artigo 152 da mesma lei que trata que a remuneração dos administradores deve considerar, entre outros elementos, a “*competência e reputação profissional*” destes.

A utilização do termo abrangente e genérico (“*diligência*”) pelo dispositivo legal é criticado pela doutrina. Ainda assim, não se pode negar que embora não expresse uma conduta única e objetiva, permite identificar o *padrão de conduta esperado*, que pode se modificar com o tempo e contexto social.

O dever de diligência imposto, portanto, não determina uma ação específica a ser realizada (ou não) pelos administradores, mas um parâmetro básico de conduta, um verdadeiro *padrão de comportamento*⁵. Na mesma linha Luiz Antonio de Sampaio Campos comenta:

“A diligência que se exige do administrador é a diligência

⁴ Em outras palavras, cumpre “*traduzir, em atos, planos e deliberações da assembleia geral, e na realidade eles, administradores, é que conhecem os segredos e a capacidade da empresa*”. (CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, vol. 3 – 6. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 368).

⁵ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, vol. 3 – 6. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 383.

ordinária; não se requer uma diligência excepcional. Da mesma forma, a diligência não é uniforme ou geral. Será um padrão de diligência caso a caso, levando-se em consideração as características da companhia, da decisão, do administrador, da informação disponível, do tempo, dos recursos disponíveis etc. Por isso é que se diz que a diligência não é só um critério abstrato e genérico, mas também relativo e adaptável às circunstâncias (RODOTÁ, 1964, p. 546). Sua aplicação deve ser concreta, à vista da realidade do caso.”⁶

A diligência, contudo, não é o único norte à atuação do administrador. A lei e o estatuto social também devem orientar a conduta destes, que independentemente da estrutura social se volta a uma finalidade principal: a realização do objeto social da forma mais eficiente o possível, mas sem esquecer a coletividade. Daí decorre o segundo dever dos administradores prescrito pela LSA, em seu artigo 154: a necessidade de observância dos *interesses da sociedade, do bem público e da função social*.⁷

Segundo Nelson Eizirik, à luz desse preceito, “os administradores devem exercer suas atribuições legais e estatutárias tendo em vista os fins e o interesse da companhia, ou seja, atuando para alcançar o desenvolvimento do objeto social da forma mais lucrativa o possível”.⁸ Por esse motivo é muito acertada a previsão do §1º do dispositivo ao impor que o administrador deve atuar de forma independente em relação àqueles que o nomearam, é dizer: sua atuação deve se dar sempre em benefício da companhia, sem outras motivações ou pretensões senão o desenvolvimento desta (vedação à atuação em conflito de interesses).

⁶ SAMPAIO, Luiz Antonio de Sampaio. In: PEDREIRA, José Luiz Bullhões; LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das companhias*. – Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1101.

⁷ Com precisão a doutrina explica que “por isto é que se diz que o administrador é dotado de um poder-função, porque o poder lhe é atribuído apenas para realizar o objeto social, atendendo o interesse social.” (SAMPALIO, Luiz Antonio de Sampaio. In: PEDREIRA, José Luiz Bullhões; LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das companhias*. – Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1111).

⁸ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada. Volume II – arts. 121 a 188*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 357.

Nesse tocante, a doutrina adverte que a função do administrador não se assemelha a um mero mandatário (da empresa ou daqueles que o elegeram⁹), em que pese atue na gestão do patrimônio da sociedade e possua o poder de representá-la. Os administradores atuam, na verdade, como um órgão da companhia. Se houver favorecimento de outros interesses (que não social) por estes, haverá desvio de poder.¹⁰

Além disso, de forma bastante clara, o artigo 154 prescreve em seu §2º algumas condutas expressamente vedadas aos administradores. São estas: a prática de atos de liberalidade em detrimento da companhia (ausência de contraprestação ou qualquer benefício à sociedade)¹¹, a concessão de proveitos em benefício próprio ou de terceiros às custas patrimônio desta, além da vedação de que o administrador receba vantagens pessoais (diretas ou indiretas) sem autorização prévia dos acionistas (aprovação em assembleia geral) ou do conselho de administração e em razão da função desenvolvida na sociedade.

Como sanção pela inobservância das vedações, a lei estabelece que as vantagens recebidas pelos administrados em tais casos, se reverterem à companhia (conforme disposto expressamente no §3º do artigo 154 em comento).

Ainda, no artigo 155, a LSA impõe que os administradores atuem de forma leal à companhia. Aqui, a lealdade deriva do princípio (ou preceito) da boa-fé objetiva, referindo-se em muito

⁹ “A LSA resolve essa questão, ao menos sob o aspecto jurídico, e deixa claro que, uma vez administrador, não é possível representar o acionista controlador, nem o acionista minoritário ou o titular de ação preferências. O administrador deve atender exclusivamente aos interesses da companhia, observado o interesse público e as exigências do bem comum.” (SAMPAIO, Luiz Antonio de Sampaio. In: PEDREIRA, José Luiz Bullhões; LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das companhias*. – Rio de Janeiro: Forense, 2009 ,p. 1117)

¹⁰ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada. Volume II – arts. 121 a 188*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 361.

¹¹ Excepcionadas as liberalidades de caráter filantrópico e caritativas, bem como as liberalidades e renúncias de direito que pretendam evitar a ocorrência de litígios, conforme leciona Nelson Eizirik (*A Lei das S/A Comentada. Volume II – arts. 121 a 188*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 362).

às situações de conflito de interesses, bem como limitações ao uso por administradores dos bens e informações da sociedade em benefício próprio.

No *caput* do dispositivo, há um preceito geral de conduta (leal), enquanto em seus incisos há um rol exemplificativo de situações a serem evitadas pelo administrador. Importante notar que as situações tratadas nos incisos são meramente exemplificativas, até porque seria impossível que o legislador previsse de forma taxativa todas as possíveis situações de violação ao dever de lealdade.

Para além de condutas comissivas abordadas pelo artigo 155, este também acaba por consignar a responsabilidade do administrador por condutas omissivas. Nesse sentido, têm destaque a omissão no exercício ou proteção de direitos da companhia e a omissão em aproveitar oportunidades negociais (inciso II do referenciado dispositivo).

O artigo 156 da LSA, por sua vez, trata da vedação à atuação do administrador em conflito de interesses. Embora a vedação a esse tipo de conduta possa ser extraída de certo modo de outros deveres mais abrangentes, como por exemplo, o dever de buscar a realização do interesse social e aquele de lealdade, o legislador entendeu por bem tratar de forma específica da questão.

O dispositivo em questão menciona especificamente as situações em que o administrador não pode contratar com a sociedade. Deixa claro que este não poderá privilegiar seus interesses em detrimento dos da companhia e delimita, em seu §1º, que eventuais contratações devem ser pautadas nas condições usuais de mercado, segundo parâmetros equitativos (*fairness*).

A doutrina elucida que há conflito de interesses do administrador sempre que *“ele é portador, em determinada situação, de um dúplice e contraditório interesse: o social e o particular, sendo que um não pode ser atendido sem que o outro seja*

sacrificado”.¹² Aqui, é importante notar a distinção entre o conflito de interesses formal e substancial.

O tipo de conflito vedado pelo artigo 156 é o substancial. Isto é, quando a prática do ato de gestão do administrador visar a satisfação de interesse oposto ao da companhia e cuja materialização implica necessariamente em um prejuízo ao interesse social.

Novamente, a penalidade imposta ao administrador que realizar contratações desiguais com a sociedade, em detrimento desta e seu respectivo patrimônio, é a obrigação de transferência das vantagens recebidas à sociedade, além da anulabilidade do negócio jurídico. Aqui, importante notar que o dispositivo legal não comina a sanção de nulidade, portanto, o negócio jurídico pode ser ratificado¹³.

Trazendo um dos deveres derivados da boa-fé objetiva, o dispositivo seguinte da LSA (artigo 157), preconiza o dever do administrador de informar (*disclosure*). O dever ali descrito é de que, quando da assinatura do termo de posse, o administrador deverá disponibilizar à companhia as informações relativas ao “*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*”.

Na questão, entende-se que embora o §1 do artigo 157 possa criar dúvidas quanto ao momento adequado para que o administrador preste informações aos acionistas, o *disclosure* deve ser imediato. Isto é, ao assumir a função, o administrador deve disponibilizar as informações tratadas pela LSA como relevante e, havendo modificação nas questões tratadas nos incisos do dispositivo, imediatamente deve haver comunicação aos interessados.

¹² EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada. Volume II – arts. 121 a 188*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 379.

¹³ Vide artigo 172 do Código Civil: “O negócio anulável pode ser confirmado pelas partes, salvo direito de terceiro.”

As consequências do descumprimento dos deveres de administração, ou seja, pela atuação em desconformidade com o padrão imposto pela lei e pelo estatuto da companhia são estabelecidas pelo art. 158, 159 e 245 da LSA, os quais prescrevem e delimitam a responsabilidade civil por eventuais danos e prejuízos causados à companhia administrada.

O artigo 158 da LSA define os parâmetros para a responsabilização de administradores. Afasta a responsabilidade por prejuízos ou resultados pouco satisfatórios quando o ato de gestão for regular e a responsabilidade quando houver culpa ou dolo.

Diante disso, o inciso I estabelece que a responsabilidade dos administradores é subjetiva¹⁴: o dever de indenizar a companhia por eventuais danos causados pela sua conduta (comissiva ou omissiva) está atrelada à comprovação da culpa (negligência, imperícia e imprudência) ou *dolo* destes.¹⁵

O inciso II, define a responsabilidade pessoal por violação à lei. Conforme explica Nelson Eizerik, “*o inciso II estabelece a responsabilidade pessoal do administrador quando viola a lei, aqui entendida em sentido amplo, ou seja, qualquer norma*

¹⁴ No mesmo sentido, Nelson Eizerik explica: “*A hipótese prevista no inciso I trata da responsabilidade subjetiva, uma vez que menciona a Lei das S.A. expressamente a necessidade de estar presente a culpa ou o dolo. Tendo o administrador atuado dentro de suas atribuições, não se presume a sua responsabilidade, cabendo ao autor da ação de perdas e danos provar o elemento subjetivo. A alusão à “culpa ou dolo” corresponde à culpa civil; a expressão “culpa” deve ser entendida como violação de um dever jurídico, abrangendo não só as condutas negligentes, imperitas ou imprudentes (culpa strictu sensu) como, também, os atos dolosos, aqueles praticados com o intuito deliberado de violar um dever jurídico” (A Lei das S/A Comentada. Volume II – arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 403).*

¹⁵ Sobre a responsabilidade subjetiva, Carlos Roberto Gonçalves leciona: “*A teoria clássica, também chamada de teoria da culpa ou subjetiva, pressupõe a culpa como fundamento da responsabilidade civil. Em não havendo culpa, não há responsabilidade. Diz-se, pois, ser subjetiva a responsabilidade quando se esteia na ideia de culpa (em sentido lato, abrangendo o dolo ou a culpa em sentido estrito) passa a ser pressuposto necessário do dano indenizável.*”. (Direito Civil brasileiro, volume I: parte geral – de acordo com a Lei n. 12.874/2013 – 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 498-499).

jurídica, legal ou regulamentar, ou do estatuto. Ficando caracterizado o ato ilícito, há uma presunção– relativa – de sua culpa”¹⁶.

Conforme se viu, os administradores da companhia não praticam atos de gestão e tampouco a representam em razão de mandato, mas os seus poderes decorrem da lei (LSA) e do estatuto social. Assim, os atos praticados em violação ou inobservância dos deveres impostos por tais diplomas, tem caráter ilícito (*ex lege*). E é daí que decorre a responsabilidade destes, entendendo-se que quando o artigo 158 da LSA excepcionou em seu *caput* que o administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações contraídas pela sociedade mediante “*ato regular de gestão*”, referiu-se a atos que se encontram amparados na lei e no estatuto social.¹⁷

Sob essa perspectiva, a responsabilidade dos administradores possui duas funções distintas. Em um primeiro lugar, uma função reparadora, que encontra respaldo até mesmo no disposto no art. 186 do Código Civil. Estabelece o preceito básico e geral de responsabilidade civil, no sentido de que aquele que pratica um ilícito tem dever de reparar (indenizar) os danos e prejuízos causados. E em segundo lugar, a função de controle, prevenindo abusos e negligências pelos detentores de posições relevantes na companhia.

O dispositivo em comento preconiza que os administradores também são responsáveis por atos omissivos. Um exemplo claro disso é a situação em que a companhia possui um órgão com múltiplos administradores e, tendo conhecimento dos vícios em relação a determinado ato de gestão, o administrador deixar de manifestar dissidência, se mostra negligente ou conivente com a prática.

Apesar disso, o §2º do artigo estabelece de forma clara

¹⁶ *A Lei das S/A Comentada. Volume II – arts. 121 a 188.* São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 404.

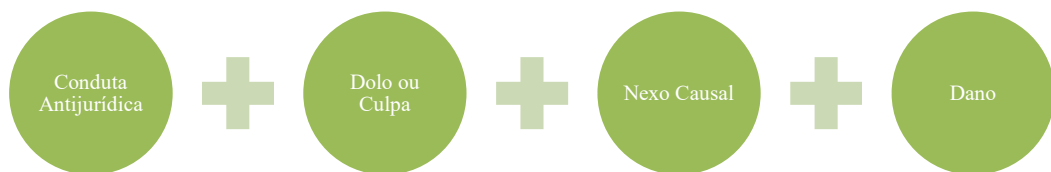
¹⁷ Na mesma linha: EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada. Volume II – arts. 121 a 188.* São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 398-400.

que a regra não é a solidariedade entre administradores (quando a sociedade possuir um órgão administrador), entendendo-se que a LSA consagrou a *responsabilidade por atos próprios* e a *incomunicabilidade da culpa*.¹⁸ Para que haja a responsabilidade é fundamental a comprovação da negligência ou conivência, comprovando-se que o administrador poderia e deveria ter identificado a ilicitude do ato de gestão, mas, ainda assim, o praticou.

Além disso, o §4º também prevê a hipótese de responsabilização do administrador quando, conhecendo a prática de ato contrário a lei ou ao estatuto, este deixar de comunicar tal fato aos acionistas em assembleia geral. Neste ponto é relevante notar que a responsabilidade do administrador nos casos mencionados acima não decorre de hipóteses de solidariedade. Na verdade, decorre a própria violação do dever de diligência e de lealdade, que impõe ao administrador a necessidade de adoção de uma conduta cautelosa e direcionada exclusivamente à realização do interesse e objeto social.

Disso se extrai que a LSA não prevê a responsabilidade solidária dos administradores, isto é, pelo simples fato de integrarem um órgão da sociedade. Há a necessidade de que este tenha adotado algum comportamento que contraste com aquele esperado pela lei ou estatuto.

De um modo muito resumido, pode-se sistematizar os elementos necessários à responsabilização de um administrador e previstos no art. 158 da LSA da seguinte forma:



Também define a responsabilidade do administrador o

¹⁸ SAMPAIO, Luiz Antonio de Sampaio. In: PEDREIRA, José Luiz Bullhões; LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das companhias*. – Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1210.

disposto no art. 245 da LSA. Referido artigo cuida especificamente da responsabilidade do administrador por danos causados à sociedade em razão de situações de conflito de interesses, em especial, confronto de interesses entre a companhia e coligadas, controladora e controlada.

A conduta vedada é definida na parte inicial do dispositivo da lei, enquanto o dever de reparar os danos é previsto no trecho final:

“Art. 245. Os administradores não podem, em prejuízo da companhia, favorecer sociedade coligada, controladora ou controlada, cumprindo-lhes zelar para que as operações entre as sociedades, se houver, observem condições estritamente comutativas, ou com pagamento compensatório adequado; e respondem perante a companhia pelas perdas e danos resultantes de atos praticados com infração ao disposto neste artigo.”

Como se percebe até agora, a responsabilização de administradores se dá em caso de condutas que se mostram em desacordo com o *standard* esperado. Esse padrão de conduta pode ser o previsto na lei ou no estatuto social.

Nesse sentido, dos administradores é esperado que atuem na administração e gestão dos negócios da companhia seguindo critérios que assegurem que as decisões tomadas e os contratos celebrados são adequados em termos de conveniência e oportunidade. É por esta razão que o artigo 245 da LSA veda a celebração de negócios em prejuízo da companhia, ainda que em favorecimento de uma coligada, controladora ou coligada.

Ao mencionar a imprescindibilidade da *comutatividade* nos negócios celebrados pelas sociedades, o dispositivo legal reforça que os negócios empresariais devem se pautar segundo parâmetros usualmente empregados no mercado, prevendo uma prestação e a respectiva contraprestação, e atendo-se à adequação do momento em que celebrado. Conforme leciona Modesto Carvalhosa, isso, contudo, não significa que a celebração de um contrato pouco benéfico ou até mesmo prejudicial à sociedade possa imediatamente representar a responsabilização do

administrador¹⁹.

De um modo geral, se diz que as obrigações dos administradores são de meio e não de resultado. Isso significa que o que possui maior relevância é se os atos de gestão e de representação foram praticados com diligência, boa-fé e segundo as melhores técnicas (expertise).²⁰

O administrador não pode formalizar contratos ou estabelecer negócios que destoem dos padrões gerais e específicos usualmente adotados no mercado, com nítida finalidade de favorecer outra sociedade, seja coligada, controlada ou controladora. Disso se extrai que a administração das sociedades deve se dar de forma isolada, sem mútuas interferências. Cada administrador deve prezar exclusivamente pelo interesse da sociedade administrada.²¹

Veja-se que essa interpretação não ocorre exclusivamente em relação ao dever imposto pelo artigo 245 da LSA. A mesma conclusão é atingida em relação ao dever de diligência (artigo 154):

¹⁹ CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas, 4º volume: tomo II: arts. 243 a 300: Lei n. 6.404 de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei n.º 11.941, de 27 de maio de 2009 e da Lei n.º 12.810, de 15 de maio de 2013 – 5ª ed. ver. e atual – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 66-67.*

²⁰ Sobre a distinção entre obrigações de meio e de resultado, Paulo Lobo explica: “*É corrente no meio jurídico brasileiro a distinção doutrinária entre obrigações de meio e obrigações de resultado, com repercussões na prática judiciária. Não há no direito legislado brasileiro qualquer norma legal que a positive; contudo, é forte a distinção na doutrina e na jurisprudência, que a recebe como um topo ou um axioma indiscutível. Algumas obrigações teriam como causa final a atividade em si, independentemente do resultado obtido, concentrando-se na prestação de agir com diligência, boa-fé e de acordo com o que determinem a técnica e a ciência que devam ser empregadas; outras obrigações teriam como causa final o resultado esperado, para o que a atividade empregada seria simples meio necessário para alcançá-lo. As primeiras seriam obrigações de meio, de diligência ou de prudência e as segundas seriam as obrigações de resultado.*” (*Direito civil: obrigações – 3. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013, p. 38*).

²¹ Aqui, lembra-se o dever previsto no artigo 154 da Lei das Sociedades por Ações. Desse modo, ainda que o administrador tenha sido eleito por determinada controladora, por exemplo, não pode exercer sua função com vistas a beneficiá-la, em detrimento da administrada.

“Assim, se o administrador agiu regular e diligentemente, sem abuso ou desvio de poder (art. 154), cumprindo estritamente as obrigações legais e estatutárias, não lhe é imputável responsabilidade pelo fato de não ter logrado criar valor para a companhia em decorrência de sua atividade como gestor e também condutor nas companhias de capital disperso.”²²

E essa interpretação é confirmada pela própria redação do artigo 158 da LSA que, como visto, afasta de modo expresso a responsabilidade pessoal dos administradores pelos atos regulares de gestão.

Agora, quais as soluções oferecidas pela lei nas situações em que se verifica algum desvio em relação à atuação do administrador? A resposta é encontrada nos artigos 159 e 246 da LSA.

O artigo 159 da LSA trata da ação de responsabilidade, estabelecendo que o ajuizamento de ação de responsabilidade em face do administrador depende de aprovação prévia em sede de assembleia geral (ordinária ou extraordinária²³). Aprovando-se o ajuizamento da ação, deve a companhia cumprir a decisão em prazo de três meses, a partir de quando qualquer acionista passa a deter legitimidade para o ajuizamento da demanda.

No caso de ação ser ajuizada por acionista, os resultados da ação (indenização) são revertidos integralmente à sociedade, por se entender que tais valores são de titularidade da companhia e, não, do acionista. Este último faz jus apenas ao ressarcimento, pela companhia, de todas as despesas em que incorrer para a propositura da demanda, em relação aos quais a LSA assegura a incidência de correção monetária e juros.

Caso o ajuizamento da ação de responsabilidade contra o administrador seja deliberada em sede de assembleia, mas não aprovada, qualquer acionista ou grupo de acionistas que represente cinco por cento do capital social poderá mover a ação.

²² CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*, vol. 3 – 6. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014, p. 380.

²³ Vide §1º do artigo 159 da LSA.

Trata-se de disposição expressa do §4º do artigo 159 e que viabiliza a propositura de ação em defesa do interesse da companhia por seus acionistas.

E mais. O §7º do dispositivo reconhece a possibilidade de que os acionistas busquem por via própria a reparação de danos sofridos diretamente em razão da conduta do administrador. Previsão que dá origem muitas vezes a discussões de natureza processual quanto à legitimidade de determinado acionista para mover ações contra atos de gestão praticados por administradores, o que será examinado mais adiante em item específico.

Note-se que embora o artigo 159 da LSA trate de forma expressa apenas do administrador, é possível localizar julgado do Superior Tribunal de Justiça no qual o voto vencedor ressaltou a possibilidade de interpretação extensiva do dispositivo para que também ampare ação de responsabilidade civil contra controlador.²⁴

O entendimento em questão faz referência ao entendimento da professora Ana Frazão, que defende que a interpretação em razão de que ambos (administrador e controlador) são responsáveis pela gestão da atividade da companhia. Sob essa perspectiva, a professora entende que se tratam de questões suscitadas pela lei a fim de assegurar a adequada gestão das sociedades, havendo até mesmo certo *paralelismo* entre o padrão de conduta esperado de controladores e administradores.²⁵

²⁴ O voto do Min. Raúl Araújo no julgamento do Recurso Especial nº 1.207.956 foi nessa linha ao ressaltar que “*com apoio e abalizada doutrina e mediante interpretação extensiva do art. 159 da Lei 6.404/76, entende-se que a ação de responsabilidade civil contra o administrador, tratada explicitamente no texto legal, também pode ser estendida ao controlador. [...] Como se observa na redação da norma, há duas espécies de ação de responsabilidade civil contra o administrador ou o controlado, bem como diferentes legitimados ativos e substitutos processuais.*”.

²⁵ “Apesar de controladores e administradores exercerem diferentes funções e níveis de poder na condução dos negócios sociais das companhias, têm em comum a circunstância de serem gestores da atividade empresarial. Estão, portanto, sujeitos aos mesmos princípios da ordem econômica constitucional, que oferece os parâmetros para a delimitação dos fins e objetivos da atividade empresarial, bem como para a redefinição do interesse social das companhias. Daí a possibilidade do tratamento

Especificamente sobre a interpretação extensiva do artigo 159, Ana Frazão explica:

“Já se viu que a própria Lei da S/A prevê a chamada ação de responsabilidade individual (art. 159, § 7º), por meio da qual acionistas ou terceiros podem exercer pretensões ressarcitórias contra os administradores. Embora não haja previsão expressa em relação ao controlador, impõe-se a aplicação analógica da mesma solução processual, tendo em vista que também ele está sujeito ao dever de diligência. Daí porque se tratará da responsabilidade dos 'gestores' perante acionistas e terceiros, ressaltando-se que tal hipótese está sujeita às normas gerais de responsabilidade civil extracontratual contidas no Código Civil. Trata-se igualmente de responsabilidade subjetiva, como já se examinou anteriormente.”²⁶

No mais, também é interessante chamar atenção para o conteúdo do §6º do artigo 159. A redação do parágrafo reforça a ideia de que a obrigação do administrador é de meio, permitindo que o julgador afaste a responsabilidade deste por eventual

conjunto da responsabilidade civil de controladores e administradores, conclusão que é reforçada pelos pressupostos funcionais e pragmáticos já examinados, os quais mostram que o regime de responsabilidade civil dos gestores é arquitetado para assegurar uma boa gestão, em obediência aos interesses constitucional e legalmente protegidos, tanto ao nível do controle, quanto ao nível da administração strictu sensu. Também no que se refere aos pressupostos legais, já se viu que a disciplina da matéria na Lei das S/A mostra o paralelismo entre a situação dos controladores e administradores, submetendo-os a regras e cláusulas gerais semelhantes. Não se questiona que a Lei das S/A é bem mais pormenorizada em relação aos administradores do que em relação aos controladores, o que decorre até mesmo da maior experiência existente em relação aos primeiros, tendo em vista que a própria figura do controlador só começou a ser objeto de reflexões próprias na metade do século XX. Acresce que o principal conflito (agency conflict) existente no direito norte-americano, que até hoje é uma das principais fontes das discussões sobre o assunto, diz respeito às relações entre os acionistas e administradores, de forma que o enfoque na conduta destes últimos é bem maior. Tais distinções não impedem, entretanto, a aproximação entre os regimes de responsabilidade, o que já vem acontecendo na prática brasileira. Como por exemplo, pode ser citada a recente disciplina sobre o dever de informar e o dever de sigilo, antes previstos apenas para os administradores e agora também exigidos expressamente dos controladores.” (FRAZÃO, Ana. *Função Social da Empresa - repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As.*, Renovar, 2011, p. 248/249).

²⁶ FRAZÃO, Ana. *Função Social da Empresa - repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As.*, Renovar, 2011, p. 364).

violação a deveres quando comprovada a boa-fé deste e a preservação do interesse da companhia. Sobre esse ponto, a doutrina justifica que é preciso considerar que os poderes concedidos ao administrador são discricionários e este está sujeito a eventuais erros, os quais, contudo, não devem ser a regra ou se mostrar como um padrão de conduta²⁷.

Novamente a solução ao caso envolvendo a responsabilidade do administrador é levada para um espaço de discussão em que há a necessidade de delimitação de conceito abrangentes e variáveis. O que irá determinar a aplicabilidade ou não do disposto no §6º ao caso será a constatação pelo julgador acerca da observância ou não pelo administrador da diligência necessária, a realização do interesse social e, não se pode deixar de lado, a existência de culpa ou dolo.

Nota-se, portanto, que a responsabilidade de administradores vem regrada pela LSA muito mais com base na delimitação de padrão comportamental exemplificativo e genérico esperado. Sendo que no caso do surgimento de discussões quanto a eventuais prejuízos sofridos pela sociedade, haverá a necessidade de análise criteriosa e cuidadosa, caso a caso, quanto à existência real ou não da prática de conduta antijurídica pelo administrador – compreendida enquanto violação aos deveres gerais impostos pela LSA e pelo estatuto social – de forma culposa ou dolosa, aliada à existência de um dano efetivo que é casualmente ligado à conduta do administrador.

2.2. DEVERES E RESPONSABILIDADE DOS CONTROLADORES SEGUNDO A LEI DE SOCIEDADES POR

²⁷ Nesse sentido: “*E oportuna a lição de ALFREDO LAMY FILHO (2007, p. 410) a respeito da atuação do administrador: “investido, para o bom exercício da função, de poderes “discricionários” para lograr os fins societários, obrigado a decidir questões às vezes de grande relevância em questão de minutos, o administrador é levado a cometer erros, e o que distingue o mau do bom administrador é o fato de acertar mais do que erra”* (SAMPAIO, Luiz Antonio de Sampaio. In: PEDREIRA, José Luiz Bullhões; LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das companhias*. – Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1093).

AÇÕES

No contexto atual o controle de sociedades se apresenta de quatro formas diferentes. Pode ser: majoritário, minoritário, gerencial ou decorrente de *golden shares*. Fato é que a figura do controlador é relevante na estrutura de qualquer sociedade por ações.

É o controlador que irá orientar e determinar a atuação do administrador. Nessa linha, também é por este motivo que a LSA criou todo um sistema rígido e detalhado de deveres e responsabilidades aplicável a estes, vistos pela doutrina como verdadeiros “*intérpretes do interesse social*”.²⁸

Embora o controlador seja o intérprete do interesse social, sua atuação no âmbito da sociedade não se encontra livre de regras. A vontade do controlador está limitada pela lei e pelo estatuto social.

As questões específicas relativas a acionista controlador vêm tratadas no artigo 116 e 117 da LSA. O artigo 116 cuida de delimitar conceitualmente quem é e quem pode ser controlador, definindo em seu parágrafo único a finalidade da atuação deste e, no artigo 116-A²⁹ os deveres de informação (*disclosure*).

Do artigo 116 se extraem os elementos caracterizadores do controle. São estes a permanente maioria de votos em deliberações sociais, inclusive com poder para eleger administradores

²⁸ “[...] o intérprete do interesse social é, em princípio, o acionista controlador, surge outra questão que alguns vêem com estranheza, mas que nada mais é do que a aplicação serena e técnica do sistema das sociedades anônimas: todos os administradores, inclusive aqueles indicados e eleitos por outros acionistas, deverão pautar sua conduta de acordo com a orientação dada pelo acionista controlador. E é exatamente por esta razão que a LSA criou um regime todo especial, inclusive de dever e de responsabilidade, para o acionista controlador - que é até mais rigoroso do que o aplicável aos administradores - estabelece, dentre outras regras, que é modalidade de exercício abusivo do poder de controle orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou a adoção de política que não tenha por fim o interesse da companhia.” (SAMPAIO, Luiz Antonio de Sampaio. In: PEDREIRA, José Luiz Bullhões; LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das companhias*. – Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 1119).

²⁹ Incluído pela Lei nº 10.303/2011.

e, portanto, cumulativamente, utilização do poder para orientar as atividades da companhia e seus órgãos.

Após delimitar a figura do controlador, o artigo traz, em seu parágrafo único, a finalidade do poder deste: a plena realização do objeto social e da função social da empresa, bem como a atuação leal. Conforme explica Nelson Eizerik, a legislação deixa claro que os poderes do controlador estão sujeitos à realização de uma finalidade, entendendo que se trata de um “*direito-função*”³⁰.

O condicionamento do poder (direito-função) é claro na redação do dispositivo que estabelece que compete ao controlador: “[...] *fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.*”.

É justamente em razão dessa dinâmica que o âmbito de responsabilidade do controlador se centra na figura do abuso do poder. Esse abuso é o desvirtuamento da relação de direito-função, no qual o poder deve ser direcionado à materialização do interesse social e coletivo (acionistas minoritários, comunidade, consumidores, empregados, fornecedores).

As (oito) hipóteses específicas de abuso de poder são delimitadas pela LSA no §1º do artigo 117, logo após restar consignada de forma expressa que “*o acionista controlador responde pelos danos causados*” quando atuar de tal forma.

Note-se aqui que, excepcionada a hipótese de exercício abusivo do poder em assembleia geral na situação específica de conflito de interesses, não há a previsão de desconstituição do ato abusivo. Há, apenas a previsão quanto à obrigação reparar os danos causados.

Nesse sentido, são recorrentes os julgados que pontuam

³⁰ EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada. Volume I – arts. 1º a 120*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 677.

que a mera existência de um abuso pelo controlador é insuficiente à responsabilização deste. Deve-se lembrar na questão os elementos clássicos para existência do dever de indenizar: a existência de uma conduta antijurídica (no caso em análise, o abuso de poder), dolo ou culpa,nexo causal e, finalmente, um dano.³¹

Agora, quais são as hipóteses de antijuridicidade da conduta do controlador? Como identificar um abuso de poder?

Evidente que a forma clássica do abuso de poder é aquela egoística, na qual o controlador direciona a sociedade para satisfação exclusiva de seus interesses, mas essa não se trata da única hipótese. E é por isso que a LSA enumera situações que devem ser evitadas pelos controladores.

A primeira forma de abuso de poder definida no art. 117 (alínea ‘a’ do §1º) trata-se do direcionamento da companhia para fins diversos de seu interesse social ou o favorecimento de outra sociedade em detrimento desta, causando prejuízo à acionistas minoritários ou à economia. A primeira hipótese definida em lei abrange, portanto, três condutas distintas do acionista controlador:

“A alínea “a” descreve 3 (três) modalidades de comportamento abusivo do controlador: (i) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social; (ii) orientá-la para fim “lesivo ao interesse nacional”; e (iii) levá-la a favorecer outra sociedade, em prejuízo dos minoritários ou da “economia nacional”. ”³²

As condutas vedadas pela alínea são bastante claras, existindo similaridade com algumas das hipóteses de responsabilização de administradores, por exemplo. Aqui, o legislador chama atenção ao fato de que os controladores devem sempre observar a finalidade da sociedade, seu escopo de atuação (objeto social), bem como de que as operações e negócios jurídicos

³¹ Em linha com isso ver: STJ, REsp 798.264/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 06/02/2007, DJ 16/04/2007, p. 189.

³² EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada. Volume I – arts. 1º a 120*. São Paulo: Quartier Latin, 2011, p. 687.

realizados devem se pautar em bases equitativas, prevenindo prejuízos à sociedade e, conseqüentemente, aos acionistas minoritários.

As bases para análise das operações, aqui, também são parecidas àquelas em relação a administradores: analisa-se operações similares e suas respectivas condições, bem como as práticas usuais do mercado. Verificando-se desvios injustificados, acende-se a luz vermelha.

A hipótese seguinte de abuso do poder de controle (alínea ‘b’), trata da liquidação de sociedade com boas perspectivas (próspera) ou, ainda, reestruturação desta (transformação, fusão ou cisão), gerando vantagens exclusivas ao controlador em detrimento dos demais acionistas e agentes envolvidos (funcionários, investidores, etc). Novamente, deve-se considerar as condições de mercado e se as operações realizadas pelo controlador possuem caráter nitidamente equitativo. Uma das finalidades evidentes da norma é a proteção dos minoritários em relação a reestruturação da sociedade.

A terceira hipótese (alínea ‘c’) trata do direcionamento das atividades da empresa, com a finalidade de causar prejuízo a minoritários e em desatenção ao fim (objeto social) da empresa. Esta hipótese caminha alinhada à primeira hipótese de abuso de poder definida no dispositivo, impondo aos controladores o dever de observância dos demais interesses envolvidos com a companhia.

Note-se, aqui, que não é qualquer má decisão de gestão ou investimentos, por exemplo, que ensejará a responsabilização dos controladores. Há a necessidade de presença cumulativa da intenção de prejudicar os minoritários e violação ao objeto da companhia. Em linha similar com o que se entende em relação aos administradores e que se pontuou acima, o dispositivo não prevê a responsabilização dos controladores por negócios que se mostrem pouco lucrativos e gerem algum tipo de prejuízo.

A quarta hipótese (alínea ‘d’) trata da escolha pelo

controlador de administrador ou fiscal que não possui expertise ou aptidão moral para a gestão e representação da sociedade. Neste ponto, o legislador trouxe para o controlador a responsabilidade pela escolha adequada de um administrador e fiscal para a companhia, apontando a necessidade de que este observe os critérios legais para a nomeação de tais órgãos da sociedade.

A quinta hipótese de exercício abusivo do poder pelo controlador relaciona-se diretamente com o poder de direcionamento e orientação por este da atuação dos órgãos de administração da sociedade. O dispositivo define que há abuso de poder quando o controlador induz ou tenta induzir o administrador ou fiscal à prática de atos ilícitos ou que violam o estatuto social. Novamente, a LSA aponta para o controlador os limitadores do seu poder.

Interessante ressaltar que o §2º do dispositivo impõe a solidariedade para o administrador ou fiscal que praticar o ato ilegal induzido pelo controlador. A previsão se mostra coerente uma vez que dentro das atribuições de diligência e lealdade os administradores devem almejar a realização do interesse social, podendo se opor à violação da lei e do estatuto da sociedade.

A alínea seguinte trata das condições para que o controlador contrate com a sociedade. Veda expressamente que se pratique qualquer liberalidade em benefício próprio, às custas da sociedade. Por mais uma vez, a legislação aponta que as operações e negócios celebrados com a sociedade devem partir de bases comutativas, segundo critérios usuais de mercado e condições.

A alínea ‘g’, trata de um ato comissivo e outro omissivo do controlador que se revelam abusivos. O comissivo, quando este, visando favorecimento pessoal ou por falta de diligência, aprova contas irregulares de administradores; o omissivo, quando diante de suspeita de irregularidades, se mantém inerte. Aqui, a LSA impõe ao administrador o dever de defesa dos interesses da sociedade, inclusive competindo a este apurar e

fiscalizar a regularidade da gestão realizada pelos administradores.

Tratando-se o controlador do responsável máxime pelo pleno desenvolvimento da sociedade e realização do objeto social, a hipótese em questão de abuso de poder se mostra coerente.

Finalmente, a última hipótese de abuso de poder definida pelo §1º do artigo 117 (alínea ‘h’) diz respeito à subscrição de ações mediante a realização de bens que não se relacionam ao objeto social da empresa. Isto é, cuida da hipótese em que o controlador subscreve o aumento de capital inútil para a sociedade.

Reforçando o disposto nos artigos 116 e 117, o artigo 246 da LSA traz previsão quanto à ação cabível para que seja buscada a reparação pelos danos causados por controlador à sociedade. E como fator motivacional para o exercício da pretensão, estabelece um prêmio ao minoritário que exercer o direito de ação, calculado em cinco por cento sobre o valor da indenização obtida em favor da sociedade; além de honorários advocatícios no percentual de vinte por cento, também calculados sobre o valor da indenização, ao advogado que representar os interesses do minoritário.

Como se vê, o sistema de deveres e responsabilidades impostas pela LSA ao controlador impõe que este empregue seus poderes para o bom direcionamento da atividade empresarial. Nesse sentido, impõe ao controlador a observância da lei, do estatuto social e, principalmente, o respeito aos diversos interesses que se unem na formação da sociedade.

3. ALGUNS ASPECTOS PROCESSUAIS SOBRE A REPARAÇÃO DE DANOS CAUSADOS POR ADMINISTRADORES E CONTROLADORES

3.1. DISCUSSÕES QUANTO À PARTE LEGITIMADA PARA MOVER AÇÕES CONTRA ATOS DE GESTÃO PRATICADOS POR ADMINISTRADORES: DISTINÇÕES

ENTRE AÇÕES SOCIAIS E AÇÕES INDIVIDUAIS

Um aspecto processual de grande relevância quando se trata de qualquer tipo de ação é a legitimidade da parte para a propositura desta. Isto é, se a pessoa (natural ou jurídica) pode ajuizar a demanda pleiteando a defesa de determinado interesse ou direito supostamente violado.

Quando ausente a legitimidade da parte, haverá o indeferimento da petição inicial e, portanto, a extinção do processo sem resolução do mérito³³ (conforme artigos 330, inciso II³⁴ e 485³⁵, ambos do Código de Processo Civil). Daí a relevância do tema.

No caso de ações relacionadas a danos sofridos por companhias e danos experimentados por seus acionistas, a discussão sobre o tema da legitimidade não pode ser deixada de lado. Isso porque, a depender da natureza da ação, há uma modificação do legitimado para pleitear a reparação de danos decorrentes de atos de controladores e/ou administradores.

Em primeiro lugar, é preciso delimitar qual a causa de pedir (próxima e remota) a fim de verificar se o que se pretende com o ajuizamento da ação é a reparação de danos causados direta ou indiretamente à sociedade, ou se a pretensão é de reparação de danos causados diretamente ao(s) acionista(s).

Como se viu brevemente acima, a LSA prevê três tipos distintos de ação de responsabilidade civil: aquela cuja doutrina

³³ Para aqueles que não são pertencentes à área jurídica, mas se aventuram pelo tema é importante explicar que, no *Vocabulário Jurídico*, “resolver o mérito é dar solução à relação jurídica, que se trouxe à discussão, como matéria principal e fundamental da contenda. Falar sobre o mérito é discutir ou apresentar razões em que se calca o direito dos litigantes. Nesta razão é que se diz que o feito terminou sem solução do mérito, quando é paralisada sem que se decida sobre o ponto ou questão principal da demanda.” (SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico* (atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes) – 29. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 914).

³⁴ “Art. 330. A petição inicial será indeferida quando: [...] II - a parte for manifestamente ilegítima; [...]”.

³⁵ “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: I - indeferir a petição inicial; [...]”.

e julgados denominam de *ut universi* (ação social originária), a *ut singuli* e, por fim, a ação individual.

A primeira, tem como legitimada a própria companhia, após a autorização em assembleia geral (prevista no *caput* do artigo 159) ou qualquer acionista após decorridos três meses da assembleia que autorizou o ajuizamento da demanda, sem que tenha ocorrido a sua propositura (§3º do mesmo artigo). Essa ação possui como finalidade exclusiva a recomposição do patrimônio da sociedade, ou seja, o dano direto experimentado pela companhia. Sob a perspectiva dessa demanda, o dano sofrido pelos acionistas é indireto.

O contexto da ação social originária já foi há muito tempo tratado pelo STJ:

“A "ação social originária", na expressão de Osmar Brina Corrêa Lima (Sociedade Anônima, v. 2, Belo Horizonte: Del Rey, 1994, cap. 10, nº 15, p. 135), é ajuizada pela companhia contra seus ex-administradores, com o fim de obter o ressarcimento de prejuízo causado ao patrimônio social, seja por terem agido com culpa ou dolo, seja por terem violado a lei ou o estatuto.”³⁶

A segunda ação (*ut singuli*), com o mesmo fundamento (dano ao patrimônio da sociedade) encontra previsão no §4º do artigo 159. Trata-se da ação, cujos legitimados ativos são os sócios minoritários que representam cinco por cento (5%) do capital social da companhia, mas cuja legitimidade está condicionada à deliberação pelo não ajuizamento da ação social originária. No dispositivo legal se lê: “*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 individual (terceiro tipo de ação), prevista no parágrafo 7º do artigo 159, tem a finalidade de reparar os danos sofridos pelos acionistas. Nessa ação, entende-se que o dano

³⁶ REsp 279.019/SP, Rel. Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 13/03/2001, DJ 28/05/2001, p. 202.

sofrido pelo acionista deve ser direto, uma vez que aquele indireto já se encontra abarcado pelas ações explicadas anteriormente.

No caso dessa ação, por se tratar de um direito individual do acionista e por visar a reparação de um dano direto deste, não há qualquer condicionante à deliberação em assembleia quanto à propositura da ação, tampouco de que tenha transcorrido determinado lapso temporal desde referida deliberação. A priori, basta que exista um dano causado a um acionista por um ato de gestão antijurídico praticado pelo administrador (ou controlador, por interpretação extensiva).

É nesse contexto que surgem as dificuldades em delimitar a legitimidade do acionista. Nem sempre é claro ou evidente se o dano que dá origem ao ajuizamento da ação pelo acionista foi experimentado de forma direta ou se trata de mero reflexo de um dano patrimonial causado à sociedade.

O que se deve manter em mente é que sempre que a pretensão do acionista visar resguardar direito patrimonial ou interesse da companhia, a legitimidade estará condicionada ao disposto nos parágrafos 3º e 4º do artigo 159. É dizer, depende: (i) da deliberação em assembleia aprovando o ajuizamento de ação contra o administrador, seguida de transcurso de, pelo menos, três meses sem que isso seja feito (no caso da ação social originária); ou (ii) da deliberação em assembleia no sentido contrário, hipótese em que a legitimidade está condicionada à representação de cinco por cento do capital social da companhia pelo acionista ou acionistas (na hipótese da ação *ut singuli*).

O que pode ajudar a identificar qual a natureza da ação a ser proposta é analisar a antecedência lógica ou não entre o dano causado pelo administrador ou controlador à companhia e o dano experimentado pelos acionistas. Se o dano à sociedade for antecedente lógico ao dano experimentado pelo acionista, se está diante de um cenário em que a ação é de natureza social; se ocorrer o inverso, se está diante de uma ação individual.

Análise similar foi adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, por exemplo, no julgamento do Recurso Especial nº 1.207.956/RJ, quando o voto vencedor (do Min. Raúl Araújo) ressaltou que quando o dano experimentado pelo acionista é indireto, não há legitimidade ativa para ajuizamento de ação individual:

“Como se vê, o dano experimentado pela sociedade é direto, enquanto o dano sofrido pelo autor é indireto. Essa situação não legitima o acionista a ingressar com ação individual. O caso seria de ação social. Como ensinava Vivante, citado por Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pereira, na ação social, o acionista “é lesado apenas mediatamente, através da sociedade que é lesada diretamente” (in: A Lei das S.A., 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 409).”³⁷

Para que seja possível o ajuizamento de ação individual pelo acionista, os atos do administrador devem discriminar ou atingir de modo dirigido e determinado ao acionista. Note-se que a mera existência de um ato que impacta o resultado financeiro da sociedade e, em razão disso, há uma menor distribuição de lucros, por exemplo, não é suficiente para autorizar o ajuizamento de ação individual.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, “*inexistindo dano direto a acionista, o autor não é parte legítima para propositura de ação individual*”³⁸. Assim, é de fundamental relevância que ao ajuizar uma ação em face de um administrador ou controlar a parte analise qual o dano em relação ao qual se pretende a reparação e se esse dano atinge diretamente a sociedade ou o acionista. Sem essa análise, é possível o ajuizamento de uma ação fadada ao insucesso, ante a ilegitimidade da parte autora.

³⁷ STJ, REsp 1.207.956/RJ, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Rel. P/ Acórdão Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 23/09/2014, DJe 06/11/2014.

³⁸ STJ, REsp 1.207.956/RJ, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Rel. P/ Acórdão Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 23/09/2014, DJe 06/11/2014 e REsp 1.214.497/RJ, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Rel. p/ Acórdão Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 23/09/2014, DJe 06/11/2014

3.2. DEFINIÇÃO DO VALOR DA CAUSA E CAUÇÃO NAS AÇÕES MOVIDAS CONTRA CONTROLADORES NOS TERMOS DO ARTIGO 246 DA LEI DE SOCIEDADES POR AÇÕES

Um segundo aspecto processual que pode ser fonte de dúvidas em relação à ação prevista no artigo 246 da Lei de Sociedades por Ações é a definição do valor da causa e a necessidade de prestação de caução. O tema é de extrema importância, pois o valor da causa e da caução a ser prestada por acionista que venha eventualmente a substituir a companhia no exercício do direito de ação pode significar a inviabilização da adoção de medidas judiciais.

Sobre a questão, dois julgados dos Superior Tribunal de Justiça se destacam: o acórdão referente ao Recurso Especial nº 1.220.272 e aquele referente ao Recurso especial nº 989.637.

O acórdão de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, que decidiu o Recurso Especial nº 1.220.272, tratou da temática da definição do valor da causa. Discutia-se no recurso se a fixação do valor da causa – e conseqüentemente base de cálculo para a caução – deveria se dar com base na participação acionária do acionista que substitui a companhia ou se deve se basear no dano experimentado pela sociedade e em relação ao qual se busca a reparação.

Em primeiro grau havia prevalecido o entendimento de que o valor da causa deveria corresponder ao prejuízo sofrido pelo substituto processual (acionista) e, portanto, este valor seria a base de cálculo da caução a ser prestada. Ocorre que em razão de recurso interposto pela acionista majoritária (requerida na ação), o Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro entendeu que o valor da causa e a caução deveriam corresponder ao prejuízo que a companhia supostamente teria sofrido.

Em análise destas questões, restou-se decidido:

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE

DANOS. ACIONISTA MINORITÁRIO. ALEGADO ABUSO DE PODER PELA COMPANHIA CONTROLADORA. VALOR DA CAUSA. IMPUGNAÇÃO. 1. O valor à causa deve ser fixado de acordo com o conteúdo econômico a ser obtido, conforme disposto nos arts. 258 e 259 do Código de Processo Civil. Todavia, diante da impossibilidade de mensuração da expressão econômica, o valor da causa pode ser estimado pelo autor em quantia provisória, passível de posterior adequação ao valor apurado na sentença ou na fase liquidatória. 2. Desta forma, é razoável admitir a fixação do valor da causa em razão do proveito econômico indireto que advirá à recorrente, em caso de procedência da demanda. [...]

Ao adotar essas conclusões a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça considerou que o valor da causa representa a expressão econômica da demanda e, assim sendo, é mais do que mero formalismo processual. No caso das ações previstas no artigo 246 da Lei de Sociedades por Ações, entre outras questões, o valor da causa define qual o valor da caução.

Diante disso, ponderou-se que a fixação do valor da causa conforme a expressão econômica do prejuízo alegado à companhia, e não ao acionista minoritário que atua enquanto substituto processual, representa verdadeiro obstáculo ao exercício do direito de ação por pequenos investidores. Nesse sentido, sendo admitida pela legislação processual e jurisprudência a fixação por estimativa do valor da causa, também é lícito que nesses casos o acionista estime qual a sua vantagem econômica pretendida com a ação.

A Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, portanto, votou pela readequação do valor da causa, para que fosse fixado conforme a expressão econômica da demanda à acionista minoritária que moveu a ação. Ressalvou, ainda, que sendo impossível a fixação exata dos prejuízos causados pelos atos do controlador à sociedade no momento do ajuizamento da ação (processo de conhecimento), referida fixação deve ocorrer em fase posterior, ou seja, na liquidação de sentença.

O entendimento encontrou respaldo em outro julgado da

corte, datado de 2007, no qual o a Terceira Turma já havia fixado o entendimento de que *“se, não obstante, a iniciativa probatória do acionista prejudicado, não for possível fixar, já no processo de conhecimento, o montante do dano causado pelo abuso de poder do acionista controlador, esta fixação deverá ser deixada para a liquidação de sentença.”*³⁹. E concluiu pela possibilidade de que o valor da causa em tais ações seja fixado por estimativa, em razão do proveito econômico que se reverte ao acionista minoritário, admitindo-se eventual readequação futura.⁴⁰

Especificamente quanto aos honorários advocatícios sucumbenciais advindos de tais demandas, o ministro Aldir Passarinho Junior advertiu quanto à impossibilidade de sua fixação sobre o valor total dos danos reconhecidos à companhia. Entendeu que, assim como o valor da causa, os honorários advocatícios sucumbenciais fixados em favor dos advogados da parte vencedora, devem ser fixados com base no proveito econômico pretendido pelo acionista minoritário:

“[...] só queria registrar que também não será cabível, em hipótese de um êxito na demanda, querer calcular a sucumbência sobre o valor da condenação em relação ao universo dos acionistas beneficiados que não sejam estritamente os autores da ação. Faço expressamente essa advertência. Penso que devemos fazer essa ressalva para evitar, o absurdo que seria, por

³⁹ STJ, REsp 798.264/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andriahi, Terceira Turma, julgado em 06/02/2007, DJ 16/04/2007, p. 189.

⁴⁰ Entendeu o relator: “[...] é razoável admitir a fixação do valor da causa em razão do proveito econômico indireto que advirá à recorrente, em caso de procedência da demanda. Com efeito, esse proveito consiste em sua participação proporcional ao resultado financeiro da companhia controladora, ou seja, 0,000065% da diferença entre o valor da alienação do controle da companhia OI para a Telemar e o valor do patrimônio líquido efetivo da empresa, o que equivale a aproximadamente R\$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais), conforme bem salientou a decisão de fls. 1202-1203. Ressalta-se que, acaso não seja esse o proveito econômico que possa advir à recorrente com a eventual procedência da demanda, afigura-se passível que o valor da causa seja posteriormente adequado ao quantum apurado na sentença ou em sua liquidação. Ademais, é de se ressaltar que o valor da causa terá impacto, também, no momento de fixação dos honorários para o vencedor da demanda. [...]”.

exemplo, entrar com a ação, ganhar como acionista, substituindo a empresa, mas, como o resultado reflexo é para todo mundo da empresa, os honorários advocatícios serem fixados sobre o valor da condenação considerando o todo. Nem lá nem cá. Essa via tem mão dupla. [...]”

A limitação ressalvada pelo Ministro Aldir Passarinho Junior mostra-se alinhada ao entendimento que foi adotado no julgamento do Recurso Especial nº 989.637 em relação à temática da caução.

Na ocasião de tal julgamento, a Terceira Turma entendeu que esta deve ser fixada com base no valor da causa. Isto é, 25% (vinte e cinco por cento) do valor da causa, nos termos do dispositivo legal⁴¹. Sob essa perspectiva, considera-se que é o valor da causa o parâmetro que delimitará o prêmio eventualmente devido ao autor da ação (no percentual de 5%) e os honorários advocatícios (fixado pela lei no percentual de 20%).

Note-se que em ambos os casos a Corte asseverou que o valor da causa pode ser fixado a partir de critérios estimativos, hipótese em que ainda assim servirá como base de cálculo para a caução a ser prestada pelo acionista que move a ação em face da controladora.

3.3. INCORPORAÇÃO SUPERVENIENTE DA CONTROLADA: HIPÓTESE PARA EXTINÇÃO DA AÇÃO COM OU SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO?

Finalmente, um último aspecto relevante em relação às ações de reparação de danos causados por controladores são as

⁴¹ “Art. 246. A sociedade controladora será obrigada a reparar os danos que causar à companhia por atos praticados com infração ao disposto nos artigos 116 e 117.

§ 1º A ação para haver reparação cabe: a) a acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social; b) a qualquer acionista, desde que preste caução pelas custas e honorários de advogado devidos no caso de vir a ação ser julgada improcedente.

§ 2º A sociedade controladora, se condenada, além de reparar o dano e arcar com as custas, pagará honorários de advogado de 20% (vinte por cento) e prêmio de 5% (cinco por cento) ao autor da ação, calculados sobre o valor da indenização.”

consequências processuais de eventual incorporação superveniente da controlada pela controladora. Tendo em vista que a ação é ajuizada pelos acionistas com a finalidade de proteger a companhia controlada, a indenização eventualmente obtida com a ação é direcionada à sociedade e não ao acionista (diretamente).

Quando há a incorporação da sociedade controlada pela controladora, ocorre inevitável confusão entre o credor (controladora) e o devedor (controlada). Assim, se faz necessária reflexão quanto às repercussões na ação em trâmite.

Em julgamento do Recurso Especial nº 745.739/RJ de relatoria do Ministro Massami Uyeda, entendeu-se que a incorporação da controlada faz com que deixe de existir a possibilidade jurídica para o prosseguimento da ação. Assim, apontou-se a possibilidade de extinção do processo sem resolução do mérito, o que à época do julgamento (2012) encontrava respaldo na anterior previsão legal específica do inciso X do art. 246 do Código de Processo Civil de 1973.

Atualmente, verifica-se que no Código de Processo vigente houve supressão da possibilidade de extinção do processo sem resolução do mérito em razão da “*confusão entre autor e réu*”. Cabendo breve reflexão se a hipótese representaria uma causa da extinção do processo sem resolução do mérito por falta de interesse processual (com fulcro no artigo 485, inciso VI do CPC/15) ou hipótese de extinção do processo com resolução do mérito, considerando-se a obrigação extinta nos termos do artigo 381 do Código Civil.

Sobre a questão, a doutrina comenta que a supressão da hipótese de extinção do processo sem a resolução do mérito em razão da confusão entre autor e réu decorre justamente do fato de se tratar de uma questão afeta ao direito material. Isto é, decide-se o mérito da ação, entendendo-se que houve a extinção de todo e qualquer dever da controladora de indenizar a controlada, ante a confusão.

Seguem esse entendimento Luiz Guilherme Marinoni e

Sergio Cruz Arenhart, os quais comentam:

“O Código anterior arrolava, dentre as causas de extinção do processo sem resolução de mérito a ocorrência de confusão. Fez bem o novo Código em suprimir a hipótese daquele rol, na medida em que a confusão incide no plano do direito material, colocando fim ao litígio nesse mesmo plano. Extingue-se a obrigação “desde que na mesma pessoa se confundam as qualidades de credor e devedor” (art. 381, CC). A confusão pode ser total ou parcial (art. 382, CC). A confusão parcial não determina a extinção do processo, dando lugar a simples afunilamento do mérito da causa. Apenas a confusão total extingue o processo. Cessado o estado de confusão, reestabelece-se com todos os seus acessórios, a obrigação anterior (art. 384, CC). O processo não se reestabelece pela cessação da confusão. Possibilita-se à parte, contudo, propor nova ação, dada a superveniência de fato novo, iniciando novo processo.”⁴²

A extinção o processo com a resolução do mérito, de fato, é o que parece ser a solução mais adequada. Havendo a incorporação da controlada pela controladora e, portanto, a confusão entre as partes, não se está diante de uma causa processual ou obstáculo formal para o prosseguimento do processo. Enfrenta-se a extinção da própria obrigação em debate, é dizer, do dever de indenizar. Assim, a ação deve ser julgada extinta com resolução do mérito, apreciando-se a existência ou não do suposto dano à controlada, mas ao final afastando o dever de indenizar em razão da confusão (causa extintiva da obrigação).

4. CONCLUSÃO

O presente artigo pretendeu explorar os aspectos normativos gerais que regulam a reparação de dano por acionistas e sociedades controladoras, segundo o regime da LSA (Lei nº 6.404/76). Na investigação, identificou-se que a estrutura de responsabilidade é aquela usualmente identificada em casos cuja

⁴² MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 489.

norma de regência é o Código Civil. Isto é: exige a existência de uma conduta antijurídica, qualificada pelo dolo ou culpa, casualmente conexa a um dano.

Para a identificação dos desvios de conduta (conduta antijurídica qualificada pelo dolo ou culpa) a LSA define um padrão de conduta esperado de administradores e controladores das sociedades, além de vedações expressas, como visto acima.

Dentre as situações têm especial relevância e casos envolvendo conflitos de interesses. A responsabilidade por atos praticados em situações de conflitos de interesses ou, ainda, a vedação à atuação em caso de conflito de interesses é tratada pela Lei com destaque, sendo abordada em mais de um dispositivo legal e sob diferentes perspectivas (vide arts. 154, 155 e 156 da LSA).

Além das questões de ordem material, a LSA também trata de aspectos processuais relacionados a tais ações. Define, como visto anteriormente, a legitimidade ativa para o ingresso com as ações responsabilidade, critérios para definição de valor da causa, requisitos especiais (caução) para ingresso com a ação.

A adequada compreensão de todos esses reflexos da atuação de administradores e controladoras em relação a sociedades anônimas, bem como a possibilidade de sua responsabilização em caso de condutas (antijurídicas culposas e/ou dolosas) que causem dano à empresa ou outros acionistas permite o desenvolvimento de um ambiente empresarial mais consciente. Afinal, induz um alinhamento entre a expectativa da empresa enquanto entidade e seus diversos *stakeholders* (acionistas, administradores e controladores, em especial).



5. BIBLIOGRAFIA

- BRASIL. REsp 1.207.956/RJ, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Rel. p/ Acórdão Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 23/09/2014, DJe 06/11/2014.
- BRASIL. REsp 1.214.497/RJ, Rel. Ministro João Otávio De Noronha, Rel. p/ Acórdão Ministro Raul Araújo, Quarta Turma, julgado em 23/09/2014, DJe 06/11/2014.
- BRASIL. REsp 279.019/SP, Rel. Ministro Sálvio De Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 13/03/2001, DJ 28/05/2001, p. 202.
- BRASIL. STJ, AgRg nos EDcl no Ag 989.637/MG, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, j. 17/05/2016, DJe 23/05/2016.
- BRASIL. STJ, REsp 1.220.272/RJ, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, j. 14/12/2010, DJe 07/02/2011.
- BRASIL. STJ, REsp 798.264/SP, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Rel. p/ Acórdão Ministra Nancy Andrigli, Terceira Turma, julgado em 06/02/2007, DJ 16/04/2007, p. 189.
- BRASIL. STJ, REsp 745.739/RJ, Rel. Ministro Massami Uyeda, Terceira Turma, julgado em 28/08/2012, DJe 21/09/2012.
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas, 4º volume: tomo II: arts. 243 a 300: Lei n. 6.404 de 15 de dezembro de 1976, com as modificações da Lei n° 11.941, de 27 de maio de 2009 e da Lei n° 12.810, de 15 de maio de 2013 – 5ª ed. ver. e atual – São Paulo: Saraiva, 2014.*
- CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas, vol. 3 – 6. Ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2014.*
- EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada. Volume I – arts. 1º a 120.* São Paulo: Quartier Latin, 2011.
- EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A Comentada. Volume II – arts. 121 a 188.* São Paulo: Quartier Latin, 2011.

- FRAZÃO, Ana. *Função Social da Empresa - repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Renovar, 2011.
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil brasileiro, volume I: parte geral – de acordo com a Lei n. 12.874/2013* – 12. ed. – São Paulo: Saraiva, 2014.
- LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das companhias*. – Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- LÔBO, Paulo. *Direito Civil: obrigações* – 3. Ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.
- MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sergio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Civil Comentado*. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- PEDREIRA, José Luiz Bullhões; LAMY FILHO, Alfredo. *Direito das companhias*. – Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico* (atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes) – 29. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 914.