

OBSERVAÇÕES QUANTO À RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES NA SOCIEDADE ANÔNIMA¹

Sumário: 1. INTRODUÇÃO; 2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA, ATÉ O SURGIMENTO DA SOCIEDADE ANÔNIMA, a) sociedades-gerais, b) sociedade-especial; 3. A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ATÉ A LEI 6.404; 4. A QUEM PODE ATINGIR OS ATOS PREJUDICIAIS CAUSADOS PELOS ADMINISTRADORES; 5. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADMINISTRADOR FRENTE A TERCEIROS; 6. LIMITAÇÕES DOS PODERES DOS ADMINISTRADORES E SEU REGISTRO, PARA VALER CONTRA TERCEIROS; 7. BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A EQUIPARAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO ACIONISTA CONTROLADOR À DO ADMINISTRADOR; 8. CONCLUSÃO.

1. INTRODUÇÃO

A preocupação quanto à matéria relativa a responsabilidade dos administradores, acentuo-se, em especial no nosso País, a partir dos estudos preliminares sobre uma nova lei de sociedade por ações. Quando da entrada em vigor da Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, muitos entenderam ser essa de um rigor invulgar no que tange a responsabilidade dos administradores.

Por isto, muito embora tal assunto já de há muito nos tenha despertado especial interesse, resolvemos rever alguns aspectos da evolução histórica das sociedades para, daí, tirarmos as conclusões com vistas ao tema proposto.

2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA, ATÉ O SURGIMENTO DA SOCIEDADE ANÔNIMA

Apenas para facilitar o estudo e o entendimento do que aqui nos propomos, utilizaremos um critério próprio de classificação histórica das sociedades mercantis que, de modo algum tem o escopo de inovar ou criar mais um tipo de classificação, além daqueles consagrados pela doutrina, mas, como referido, apenas para auxiliar o estudo e entendimento daquilo que nos propusemos. Classificamos, pois, as sociedades, quanto a sua evolução histórica, em duas categorias:

- a) sociedades-gerais;
- b) Sociedade-especial.

a) sociedades-gerais

Diz Bento de Faria encontrar-se a história das sociedades no próprio mundo; é tão antiga como ele².

¹ Adv. Eduardo Dorfmann Aranovich - Professor de Direito Comercial e advogado em Porto Alegre, RS, 1979

Passa, porém, o tema, a ter maior importância, no período do Baixo Império Romano, o qual foi fortemente influenciado pelo pensamento grego. Entendia aquela civilização, que as coisas só poderiam ter valor se corpóreas fossem; existentes por si. Não compreendiam a coletividade considerada como uma unidade se não enquanto se tratasse de coisa animada³.

Era o pensamento da filosofia estóica (330 AC. até 200 DC.).

Em realidade, à época, no que respeita a sociedade, não se poderia pensar distingui-la das pessoas que a compunham, pois, não possuía ela valor perante terceiros. Para esses, só existiam indivíduos e não a sociedade; a existência desta era concebida em relação aos seus participantes. Releva notar que, a atividade mercantil, tanto individual como em *sociedade* era, nesse período, desprezada por ser atividade das *gentes*.

Aqui também, por longo tempo, permaneceu a concepção de que a sociedade só existia em relação às pessoas que uniam seus cabedais em busca do lucro comum.

As dívidas pessoais dos sócios confundiam-se com as dívidas da sociedade. A insolvência, que levava à prisão ou desterro, trazia a pecha de infâmia aos indivíduos e não à sociedade.

O motivo disto emergia do fato de que quem corria o risco na atividade era o próprio indivíduo e não a sociedade, por isto a responsabilidade civil ou penal era atribuída diretamente a ele.

Progresso sensível ocorreu em matéria de sociedade quando, em 30 de dezembro de 533 — no início, portanto, da idade Média — no Título XXV das Instituições de Justiniano, foram reguladas as relações internas que deveriam existir em uma sociedade; cabendo salientar, daquele monumento de normas, o disposto na alínea IX:

“IX. Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is qui deponi apud se passus est; na etiam culpa id est desidiae atque negligentiae nomine, quaesitum est? Praevaluit tamen etiam culpa nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est. Sufficit enim talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis rebus adhibere

² Das Sociedades Comerciais, 1948, Rio de Janeiro, Ed. A. Coelho Branco Filho, vol. II, 1ª Parte, p. 5.

³ CIRNE LIMA, Ruy – A Rebelião das Cousas. Revista Jurídica, ano 4, nº 21, maio-junho de 1956, Porto Alegre, Sulina, p. 50.

solet ⁴. Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri, hoc est, sibi imputare debet” ⁵.

Não se poderá, porém, deixar de referir que foi no corporativismo medieval que as sociedades começaram a florescer e desprender-se da imagem que a Idade Antiga delas fazia.

Da circunstância de se ajustarem às sociedades às necessidades da época, nasce à sociedade em comandita como reação, também, ao princípio do risco e consequência da responsabilidade individual e direta perante terceiros que, em decorrência, acarretava o comprometimento do patrimônio e a sujeição à infâmia no caso de falência. Passou esta fórmula contratual a ter valor perante terceiros desde que arquivada na corporação da comunidade em que atuava a sociedade; o sócio comanditário, como também previsto na legislação de hoje, não poderia exercer gerência ou ingerência na sociedade, sob pena, de assim não o fazendo, passar a ser individualmente responsabilizado.

“Quando, no final da Idade Média, o império se foi desagregando em favor dos Estados nacionais e dos Estados territoriais, surgiu o problema do caráter supranacional do direito. A resposta veio no século XVII, radicada no Humanismo. Foi Hugo Grotius quem procurou novamente clarificar a idéia do direito. Coube a esta personalidade estabelecer as novas bases do conhecimento jurídico, da ciência do direito”⁶.

Aberto que foi, o caminho evolutivo das sociedades mercantis (gerais), pelas corporações e, agora diante das novas idéias no campo do direito, foi plasmada na “Ordonnance” Francesa de 1673, a existência da sociedade que tomou o nome de “société general”.

⁴ Princípio, aliás, que, além de adotado por várias legislações alienígenas, foi incorporado pelo Decreto-Lei n. 2627 (artigo 116, §7º) e transmutado para o art. 153 da nossa nova Lei sobre sociedades por ações.

⁵ “IX — El socio está obligado a su consocio, por la acción pro socio, a responder de dolo solamente como el depositario, o aún de la culpa, es decir, de su incuria y negligencia? Esto se há dudado. Sin embargo, há prevalecido que estará obligado aún por su culpa. Pero esta culpa no debe medirse por la diligencia más exacta. Basta, em efecto, que el socio ponga em las cosas de la sociedad todo el cuidado que habitualmente pone em sus propios negocios. Porque el que há admitido a um socio poco diligente, a él solo debe culparse”. Instituciones de Justiniani, por M. Ortolán. Tradução de Francisco Peres de Anaya y Melquiades Peres Rivas. 1947, Buenos Aires, Atalaya, p. 270.

⁶ Weber, Christian Egbert Dr. – Diferenciações da Razão no Decorrer da História. Das Goetheanum, ano 54, p. 315/317 e 326/328.

O contrato feito entre indivíduos, para exploração de qualquer atividade com a finalidade de partilhar lucros, passou a ter valor perante terceiros. A obrigação assumida por um, desde que em nome da sociedade, obrigava a sociedade e os sócios solidariamente. Passou-se a diferenciar, assim, a obrigação pessoal assumida pelo indivíduo e a obrigação assumida em nome da sociedade. Porém, aí, todos os componentes da sociedade deveriam ser comerciantes, daí que a falência da sociedade acarretava a falência dos sócios, confundindo-se, portanto, as dívidas sociais com as dívidas dos sócios.

Com efeito, um sensível progresso jurídico ocorreu a partir da Idade Moderna, quando a sociedade foi encarada não mais como uma propriedade entre indivíduos, mas como uma propriedade coletiva sobre um patrimônio.

Pode-se a partir daí fixar a idéia de um patrimônio social posto à disposição da sociedade. Está lançada a semente da sociedade anônima, para a qual muito contribuiu o pensamento dos iluministas, dentre eles — Montesquieu, Rousseau e Locke (6)⁷.

A abolição da prisão por dívidas, à proclamação da ampla liberdade do comércio e da indústria (Decreto Francês de 2–17 março, 1.791), erigida em princípio legal, após a Revolução Francesa propiciou a formação de um grande número de sociedades comerciais. Porém, a partir desse momento, os escândalos, os abusos, as falências se multiplicaram. Urgia, pois, que fosse dado um fim a tal desordem, o que efetivamente ocorreu com a entrada em vigor, em 1807, do Código Comercial Francês. Nesse monumento legislativo foram consagradas as sociedades criadas pela Ordonnance de 1673, a sociedade em comandita e a “société general”, esta última, agora, chamada de sociedade em nome coletivo. Criou a sociedade anônima, sujeitando a sua constituição à

⁷ Para fiel cumprimento do proposto ao início deste trabalho, deixamos de efetuar qualquer outra observação sobre esse tipo societário, reservando-o para o exame das sociedade-especial.

aprovação e autorização governamental (art. 37 daquele Código). O ato de comércio passou a ser encarado sob o aspecto objetivo. Fixou a responsabilidade civil e penal dos sócios e considerou suficiente a presença de ao menos um comerciante na sociedade. Considerou o patrimônio dos sócios distinto do patrimônio da sociedade.

Era o “fumus” da personalidade jurídica das sociedades gerais.

Tais princípios foram acolhidos no nosso Cód. Comercial de 1850, cabendo destacar o art. 350, que só permitia a execução dos bens dos sócios após a execução total do patrimônio da sociedade; o art. 333: “O sócio que, sem consentimento por escrito dos outros sócios, aplicar os fundos ou efeitos da sociedade para negócio ou uso de conta própria, ou de terceiros, será obrigado a entrar para massa comum com todos os lucros resultantes; e se houver perdas e danos serão estes por sua conta particular; além do procedimento criminal que possa ter lugar”; e por último o art. 316, do mesmo diploma que assim dispõe: “Nas sociedades em nome coletivo, a firma social assinada por qualquer dos sócios-gerentes, que no instrumento do contrato for autorizado para usar dela, obriga todos os sócios solidariamente para com terceiros e estes para com a sociedade, ainda mesmo que seja em negócio particular seu ou de terceiros; *com exceção somente dos casos em que a firma social for empregada em transações estranhas aos negócios designados no contrato*. Não havendo no contrato designação do sócio ou sócios que tenham a faculdade de usar privativamente da firma social, nem algum excluído, presume-se que todos os sócios têm direito igual de fazer uso dela. Contra o sócio que abusar da firma social, dá-se ação de perdas e dano, tanto da parte dos sócios como de terceiros; e, se com abuso, concorrer também fraude ou dolo, este poderá intentar contra ele ação criminal que no caso couber”.

Merece ser aqui transcrito o que nos diz J. X. Carvalho de Mendonça, com respeito a este último dispositivo: “O abuso da firma ou razão social

pode, porém, provir do excesso dos poderes traçados ao sócio-gerente no contrato social ou na lei. O Código Comercial somente referiu-se ao emprego da firma em negócio particular do sócio-gerente ou de terceiro; há, porém, os casos freqüentes do uso da firma em atos que, embora compreendidos no objeto da sociedade, são proibidos ao sócio-gerente por cláusula contratual, ou, sendo permitidos sob certas condições, o mesmo sócio os pratica violando o pacto”.

Nesses casos, tratando-se de transações que constituem o objeto da sociedade, a firma empregada pelo sócio-gerente obriga a sociedade e os sócios. Assim o é, porque entre o *terceiro de boa-fé*, que não tem direito de fiscalizar ou intervir na sociedade, e os sócios, vítimas da sua própria imprevidência ou negligência na escolha do gerente infiel, mais eqüitativo é que sofram o prejuízo os que para ele concorreram direta ou indiretamente”⁸.

Fato que não pode ser esquecido é o de a responsabilidade dos sócios nessas sociedades gerais, embora subsidiária, é ilimitada e solidária. Portanto, mesmo existindo separação entre o patrimônio dos sócios e da sociedade, no fundo persiste a responsabilidade patrimonial proveniente do risco.

Passou-se, pois, a pensar em uma forma de limitar a responsabilidade patrimonial dos componentes das “sociedades gerais”. Tal limitação de responsabilidade patrimonial não poderia tolher a participação dos sócios na gerência da sociedade, nem tampouco reduzi-los a meros sócios de indústria, pois nem todos eram dotados de engenho e arte para desempenhar tais funções.

Tais anseios só bem mais tarde vieram a concretizar-se. Abra-se aqui parênteses, para mencionar e considerar a sociedade de responsabilidade

⁸ Tratado de Direito Comercial Brasileiro, 1963, 6ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, vol. III, n. 712, p. 163.

limitada, criada em 20 de abril de 1892 pelo legislador alemão, em pleno pensamento positivista e em período de intenso desenvolvimento industrial e comercial iniciado com a vitória na guerra de 1870. Este novo tipo de sociedade, quase que imediatamente foi acolhido por todos os países, haja vista a necessidade (apontamos antes) da limitação da responsabilidade patrimonial e da possibilidade da união de pequenos capitais, sem o rigor formal das sociedades anônimas. Este novo tipo de sociedade, que já nasceu dotada de personalidade jurídica, após rápida tramitação no Congresso, veio a integrar-se no nosso corpo de leis através do Decreto n. 3.708, de 10 de janeiro de 1919.

Fixou esta lei, em seu art. 2º a responsabilidade patrimonial dos sócios. No art. 10 tratou da *responsabilidade solidária e ilimitada do(s) sócios(s)–gerente(s) que violarem a lei ou as disposições contratuais*. No art. 11 conferiu a ação de perdas e danos, sem prejuízo de ação penal, contra o sócio que usar indevidamente da firma social ou dela abusar. E, no art. 16, conferiu ação aos terceiros e à própria sociedade para responsabilizar os sócios quando suas deliberações forem contra os preceitos contratuais ou legais.

Como visto, foi adotado nos citados artigos os mesmos princípios das sociedades-gerais e dos arts. 108 e seguintes do Decreto n. 434 de 04.07.1891.

No período que se seguiu a promulgação do Código Comercial Francês, mais precisamente após 1850, como anota J. X. Carvalho de Mendonça, vamos encontrar os juristas querendo conferir personalidade jurídica às sociedades–gerais⁹.

⁹ Tratado de Direito Comercial Brasileiro. 1963, 6ªed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, vol. III, n. 601, p. 77. Diz ali o renomado comercialista: *O problema da personalidade jurídica das sociedades comerciais tem levantado séria polêmica. A controvérsia sobre o tema apareceu na segunda metade do século passado, com intensa repercussão na conferência de Nuremberg e no Senado italiano, quando se elaboraram os Códigos comerciais da Alemanha e da Itália.*

Entre nós, foi pioneiro, neste campo, Teixeira de Freitas. Dizendo-se receoso apresentava, no título 3º de seu Vocabulário Jurídico, a figura legal das pessoas privadas de existência moral¹⁰. Temeroso, – dizia o ilustre jurista — “não porque haja em meu espírito a mais leve sombra de dúvida, mas pela aparência de novidade, que apresenta uma síntese que até agora não se tem feito”¹¹.

Deblateraram os juristas da época, contra a extensão da personalidade jurídica às sociedades-gerais, sendo de destacar-se o trabalho do Prof. Reynaldo Porchat, publicado em O Direito, 1904, vol. 93, p. 337/338.

No entanto, não logrou êxito a reação de tais ilustres juristas, pois o nosso Código Civil, promulgado em 1916¹², no seu art. 16, II, conferiu personalidade jurídica a todas sociedades mercantis.

b) Sociedade-especial

Como referido no capítulo anterior, foi na Idade Moderna que as sementes da sociedade anônima podem ser consideradas como lançadas¹³.

Jean Escarra¹⁴ entendendo não ser correta a explicação dada por Goldschmidt segundo a qual o protótipo da sociedade anônima tenha sido a de um banco genovês constituído em 1409 e que durou até 1799, afirma que a verdadeira mola propulsora do nascimento da sociedade anônima, que o Código Comercial Francês regulou, foram as companhias coloniais do século XVII e XVIII.

¹⁰ Vocabulário Jurídico, 1883, Rio, Garnier, p. 567.

¹¹ Id. Ibidem.

¹² Lei n. 3.701, de 1º de janeiro de 1.916.

¹³ Ver nota 7

¹⁴ Manuel de Droit Commercial, 5ª ed., 1947, Paris, Sirei, vol. 1, p. 261 e 165

É de ponderar, porém, não ser absolutamente certo considerar somente estas companhias, como nascedouro da vera sociedade anônima. Tais companhias coloniais, em nosso sentir, nada mais eram do que um retorno aos grandes empreendimentos púnicos dos romanos, ou seja, em Roma o soberano convidava o povo para armar guerra contra outras cidades, prometendo, entre outros, a divisão dos saques. As companhias coloniais, em nosso entender, também possuíam este espírito, pois os soberanos da época, conclamando e por vezes obrigando os *burgueses* a colocarem seus capitais nesses empreendimentos, não tinham outro escopo, senão o de, através delas, partir para explorações de além-mar e, depois de efetuado o balanço dos lucros e das perdas advindos dos saques e trocas, dividir o resultado entre aqueles que haviam colocado sua colaboração em tais empreendimentos.

Não podemos esquecer que as companhias coloniais funcionavam como fonte abastecedora dos tesouros reais. Acresce a este aspecto de especulação que dominava nas companhias coloniais — anota Trajano de Miranda Valverde — o fato de que elas só eram concebidas para “os grandes empreendimentos que necessitando de avultados capitais que tocassem de perto o interesse público. Os serviços que já deviam ser prestados pelo Estado, mas que ele se recusava, sem pessoal competente, não podia executar, foram sendo objeto das novas companhias”¹⁵.

Dado esse caráter de serviço público, necessário era, para criação de uma companhia, lei especial editada pelo governo.

Para melhor explicar o nascimento da S.A., necessário se faz dar atenção, em primeiro lugar, ao que o Dr. Christian Egbert Weber tão claramente explicitou: “o crescimento de uma economia que, diversamente da economia antiga e da medieval, assenta na atividade do pensamento abstrato, o que em absoluto não ocorria na Antigüidade e na Idade Média.

¹⁵ Sociedade por Ações. 1953, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, vol I, p. 19.

Certamente que a arte da formação de conceitos filosóficos existia na Grécia antiga e na Idade Média, num grau particularmente elevado. Mas a formação de conceitos abstratos exercia um diminuto papel na economia, por que esta, para usar uma expressão de Werner Sombart, era outrora uma economia de cobertura de necessidades. As necessidades efetivamente existentes conduziam ao impulso da produção de determinados bens à sua oferta no mercado. Esta situação se modificou aproximadamente a partir do século XV, quando a escrituração por partidas dobradas e o cálculo dos custos passaram a desempenhar papel relevante na condução dos fluxos econômicos. Em substituição ao princípio de “tanta lã e tanto linho quanto necessário”, ou “tanto cereal, couro, madeira quanto preciso”, introduziu-se o cálculo rigoroso da despesa necessária à fabricação de determinados bens, acrescentando-se a isso, depois, a análise de mercado, isto é, a capacidade de absorção de um determinado mercado foi sistematicamente investigada, através da pesquisa de mercados. Tudo isto, importou, sem dúvida, na sempre crescente racionalização da economia”¹⁶.

Some-se a estes fatores à Doutrina de Montesquieu, em que o Estado deveria ser composto de três poderes independentes e harmônicos entre si; a doutrina do Contrato Social de Rousseau e o acolhimento delas pela Revolução Francesa de 1789, e teremos, aí, o porquê do Código Comercial Francês de 1807 ter incluído, em seu corpo, esse tipo societário especial, o que, entre nós, somente foi ocorrer com a promulgação do Código Comercial de 1850.

Com efeito, o deslumbre que se estampou nos juristas da época, frente a esta nova concepção de Estado e poder, fez com que se quisesse trazer para o seio das sociedades mercantis essa imagem, o que, de fato,

¹⁶ Op. et loc cit. (nota 7)

ocorreu. E como, de modo feliz, anotou Jean Escarra¹⁷, passaram elas a constituir verdadeiros Estados dentro do Estado.

No que respeita a personalidade jurídica dessa nova forma societária-especial problema algum houve, visto ter sido o pensamento que fez com que ela nascesse, fixando naquele do Estado.

Alem do mais, conforme o art. 37 do Código Comercial Francês, ela somente poderia ser constituída por autorização governamental:

“La société anonyme ne peut exister qu’avec l’autorization du gouvernement et avec son approbation pour l’acte qui la constitue”.

Era ela um ente artificial, estabelecido exclusivamente pela vontade do Estado.

Neste tipo societário-especial, encontraram os sócios — agora denominados acionistas — além de uma limitação quanto à responsabilidade patrimonial, uma limitação quanto à responsabilidade civil e penal. Com efeito, a limitação da responsabilidade patrimonial dos sócios ficou adstrita à integralização das ações subscritas¹⁸, não respondendo eles pelas dívidas da sociedade. Este princípio, relacionado com a personalidade jurídica conferida a esta sociedade-especial, modificou completamente o conceito do risco proveniente da atividade exercida pelas sociedades-gerais, visto que aqueles que a presentavam não assumiam responsabilidade pessoal por atos praticados em nome da sociedade; ou melhor, não obrigavam o seu patrimônio particular, nem solidariamente, ilimitadamente e subsidiariamente, pelos atos regulares de sua gestão, mesmo no caso de a sociedade falir. Assim como não obrigava seu patrimônio, não obrigava o patrimônio dos sócios da anônima em qualquer

¹⁷ Op. cit., p. 263.

¹⁸ A respeito, assim se manifesta Fábio Konder Comparato: “seja-nos permitido denunciar, aqui, a ambigüidade da fórmula tradicional, segundo a qual ‘a responsabilidade dos sócios ou acionistas será limitada ao valor das ações subscritas ou adquiridas’ (Decreto-lei 2627, art. 1º). Com efeito, essa responsabilidade é por débito próprio e não por dívida da sociedade, como ocorre nas sociedades de pessoas” — *in* O Poder de Controle na Sociedade Anônima. 1976, Revista dos Tribunais, São Paulo, nota 53, p. 293.

caso; ou seja, o sócio não corre o risco de subsidiariamente responder com o seu patrimônio, como ocorria nas sociedades-gerais.

Contudo, os representantes da sociedade anônima deveriam responder pela execução do mandato, isto é, responderiam pessoalmente, frente à sociedade e frente aos terceiros, aqueles que, exercendo em excesso os poderes traçados violassem o contrato social ou a lei.

Era o princípio subjetivo da responsabilidade, ensinado pelas sociedades-gerais, e que a sociedade anônima trouxe para dentro de si.

3. A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA ATÉ A LEI 6.404

Como ocorreu no Código Comercial Francês, o nosso Código Comercial de 1850¹⁹ trouxe dentro de si, todas as regras de responsabilidade dos sócios, ensinadas pelas sociedades-gerais e aplicou-as ao que chamou no art. 299 do Código Comercial, de administradores ou diretores. Assim rezava o citado artigo:

Art. 299 – Os administradores ou diretores de uma companhia respondem pessoal e solidariamente a terceiros, que tratarem com a mesma companhia, até o momento em que tiver lugar à inscrição do instrumento ou título da sua instituição no Registro do Comércio (art. 296), efetuado o registro, respondem só a companhia pela execução do mandato. (Código Comercial – Lei n. 556 de 25.6.1850).

Vigoraram os dispositivos do Código Comercial Brasileiro até 1882, quando, se abeberando o legislador pátrio na Lei Francesa de 14 de julho de 1867, regulou o estabelecimento de companhias e sociedades anônimas pela Lei n. 3.150, de 4 de novembro daquele ano, assim

¹⁹ Arts. 295 a 299.

dispondo na parte relativa a responsabilidade dos administradores e ação emergente:

Art. 11 – Os administradores são responsáveis:

- a) à sociedade pela negligência, culpa ou dolo com que houverem no desempenho do mandato;
- b) à sociedade e aos terceiros prejudicados pelo excesso de mandato;
- c) à sociedade e aos terceiros prejudicados solidariamente pela infração da presente lei e dos estatutos.

Parágrafo único – o acionista tem sempre salva a ação competente para haver dos administradores as perdas e danos resultantes da violação deste decreto e dos estatutos. A dita ação poderá ser intentada conjuntamente por dois ou mais acionistas.

Foi essa Lei, regulamentada pelo Decreto n. 8.821, de 30 de dezembro de 1882:

Art. 50 – Os administradores não contraem obrigação pessoal, individual ou solidária pelos contratos ou operações que realizam no exercício de seu mandato.

Parágrafo único – São, porém, responsáveis:

- a) à sociedade pela negligência, culpa ou dolo, com que se houverem no desempenho do mandato;
- b) à sociedade e aos terceiros prejudicados pelo excesso do mandato;
- c) solidariamente à sociedade e aos terceiros prejudicados pela violação da lei e dos estatutos.

O Decreto n. 164, de 17 de janeiro de 1890, que reformou a Lei n. 3.150, apresentou uma novidade no que respeita à ação dos acionistas. Não poderia ser proposta ação para responsabilizar os administradores, após a aprovação de seus atos e operações pela Assembléia Geral.

Art. 11 – Os administradores são responsáveis:

- a) à sociedade, pela negligência, culpa ou dolo, com que se houverem no desempenho do mandato;
- b) à sociedade e aos terceiros prejudicados, pelo excesso do mandato;
- c) à sociedade e aos terceiros prejudicados solidariamente pelas infrações do presente decreto e dos estatutos.

Parágrafo único – O acionista tem sempre salva a ação competente para haver dos administradores as perdas e danos resultantes da violação deste decreto e dos estatutos.

A dita ação poderá ser intentada conjuntamente por dois ou mais acionistas: não podendo, porém, referir-se a atos e operações já julgados por assembleias gerais.

O Decreto n. 434, de 4 de julho de 1891, que veio a consolidar as disposições legislativas e regulamentar sobre sociedades anônimas, mantendo os mesmos princípios doutrinários da concepção de culpa (neste particular aprendida na evolução das sociedades-gerais), assim definiu a responsabilidade dos administradores:

Art. 108 – Os administradores não contraem obrigação pessoal, individual ou solidária, nos contratos ou operações que realizam no exercício de seu mandato (Lei n. 3.150, de 1882 art. 1º n.2; Dec. n. 8.821 do mesmo ano, art.50; Dec. n. 164, de 1890, § 2º do art.10)

Art.109 – Os administradores são responsáveis:

- 1º) – à sociedade, pela negligência, culpa ou dolo, com que se houverem no desempenho do mandato;
- 2º) – à sociedade, e aos terceiros prejudicados pelo excesso do mandato;
- 3º) - solidariamente à sociedade e aos terceiros prejudicados pela violação da lei e dos estatutos (Lei n. 3.150 de 1882 art. 11; Dec. n.

8.821 do mesmo ano art. 50 parágrafo único; Dec.164 de 1890, art. 11).

Art.110- O Acionista tem sempre salva a ação competente, para haver dos administradores as perdas e danos resultantes da violação da lei e dos estatutos.

Art. 111- A ação poderá ser intentada conjuntamente por dois ou mais acionistas; não podendo, porém, referir-se a atos e operações já julgados por assembleias gerais (Dec. n. 164, de 17.01.1980, parágrafo único do art.11).

Após quarenta e nove anos de vigência, o Decreto antes referido foi revogado pelo Decreto-lei n. 627, de 26 de setembro de 1940.

Trajano de Miranda Valverde, autor do anteprojeto desse novo texto de lei, manifestando sua intenção de trazer para ele muitas regras consagradas no Decreto 434, como adiante veremos, propositalmente subtraiu a parte referente à responsabilidade dos administradores por atos que prejudicassem a terceiros, se não vejamos:

Art. 121- Os diretores não são pessoalmente responsáveis pelas obrigações que contraírem em nome da sociedade, em virtude de ato regular de gestão.

§1º- Respondem, porém, civilmente, pelos prejuízos que causarem, quando procederem:

I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

II - com violação da lei ou estatutos.

§2º- Quando os estatutos criarem qualquer órgão com funções técnicas ou destinados a orientar ou aconselhar os diretores, a responsabilidade civil de seus membros apurar-se-á na conformidade das regras deste capítulo.

Art. 122 – Os diretores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados pelo não-cumprimento das obrigações ou deveres

impostos pela lei a fim de assegurar o funcionamento normal da sociedade, ainda que, pelos estatutos, tais deveres ou obrigações não caibam a todos os diretores.

Parágrafo único. Os diretores que, convencidos do não-cumprimento dessas obrigações ou deveres por parte dos seus predecessores, deixarem de levar ao conhecimento da assembléia geral as irregularidades verificadas, tornar-se-ão por elas subsidiariamente responsáveis.

Art. 123 – Compete à sociedade a ação de responsabilidade civil contra os diretores pelos prejuízos diretamente causados aos seu patrimônio, mas, se não o propuser, dentro de seis meses, a contar da primeira assembléia geral ordinária, qualquer acionista poderá promovê-la. Os resultados da ação de responsabilidade civil beneficiarão o patrimônio social, devendo a sociedade indenizar o acionista das respectivas despesas.

Parágrafo único- Quando o mesmo fato causar prejuízos à sociedade e diretamente a qualquer acionista, poderá este intentar contra o diretor ou diretores responsáveis à ação que lhe couber, independentemente do prazo fixado neste artigo.

Com o mesmo espírito que moveu Trajano de Miranda Valverde, os autores do anteprojeto da Lei hoje em vigor, manifestaram-se no sentido de manter o que fosse aproveitável da antiga Lei²⁰, e assim o fizeram no que respeita a responsabilidade do administrador (art. 158). Com efeito, assim foi consignado na nova Lei:

Responsabilidade dos administradores:

²⁰ Exposição de Motivos n. 196, de 24 de junho de 1976, do Ministério da Fazenda, abertura, item 5, letra d): *para facilitar a compreensão da nova lei, foi mantida, em sua estrutura básica, a ordem das matérias observadas pelo vigente Decreto-lei n. 2.627, de 1.940 e, sempre que possível, a redação por este adotada*; e, mais adiante, na seção IV do Capítulo XII da exposição justificada das principais inovações do projeto: *as normas desses artigos são, em sua maior parte, meros desdobramentos e exemplificações do padrão de comportamento dos administradores definidos pela lei em vigor...*

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 com 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 ou 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, ao 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 desses deveres por seu predecessor, ou pelo administrador competente nos termos do §3º, deixar de comunicar o fato à 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 outro concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto.

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 no seu patrimônio.

§1º- 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.

§2º- O administrador ou administradores contra os quais deva ser proposta a ação ficarão impedidos e deverão ser substituídos na mesma assembléia.

§3º- Qualquer acionista poderá promover a ação, se não for proposta no prazo de três meses da deliberação da assembléia geral;

§4º- Se a assembléia deliberar não promover a ação, poderá ela ser proposta por acionista que representem cinco por cento, pelo menos, do capital social;

§5º- Os resultados da ação promovida deferem-se à companhia, quando promovida por acionista, mas esta deverá indenizá-lo, até o limite daqueles resultados, de todas as despesas em que tiver incorrido, inclusive correção monetária e juros dos dispêndios realizados.

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

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

Como salientaram os próprios autores do projeto, o artigo 158 e 159 da nova Lei das Sociedades por Ações constituem-se..."em sua maior

parte, meros desdobramentos e exemplificações” dos dispositivos da lei anterior²¹, não trazendo, por isto, nenhuma inovação no que respeita a responsabilidade civil dos administradores e ação correspondente. Mas, mesmo diante das ponderações de Trajano de Miranda Valverde, feitas na exposição de seu projeto e em sua obra²², no que respeita a ação dos terceiros contra os administradores, o legislador a reintegrou expressamente na nova lei, agora no §7º do art. 159.

O §6º do art. 159, que permite ao juiz excluir da responsabilidade o administrador, ao se convencer de que este agiu de boa-fé e o ato que praticou visava o interesse da companhia parece, está a demonstrar continuar ser a responsabilidade, in casu, subjetiva²³.

Na realidade, todas as leis brasileiras promulgadas até hoje, conservam, na essência, aqueles princípios de responsabilidade dos administradores de sociedades, apreendidos na evolução das sociedades-gerais e consagradas no Código Comercial Francês de 1807.

4. A QUEM PODE ATINGIR OS ATOS PREJUDICIAIS CAUSADOS PELOS ADMINISTRADORES

As sociedades, no caso anônima, são providas de personalidade jurídica (inc. II do art.16 do Código Civil)e como tal têm existência distinta da de seus membros, sendo as mesmas titulares de direitos e obrigações.

Porém, para se fazer representar no mundo dos negócio, necessários é que elas o façam através de uma pessoa natural. Estas pessoas naturais

²¹ ver nota 21

²² Op. cit, vol. II, n. 637, p.324.

²³ Muitos querem interpretar, que a responsabilidade será objetiva nos casos do inc. II do art. 158, o que diante da regra clara contida no §6º do art.159 nos parece absurdo.Veja-se, ao propósito, a obra de Trajano de Miranda Valverde, Sociedade por Ações, 1953, 2ª ed.; Rio de Janeiro, Forense, Vol. II, n. 633, p.318.

financeiras respondem solidariamente pelas obrigações pó elas assumidas durante a sua gestão, até que se cumpram. – Parágrafo único:A responsabilidade solidária sem circunscreverá ao montante dos prejuízos causados”.

administradores da *ficção*, seja qual a natureza jurídica que lhes queira ser atribuída, é que permitem que a sociedade manifeste sua vontade. Considerando-se que, os administradores, quando praticam um ato, praticam-no em nome da sociedade, é ela própria que os está praticando e não o administrador. Portanto, como já tivemos oportunidades de dizer²⁴, não obrigam seu patrimônio particular nem solidária, ilimitada, e subsidiariamente pelos atos regulares de sua gestão²⁵.

Deve o administrador da sociedade, quando na prática regular de sua gestão, “empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios” (Art. 153, Lei n. 6.404)²⁶, atendendo a lei, o estatuto social as “exigências do bem público e da função social da empresa” (art.154). Porém, se agir contra os preceitos sinalados, mesmo dentro de suas atribuições e poderes, responderá o administrador pelos prejuízos que causar. É o que decorre da regra contida no art. 159 do Código Civil, ou seja, é a violação do direito ou dano causado a outro por dolo ou culpa.

Como anota Trajano de Miranda Valverde, “os casos que podem determinar a responsabilidade civil dos diretores, alicerçada em atos culposos ou dolosos, praticados dentro de suas atribuições e poderes, variam ao infinito. As funções do diretor estão, com efeito, estreitamente ligadas ao objeto de exploração da sociedade, diferem de uma para outra e ainda dentro da mesma sociedade, em conseqüência da distribuição de atribuições pelos membros da diretoria. Haverá pois, que atender, em cada caso, não só às funções de que estava encarregado o diretor, mas também às circunstâncias que rodearam o ato que lhe for imputado”. “A

²⁴ Quando tratamos da evolução histórica da responsabilidade na sociedade-especial.

²⁵ Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, a qual dispõe sobre a intervenção e liquidação extrajudicial das instituições financeiras, dispõe, em seu art.34: *Os administradores de instituições financeiras respondem solidariamente pelas obrigações por elas assumidas durante a sua gestão, até que se cumpram. Parágrafo único. A responsabilidade solidária se circunscreverá ao montante dos prejuízos causados.*

²⁶ Veja nota 6

responsabilidade – continua o ilustre comercialista - em que podem incorrer os diretores pelos atos prejudicial à sociedade, praticados na gestão ordinária, tem geralmente por fundamento a negligência habitual, a imprudência ou imperícia no desempenho da função”²⁷.

Portanto, por atos *antijurídicos ou anti-sociais* do administrador podem ser prejudicados: a sociedade; o acionista; e o terceiro.

5. A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADMINISTRADOR FRENTE A TERCEIROS

Toma vulto o problema da responsabilidade civil do administrador, quando se trata de ato ilícito praticado pelo mesmo, frente a terceiros.

Duas ordens de considerações devem ser feitas, no que respeita aos prejuízos causados a terceiros. A primeira, refere-se ao ato ilícito praticado por administrador e que causando prejuízo ao patrimônio da sociedade, e por via de consequência prejudica, diretamente ao terceiro, credor; e a segunda no que respeita a ato que vai lesar diretamente ao terceiro. Quando àquela, como havíamos nos referido anteriormente, o §7º do art.159 da nova Lei, está expressamente a autorizar. No que respeita a esta, necessário se faz um exame.

Portanto, poderão os terceiros exercer ação direta contra a sociedade porque esta é que está obrigada perante terceiros e não o administrador, que é um simples representante da mesma? – poderá o terceiro escolher entre acionar a sociedade ou o administrador? –ou, ainda, o ato ilícito praticado será ineficaz perante a sociedade e, neste caso, o terceiro só poderá acionar os administradores que agiram dolosa ou culposamente?

Retornemos ao curso da história das leis brasileiras, para que possamos responder ao questionado.

²⁷ Op. cit. vol II, n. 634, p.320.

Didimo Agapito da Veiga Junior, comentando o disposto no art. 11 da Lei n. 3150, que regulava a responsabilidade dos administradores, referia esta estar de acordo com as disposições das leis belgas (artigo 52 – lei belga des Sociétés Anonymes) –²⁸, francesa (art.44), alemã(arts.231e 241) e portuguesa (art.16).²⁹

“Nos atos – dizia o ilustre magistrado Didimo Veiga Junior – que se devem reger pelos princípios reguladores do contrato (mandato) dominam as regras de direito comum; nos que provêm, não já do contrato mas do quase-delito(infrações da lei e dos estatutos) rege o preceito do artigo, que estabelece a solidariedade da responsabilidade como garantia dos direitos, dos associados e terceiros prejudicados”³⁰.

E arremata o ilustre jurista: “A irresponsabilidade pessoal do mandatário, nas transações feitas, depende da sua limitação aos poderes do mandato; então não contrai o diretor, mandatário da sociedade, obrigação pessoal, indivisível ou solidária (Art.10, §2º da Lei n. 3.150); contratada a sociedade mandante. O excesso no exercício do mandato coloca, porém, o diretor fora desta posição: ele faz coisa diversa daquela para a qual lhe haviam sido conferidos poderes; responde, pois em separado, como se diretor de sociedade anônima não fosse, pelo ato praticado: a sua responsabilidade entende não já somente com a sociedade, mas ainda com os terceiros com os quais contratou”³¹.

E, concluía o referido Magistrado dizendo que somente poderia o diretor se eximir da responsabilidade, provando que a sociedade tirou

²⁸ Lei Belga des Sociétés Anonymes (de 18 de maio de 1873) – art. 52. *les administrateurs sont responsables, conformément au droit commun, de l'exécution du mandat qu'ils ont reçu et fautes commises dans leur gestion. Ils sont solidairement responsables, soint envers la société, soit envers les tiers, de tous dommages, interêts résultant d'infractions aux dispositions du présent tire ou des status sociaux. Ils ne seront déchargés de cette responsabilité, quant aux infractions auxquelles ils n'ont pris part, que si aucune faute ne leur est imputable et s'ils ont dénoncé ces infractions à l'assemblée générale la plus prochaine après qu'ils en auront eu connaissance.*

²⁹ Acrescente-se, também, o art.147 do Código de Comércio Italiano, de 1882, que diz: *Gli amministratori sono solidariamente responsabili verso il socii e verso terzi...*

³⁰ As Sociedades Anonymas – 1888, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, p. 358.

³¹ Op. et loc. cit., p. 361.

proveito do seu ato; que esta ratificou o ato em assembléia geral ou que tinha dado ao terceiro conhecimento dos poderes que lhe haviam sido conferidos pela sociedade³².

J. X. Carvalho de Mendonça, em seu festejado Tratado de Direito Comercial³³, prelecionado sobre as regras contidas no revogado Decreto 434, ensinava que no caso de prática de ato culposo ou doloso por parte de administrador, que redundasse em prejuízo à sociedade, prevaleceria, por analogia a aplicação dos princípios relativos ao mandato. Portanto se excedem, os diretores, “os poderes, não obrigam a sociedade para com terceiros, ainda que se julguem na boa-fé de poder usá-los; obrigam-se a si próprios e diretamente, executando-se o caso – diz o Mestre – em que a sociedade se aproveitou do excesso de gestão, para, assim, impedir-lhe o enriquecimento ilícito.”

Trajano de Miranda Valverde, propositalmente, quando da elaboração de uma nova lei de sociedade por ações, que posteriormente se tornou o Decreto n. 2.627, apagou aqueles princípios atinentes à ação de responsabilidade dos administradores frente a terceiros, alegando, como se pode ver em sua obra, esta obedecer às regras do direito comum³⁴. Adotou ele, então, o novo modelo alemão de sociedade anônima que, como na reforma de 1965, não permite a limitação do poder de representação da diretoria com a conseqüente responsabilidade da sociedade frente a terceiros, tendo ela, posteriormente, ação contra os administradores faltosos? Esta é a primeira impressão que se tem quando o mesmo ilustre jurista, ao comentar o art. 121 do decreto n. 2627, diz: “quando a sociedade responde, perante acionista ou terceiros, por atos

³² Op. et loc. cit., p. 361.

³³ 1959, 6ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, vol. IV, p.76 a 78.

³⁴ Op. cit; vol.II, p.324, n. 637.

ilícitos de seus diretores, tem ela, é claro, ação regressiva contra eles para reaver a importância paga ao prejudicado”³⁵.

Mas, examinando-se mais detidamente a posição do insigne doutrinador, esta impressão rapidamente se apaga. Com efeito, quando comente o art. 116, Trajano de Miranda Valverde³⁶ diz que os poderes de gestão dos administradores define-se nos estatutos e, desde que as formalidades de publicidade e arquivamento tenham acontecido (Art. 50, parágrafo único), tem efeito, nesse particular, em relação a terceiros. Donde mais uma vez se conclui que a sociedade só é responsável, em princípio, pelos atos praticados pelos administradores competentes, na esfera de suas atribuições e nos limites dos seus poderes. Se, porém, os administradores excedem de seus poderes – diz o citado mestre Trajano De Miranda Valverde - nem todos estes excessos serão nulos, “e, sim, anuláveis, ou ineficazes em relação à sociedade”, pois poderá o ato ser ratificado pela assembléia geral dos acionistas de forma expressa ou então tacitamente se esta tomando conhecimento do ato violador e não tomar nenhuma medida. E acrescenta o ilustre jurista: “não haverá, porém, lugar para oposição ou reclamação toda vez que o diretor, ou terceiro interessado, conseguir provar que os resultados do ato ou operação beneficiaram a sociedade”³⁷. Donde se conclui que³⁸ as regras de direito comum a que se refere Miranda Valverde, são as regras atinentes ao mandato.

³⁵ Op. cit.; vol. II, p.324, n. 637.

³⁶ Idem; vol. II, p.297/298, n. 614.

³⁷ Op. et loc cit, vol. II. n. 616.

³⁸ Pensamos haver uma explicações para tal fato. A lei francesa de 14 de julho de 1867, em seu art. 44, dispôs quanto à responsabilidade dos administradores, da seguinte forma: *les administrateurs sont responsables, conformément aux règles du droit comum, individuellement ou solidairement suivant les cas, envers la société ou envers les tiers soit des fautes qu'ils auraient comises dans leur gestion, notamment en distribuant ou en laissant distribuer, sans opposition, des dividendes fictifs.*

Embora o legislador brasileiro tenha naquela lei se abeberado, não a reproduziu fielmente, mas aplicou todas as sua regras. Trajano de Miranda Valverde, frente aos princípios já consagrados no que tange a representação dos administradores ser equiparada ao mandato para fins de responsabilidade diante das regras gerais contidas no parágrafo único do artigo 50, suprimiu-as.

Diante do exposto, o Decreto-lei n. 2.627, ainda que possa parecer obscuro quanto ao referido, preservou aqueles princípios que foram ensinados pelos juristas que a antecederam.

A nova lei de sociedade por ações, da mesma forma que aconteceu no Decreto-lei n. 2.627, quando trata da responsabilidade dos administradores, silencia no que respeita a esta, frente a terceiros. Poderá, por isto, concluir-se que houve modificações? Imediatamente respondemos que não. A regra do parágrafo único do art. 50, do revogado Decreto-lei n.2.627, foi agora, na nova lei colocada em lugar próprio, não mais heterotopicamente, pois, agora, no parágrafo único do art. 172, tratando da competência dos administradores, assim dispõe: “serão arquivados no registro do comércio e publicadas as atas das reuniões do conselho de administração que contiverem deliberações **destinadas a produzir efeitos** perante terceiros”(o grifo é nosso).

Basta isto para concluir e responder ao mesmo tempo o inicialmente questionado, que a nova Lei de Sociedade por Ações, relativamente à responsabilidade dos administradores frente a terceiros, continua a reger-se pelos mesmos princípios de antanho, ou seja, os atos praticados pelos administradores com violação da lei ou dos estatutos não produzem efeitos relativamente à sociedade (a não ser que o ato seja ratificado pela assembléia, ou a sociedade tenha se aproveitado do ato), devendo o administrador responder pessoalmente pelo ato ilícito que prejudicou a terceiros, não podendo estes, conseqüentemente, acionar a sociedade. Cabendo, aqui, novamente salientar estarem ainda, na nova Lei da sociedades por Ações, mantidos os princípios apreendidos na evolução das sociedades-gerais e consagradas no Código Comercial de 1807.

6. LIMITAÇÕES DOS PODERES DOS ADMINISTRADORES E SEU REGISTRO, PARA VALER CONTRA TERCEIROS

Do que antes se examinou e somando-se o que determina o art. 143, IV, da Lei n. 6.404, resta claro que, desde que arquivados no Registro do Comércio os documentos que tratam das limitações dos poderes dos administradores serão eles oponíveis aos terceiros, não ficando conseqüentemente, a sociedade obrigada pelos atos infringentes, mas sim o administrador. Frente à sociedade o ato será ineficaz³⁹, não produz efeitos.

Contra este preceito, que, como vimos não é novo, rebelam-se muitos de nossos doutrinadores, salientando-se entre eles o Professor Eunápio Borges, que diz ser ele “além de sumamente nocivo à rapidez com que devem realizar-se os negócios comerciais, é de fato impraticável exigir-se, em cada caso, que terceiros examinem, nas Juntas Comerciais, os contratos ou estatutos das sociedades com que tratam”⁴⁰.

Continua sendo aquela, a forma de pensar do legislador europeu, na atualidade? Diante dos textos de lei, parece que não.

A Lei de Sociedade por Ações germânica, de 6 de setembro de 1965, em seu §82, assim dispõe:

(1º parte) O poder de representação da diretoria não pode ser limitado.

(2º parte) Em relação à sociedade, os membros da diretoria são obrigados a observar as limitações que, dentro dos preceitos relativos a sociedade anônima, sejam estabelecidos pelo estatuto, pelo conselho de supervisão, pela assembléia geral e pelas normas

³⁹ Propositamente, não nos utilizamos das expressões como nulo ou anulável, como o fez Trajano de Miranda Valverde, visto que o ato, negócio jurídico, relação, continua a produzir efeitos, não com relação à sociedade mas em relação ao terceiro e o administrador, que pode ser compelido a cumpri-lo ou indenizar as perdas e danos.

⁴⁰ Do Aval, 1975, 4ª. Ed.; Rio, Forense, p. 65.

negociais da diretoria e do conselho de supervisão, para a condução dos negócios sociais.

A lei francesa (Lei n. 66.537, de julho de 1966), sobre sociedades comerciais, no Capítulo Quatro, onde trata das sociedades por ações, no art.98, 2º parte dispõe: "les dispositions des statuts limitant les pouvoirs du conseil d'administration sont inopposables aux tiers".

E, mais adiante, na alínea 3ª do art. 113, repete a fórmula: "les dispositions des statuts où les décisions du conseil d'administration limitant ces pouvoirs sont inopposables aux tiers".

O código Civil Italiano, em seu art. 2.384, alterado pela Lei de 29 de dezembro de 1969, guarda a mesma forma das anteriormente citadas: "gli amministratori che hanno la rappresentanza della società possono compiere tutti gli atti che rientrano nell oggetto sociale, salvo le limitazione che risultano dalla legge o dall'atto costitutivo. Le limitzioni al potere di representaza che risultano dall'atto costitutivo o dallo statuto, anche se pubblicate, non sono oppnibili ai terzi, salvo che si provi che questi abbiano intenzionalmente agito a danno della società."

A propósito, vale aqui referir a lição de Gella, ocorrida muito antes de França e Itália adotarem o sistema alemão.

Diz o renomado jurista: "como tercer supuesto de la representación voluntaria, consigna el profesor italiano citado que el representante obre dentro del poder, o sea de las facultades de su mandante le confirió. Al estudiar este tercer requisito, cuya exactitud en las legislaciones latinas es inegable, forzoso es consignar la excepción que frente a ellas representan el Código de Comercio alemán y el federal de las obligaciones suizo. En efecto, en los indicados cuerpos legales, en un caso especial de representación comercial, que es la de los gerentes o factores de comerciantes individuales y de sociedades, la extralimitación en el poder no es obstáculo para que la representación subsista y para que el principal

quede obligado, siempre que el acto en que la extralimitación haya consistido entre dentro del giro normal de las operaciones de la empresa.

Es un precepto inspirado al legislador por la necesidad de proteger los intereses de los terceros de buena fe. Si cada vez que uno de esto contrata con el gerente de un establecimiento, tuviera que examinar si el poder que a este le estaba conferido por dueño comprendía o no el acto que trataba de concluir, la contratación mercantil se encontraría embarazada en alto grado; para evitar esta dificultad las legislaciones germánica y suiza, antes de abandonar, como hacen las latinas, al particular que entra en relación de negocios con aquél el cual de hecho está siempre expuesto a que el poder que no examina, ni generalmente puedo calificar por su falta de conocimientos jurídicos, sea insuficiente, antes de abandonar, decimos, a este particular, estatuyen, taxativamente, que es nula frente a tercero de buena fe toda limitación del poder con respecto a actos que entren en las operaciones normales del tráfico llevado a cabo por el principal.

He aquí por qué la representación que asume el facto o gerente de una empresa se diferencia substancialmente en el Derecho alemán y en el helvético de las otras formas de mandato mercantil; la primera no admite limitación a los actos corrientes del negocio; la segunda, sí; y por qué los tratadistas alemanes consignan que aquel apoderamiento (Prokura) es en dicha legislación un mandato formal, específico y de naturaleza abstracta, diferenciándose en esto de los demás apoderamientos comerciales (Handlungs Vollmacht). La ineficacia de la limitación del poder es sólo, naturalmente contra terceros que ignoran dicha limitación, pues en otro caso falta el supuesto esencial de la buena fe; y claro está que en el caso

de que el gerente se extralimite, si bien el dueño viene obligado a sufrir el contrato, aquél asumirá frente a éste las responsabilidades procedentes”⁴¹.

Em realidade, a lição que acabamos de transcrever parece estar a demonstrar que o legislador brasileiro cometeu grave falha em não adotar a experiência do legislador alienígena, continuado com um sistema que pode prestar-se a inúmeras fraudes. Mas, assim não ocorreu. Se pecou por um lado, o legislador, por outro como a seguir veremos, se redimiou!

7. BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A EQUIPARAÇÃO DA RESPONSABILIDADE DO ACIONISTA CONTROLADOR À DO ADMINISTRADOR

“A exacerbação da responsabilidade pessoal dos administradores, na sociedade anônima – diz Fábio Konder Comparato – não constitui uma solução adequada ao problema, pois nem sempre o titular do controle acionário ocupa cargos de direção na companhia; pode nomear, para tanto, seus homens de confiança, cujo patrimônio pessoal é, manifestamente, insuficiente para suportar o encargo das indenizações devidas”⁴².

Sem dúvida, a experiência nos mostra que a observação do citado autor é verdadeira.

Foi o deslumbramento com a *pessoa jurídica* que levou o esquecimento do homem que lhe é o sustentáculo.

Este pensar em muito contribui para que, se utilizando da pessoa jurídica um sem número das mais variadas formas de atos ilícitos fossem cometidos, sem que se pudesse atingir diretamente o, ou os, responsáveis.

⁴¹ Gella, Agustín Vicente Y. Curso de Derecho Mercantil Comparado. 1960, 4º ed., Zaragoza-Spain, F. Martinez, p. 204.

⁴² Op. Cit., p.352.

Os detentores do poder, agindo através de diretores *homem de palha*, às vezes desprovidos de qualquer patrimônio e, porque não dizer, de escrúpulos, ficavam inumes as responsabilidades advindas do ato praticado fraudulentamente.

Não restava ao terceiro prejudicado, em face da ineficácia do ato frente à sociedade e diante da insuficiência de patrimônio do administrador, nenhum recurso.

Utilizando as palavras acima no tempo pretérito, queremos chamar a atenção para o fato de que, no presente, o legislador, sensível àquele acontecimento corrigiu a falha, nos arts. 116 e 117 da nova Lei, dando os requisitos para alguém ser considerado acionista controlador:

Art. 116 – Entende-se por acionista controlador a pessoa, natural ou jurídica, ou grupo de pessoas vinculadas pó acordo de voto, ou sob controle comum, que:

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

Parágrafo único. O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objetivo e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidade, 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.

Para, após, em enumeração exemplificativa, apresentar sua responsabilidade:

Art. 17 – O acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder.

§ 1º - São modalidades de exercício abusivo de poder:

- a) orientar a companhia para fim estranho ao objeto social ou lesivo ao interesse nacional, ou levá-la a favorecer outra sociedade, brasileira ou estrangeira, em prejuízo da participação dos acionistas minoritários nos lucros ou no acervo da companhia, ou da economia nacional;
- b) promover a liquidação de companhia próspera, ou a transformação, incorporação, fusão ou cisão da companhia, como o fim de obter, par si ou para outro, vantagem indevida, em prejuízo dos demais acionista, dos que trabalham na empresa ou dos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia:
- c) promover alteração estatutária, emissão de valores mobiliários, ou adoção de políticas ou decisões que não tenham por fim o interesse da companhia e visem a causar prejuízos a acionistas minoritários, aos que trabalham na empresa ou aos investidores em valores mobiliários emitidos pela companhia.
- d) eleger administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente;
- e) induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou descumprido seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua, ratificação pela assembleia geral;
- f) contratar com companhia, diretamente ou através de outrem ou da sociedade na qual tenha interesse, em condições de favorecimentos ou não eqüitativas;
- g) aprovar ou fazer aprovar contas irregulares, por favorecimento pessoal, ou deixar de apurar denúncia que saiba ou devesse

saber procedente, ou que justifique fundada suspeita de irregularidade.

§2º. No caso alínea e) e do §1º, o administrador ou fiscal que praticar o ato ilegal responde solidariamente com o acionista controlador.

§3º. O acionista controlador que exerce cargo de administrador ou fiscal tem também os deveres e responsabilidades próprios do cargo.

Como aqui se pode ver, por forma indireta, e ainda incipiente, adotou-se a *disregarding the corporate fiction*".⁴³, que – como anota Fábio Konder Comparato – é uma criação jurisprudencial dos tribunais americanos, “na linha de influência da equity e de sua preocupação com a justiça do caso concreto, tornado o juiz autêntico criador do direito (judge made law)”⁴⁴.

A propósito, para termos bem presente o espírito do juiz americano, recordemo-nos das palavras referidas por Benjamin N. Cardozo ao tratar da natureza do processo judicial⁴⁵: “os tribunais devem buscar esclarecimentos entre os elementos sociais de toda espécie as forças vivas atrás dos fatos com que se relacionam”.

No que respeita, ainda, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica diz Fábio Konder Comparato: “a separação de patrimônios, efeito

⁴³ Para termos uma noção mais exata do trata este instituto, e para evitar-se distorções transcreve-se a seguir, exposição de A. Lincoln Lavine, in Manual on Commercial Law, 1958, 2º ed., New York, Prentice-Hall, Inc., páginas 374/375: *Disregarding the corporate fiction: fraudulent devices. Were persons utilize the corporate entity for the achievement of illegal or fraudulent ends, the courts will penetrate the corporate fiction and deal directly with the realities. Thus, persons will not be permitted to evade existing debts and obligations by resorting to the corporate form of doing business. EXAMPLES – (1) Smith discovered that his government land grants were void. Anticipating a suit to annul the grants on the ground of fraud, Smith formed a corporation and deeded the lands to it, but suppressed the transfer by failing to record his deed to the corporation. The government, assuming that Smith was still the owner, sued Smith, who contrived to drag the law suit out for more than six years, by which time the statute of limitations would normally outlaw such government suits against the true owner. Smith then disclosed that he was no longer the true owner. Upon discovery of the facts, the United State Supreme Court refused to allow Smith's trick to succeed. The corporation, being wholly owned by Smith, was charged with knowledge of the facts and was required to give up the lands. (2) A group of men sold out a fish business and, in so doing, agreed not to engage in he fish business in the same locality. Immediately thereafter, they organized a corporation to carry on the fish business in competition with the old concern. Ignoring the corporate entity, and granting an injunction against this violation of an agreement not to compete, the court pointed out that “a court of equity looks at the substance, and not merely at the form.” However, where the corporation is not chargeable with guilty knowledge of the wrong, the court will not disturb the corporation fiction. EXEAMPLE – Where the owner of a business sells its assets to corporation but says nothing about its liabilities, and the corporation has no knowledge of such liabilities, the creditors of the old business have no redress against the corporation. But where the corporation was formed or is largely owned by the seller, its separate existence will be disregarded and it will be deemed merely an “alter ego” of the seller.*

⁴⁴ Op. cit. p. 295

⁴⁵) A Natureza do Processo e a Evolução do Direito. Tradução de Leda Boechat Rodrigues, 1956, Rio de Janeiro, Ed. Nacional de Direito, p.5.

fundamental da personalização, e que pode ser atingido por outras técnicas de direito, como lembramos, deve ser normalmente afastado, quando falte um dos pressupostos formais, estabelecidos em lei; e, também, quando desapareça a especificidade do objeto social de exploração de uma empresa determinada, ou do objeto social de produção e distribuição de lucros – o primeiro como meio de se atingir o segundo; – ou, ainda, quando ambos se confundem com atividades ou interesses individuais de determinado sócio”. A sanção jurídica, em tais casos, não deve ser, indistintamente, a nulidade (absoluta ou relativa) do ato, negócio, ou da relação, mas a ineficácia⁴⁶ “.

E conclui o brilhante comercialista: “um dado, porém, e certo. Essa desconsideração da personalidade jurídica é sempre feita em função do poder de controle societário”⁴⁷.

Como apontemos no item anterior, redimiou-se o legislador ao equiparar o administrador ao controlador, quando aquele comete ilegalidades a mando deste.

No início, as sociedades gerais existiam somente em relação aos indivíduos que as formavam, e estes eram diretamente responsáveis pelos atos praticados. Hoje, se reconhece a sociedade e procurara-se protegê-la, mas se responsabiliza diretamente aquele que praticam atos capazes de desvirtuar a sua finalidade.

8. CONCLUSÃO

Lembremo-nos de Locke (1642-1704), o qual, entre outros desenvolveu, na época, o conceito de propriedade havida pelo trabalho, o de classe empresarial, a essência da economia capitalista de empresas. Acrescente-se a isso a impotência do Estado para atender todos os

⁴⁶ Op. cit., p.294.

⁴⁷ Op. cit. , p. 295.

serviços que a época estava a exigir, o que propiciou não só o surgimento das sociedades anônimas, mas abriu da Revolução Industrial.

Alinhe-se, também, a necessidade de grandes capitais para a realização de empreendimentos econômicos exigidos, visto já não mais poder a fortuna de um ser, sozinho, enfrentar estes empreendimentos.

Em decorrência, passou-se, aí, a dar maior importância às sociedades anônimas. E a preferência dada a este tipo especial societário, por ser a única forma, então, de limitação da responsabilidade, modificou o conceito de propriedade sobre a *riqueza*.

Ao propósito desta última afirmação, vale lembrar a apreciação realizada por O. Von Neel Breuning⁴⁸, sobre a filosofia econômica desenvolvida por Werner Sombart: “na era capitalista, a economia, em frente da política desembaraçou-se dos laços sociais e, prolongado sua influência, desarticulou e desagregou a ordem social”. O sentido da economia não é a ganância de dinheiro (acumulação de maior valia), mas sim a preparação de bens e a prestação de serviços valiosos em prol da comunidade. A economia como relação entre fins e meio, é autônoma; mas o homem determina com liberdade e, portanto, com responsabilidade quais os fins a que os meios devem ser endereçados (*validade ou legitimidade* dos fins).

Fazendo nossas as palavras produzidas no prólogo do brilhante trabalho do professor Fábio Konder Comparato⁴⁹, “o problema fundamental da economia moderna não é mais a titulariedade da riqueza, mas o controle da mesma”.

De fato, antes de assim concluir anotou o ilustre comercialista no citado trabalho, “a moral tradicional sempre se preocupou com a excessiva

⁴⁸ Colaborador de Philosophisches Wörterbuch de Walter Brugger. 6º Ed., 1957, Freiburg (Alemanha), Verlag Herder & Co., p. 149.

⁴⁹ Op. cit., p. 213.

concentração da riqueza, numa perspectiva meramente distributiva, em que o usuário aparecia, indefectivelmente, como vilão da história. A civilização industrial, no entanto, veio demonstrar que importante não é a riqueza em si, mas sua efetiva disposição no ciclo produtivo. Harpagão, hoje, seria um desconhecido depositante em caderneta de poupança, totalmente marginalizado no mundo dos negócios. Em seu lugar de protagonista, na cena econômica, aparece o titular do poder industrial”.

De fato, com o passar dos tempos não mais pode intitular-se aquele que pertencia a uma sociedade, como proprietário da mesma, pois que, ao dar criação a uma sociedade, as pessoas naturais ou mesmo jurídicas não têm mais o direito sobre a coisa, mas sim, à coisa.

A atividade econômica, não só a societária, cria uma série de dependência às quais dizem respeito aos empregados, aos fornecedores, ao público em geral, ao Estado, como fonte de receita do erário, o qual com isto, poderá melhorar as condições da comunidade em que atua a sociedade. Diante das necessidades de melhorar aparelhar-se, de remodelar e ampliar as instalações de seus estabelecimentos comerciais, as sociedades se vêem obrigadas a reinverter quase todo o lucro auferido. Concomitantemente, necessita de sempre procurar aumentar seu capital, o que invariavelmente faz com os lucros auferidos no final do exercício, para obter maior crédito e melhor projeção no mundo dos negócios. As despesas fiscais e previdenciárias, a obrigatoriedade de estabelecer reservas determinadas em lei e nos estatutos, fazem com que se esvazie, às vezes completamente, os lucros finais auferidos pela atividade de uma sociedade. Por isto, os sócios, principalmente no que respeita as sociedades-gerais ao estabelecerem a criação de uma sociedade, nada mais fazem do que, às vezes, garantir uma boa remuneração pelo trabalho desenvolvido em prol da comunidade. O mesmo ocorre com as sociedades anônimas, pois no que a aplicação de capital é atingida, os seus

acionistas, por vezes, como é sabido, não conseguem obter uma justa renumeração (juros mais desvalorização da moeda), fato este que a nova lei das sociedades por ações pretende corrigir, mas que entendemos diante dos motivos explicativos, ser quase impossível.

Ultrapassamos e aperfeiçoamos, pois, o conceito primevo das sociedades anônimas. Sua importância passou a não mais ficar restrita somente aos sócios ou controladores, mas frente aos que nela trabalham, a comunidade, o Estado etc. É graças e através dela que podem ser realizados em benefícios da humanidade.

Esta atividade, tanto na sociedade anônima, como nas sociedades anônimas, como nas sociedades em geral, deverá ser exercida em nome dela, através de administradores competentes, os quais, dado os aspectos antes enfocados, recebem-na *fiduciariamente*. E, nesta qualidade de *proprietários fiduciários*, têm o dever de não se utilizar dela para seu próprio benefício, nem tampouco ir contra os princípios que, entendemos serem gerais, de respeito à lei, ao estatuto e de atender às exigências do bem público e à função social da empresa; responsáveis que são perante os que nela trabalham e perante a comunidade em que atuam (art.154 e parágrafo único, do art.116, da lei n. 6.404).