

Responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima e exclusão de responsabilidade

*Brenno Roberto Amorim Barcelos**

Resumo

Ganha destaque no mercado de capitais brasileiro, que ainda sofre o forte impacto relacionado à crise econômica mundial que atingiu catastróficamente as sociedades anônimas nacionais, o estudo da responsabilidade civil dos administradores das companhias de capital aberto, sobretudo, a natureza jurídica dessa responsabilidade, as hipóteses de exclusão e os limites objetivamente encontrados para o sucesso da ação reparatória, cotejando não só suas causas, mas discutindo possíveis soluções.

Palavras-chave: Sociedade anônima. Mercado de capitais. Responsabilidade civil. Órgãos de administração.

Introdução

Será objeto do presente estudo a responsabilidade civil dos administradores de sociedades anônimas de capital aberto em bolsa. Para tanto, é indispensável a análise da estrutura organizacional dos órgãos das corporações, em especial do conselho de administração e da diretoria executiva, para avaliar se a responsabilidade é individual ou coletiva.

Com base nessa estrutura, será abordada a natureza jurídica da responsabilidade dos administradores, se objetiva, subjetiva ou, ainda, se subjetiva com presunção de culpa, pautando-se não só nos dispositivos legais de regência da matéria, disciplinada na Lei nº 6.404/1976 – Lei das Sociedades por Ações (LSA) –, mas também nos estudos de balizada doutrina, cotejando os pontos de vista antagônicos.

Recebido em: 01/12/2015 | Aprovado em: 20/03/2016

<http://dx.doi.org/10.5335/rjd.v30i2.5551>

* Advogado. Mestrando em Direito Empresarial na Universidade Estadual Paulista Julio de Mesquita Filho, Franca. Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior. E-mail: brenno.roberto@hotmail.com

A abordagem não será meramente teórica, pois, alcançará relevante situação de irresponsabilidade por uma limitação objetiva, qual seja a inefetividade da tutela condenatória em face da ausência de patrimônio por parte do administrador responsável, suficiente para reparação integral do dano, e ainda, a resposta escolhida pelo legislador para essa circunstância.

Por fim, será problematizada hipótese de exclusão de responsabilidade, denominada *business judgment rule*, qual sua aplicação no ordenamento jurídico nacional como forma de concretização da responsabilidade dos administradores e sua correlação com os deveres legais, observada a característica peculiar de obrigação de meio que permeia a atuação dos gestores, impedindo que eles sejam responsabilizados por condutas lícitas, embora tenham trazido prejuízos para a companhia, o que importaria em transferir os riscos da atividade para os administradores.

Prejuízo societário e responsabilidade civil do administrador de sociedades anônimas

Deve ser esclarecido, em um primeiro momento, que a responsabilidade dos administradores aplica-se a conselheiros e diretores, nos termos do art. 145, da Lei das Sociedades por Ações. É de capital importância que os dispositivos referentes a deveres e responsabilidades dos administradores¹ não sejam aplicados mecanicamente, sem prévia interpretação, à luz das estruturas, modalidades e atividades dos órgãos da administração para se evitar os excessos.

É fundamental que no momento de se aplicar esses dispositivos, seja dada a merecida atenção e se compreenda com a profundidade necessária, as estruturas desses órgãos sociais, seja o conselho de administração, seja a diretoria, bem como suas respectivas formas de atuação, sem ignorar suas especificidades, notadamente quanto à forma de agir e de deliberar, se individual ou coletiva.²

Os diretores, por integrarem um órgão da administração não coletivo, a diretoria, desempenham o exercício de seus deveres de forma individual. Assim,

¹ BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm>.

² CVM - Comissão de Valores Imobiliários (Brasil). Sessão de Julgamento do Inquérito Administrativo CVM Nº TA RJ2002/1173. 2003. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2003/20031002_PAS_RJ20021173.pdf Acesso em: 10 dez. 2015.

a manifestação de vontade pelos diretores, ainda que isoladamente, dentro de suas atribuições estatutárias e legais, é plenamente eficaz como vontade emanada pelo órgão. Já para os conselheiros, diferentemente do que ocorre com os diretores, o exercício dos deveres legais faz-se pela manifestação da maioria dos seus integrantes.

A vontade, nesse caso, é coletiva, pois emana de maioria de sua composição. Todavia, do ponto de vista externo, trata-se de manifestação unilateral da vontade, ou seja, do próprio órgão – conselho de administração – vinculando em todos os seus efeitos jurídicos os seus membros.

Dessa feita, a estrutura organizacional dos próprios órgãos refletirá na maneira como se dará a responsabilidade dos administradores. Assim, salvo conluio, negligência ou outra forma omissiva violadora de dever, nenhum diretor será responsável por ato de outro diretor, observada a individualidade na formação da vontade da diretoria.

Já no que respeita ao conselho de administração, a responsabilidade será, em um primeiro momento, de todos os seus membros, portanto, colegiada, pois na formação da vontade do órgão é necessária a manifestação de todos os conselheiros. Os conselheiros discordantes, que deixarem consignado em ata seu voto discordante e divergência, ou mesmo se utilizarem de expedientes exoneradores de responsabilidade, desde que demonstrem inequivocamente a discordância, tal como através de notificação à assembleia geral ou à diretoria.

De suma importância destacar que a abstenção de voto, em regra, não elide a responsabilidade do conselheiro. Isso porque, o conselheiro que se abstém de votar em matéria de sua competência, não está exercendo a sua função de modo adequado, sendo, pois sua abstenção equivale à omissão.³

Como bem esclarece Nelson Eizirik,⁴ dentre as características essenciais para aplicação das normas relativas à responsabilidade, ao caso concreto, estão: a análise da forma de funcionamento do órgão em que atua o administrador, se colegiado ou se executivo; e se há funções específicas atribuídas ao administrador, definidas no estatuto ou em outro documento interno da companhia.

O que se pretende distinguir com tais diferenciações é sobre a culpabilidade do administrador, pois não se pode responsabilizar da mesma forma e

³ CVM - Comissão de Valores Mobiliários. Sessão de Julgamento do Inquérito Administrativo CVM Nº 04/99. 2002. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anejos/2002/20020417_PAS_0499.pdf Acesso em: 10 dez. 2015.

⁴ EIZIRIK, Nelson. A Lei das S/A comentada: Arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. II. p. 312.

intensidade os administradores, em decorrência de certa infração, se a órbita de atuação de cada um é distinta, se os momentos em que têm acesso à informação, dados e relatórios são diferentes, assim como são diversas as possibilidades de atender aos deveres legais em cada caso concreto.

Feita essas considerações iniciais, passa-se ao exame da natureza jurídica da responsabilidade dos administradores.

Natureza jurídica da responsabilidade dos administradores

É amplamente majoritário⁵ o entendimento de que a responsabilidade de diretores e membros do conselho de administração deflui de infração à lei ou ao estatuto, e não de inadimplemento a contrato, tratando-se, pois, de responsabilidade aquiliana, delitual ou *ex lege*.⁶

Assim, haverá a irresponsabilidade dos administradores pelos atos regulares de gestão, de modo que o administrador atua como órgão da sociedade e se dentro dos limites legais e das atribuições conferidas pelo estatuto, a rigor, é a companhia quem pratica o ato e contrai a obrigação. Somente surgirá a responsabilidade civil quando, dentro de suas atribuições, atuarem os administradores com culpa ou dolo, ou quando agir com violação da lei ou do estatuto, nos termos do art. 158, I e II, LSA.

Nelson Eizirik⁷ sintetiza a questão de a responsabilidade civil ser subjetiva ou objetiva, conforme o inciso violado (incisos I ou II, art. 158, LSA) argumentando que os atos irregulares de gestão se confundem com os atos praticados com violação da lei ou do estatuto, não havendo, pois, necessidade de dois conceitos jurídicos para a mesma situação.

A primeira hipótese legal que enseja a responsabilidade civil dos administradores dá-se quando ele atua com dolo ou culpa, porém dentro de suas atribuições, ou seja, embora praticando ato regular de gestão, atua com culpa ou dolo. Os prejuízos que advenham dessa conduta serão imputados à responsabilidade da companhia, uma vez que, conforme já explicitado, os atos, a rigor

⁵ Nesse sentido: EIZIRIK, 2011, p. 399 e CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3.

⁶ É importante destacar que com a introdução dos níveis diferenciados de governança corporativa, que trazem expressamente em seu bojo, novos deveres aos administradores e ainda, atento à natureza eminentemente contratual da relação jurídica travada entre a sociedade anônima de capital aberto e a BM&FBovespa, estas novas obrigações tem natureza contratual e, portanto, seu desrespeito implicará em inadimplemento dos administradores.

⁷ EIZIRIK, 2011, p.401.

são da sociedade. Evidente, igualmente, que responderá o administrador solidariamente com a empresa pelos danos, ou ainda poderá a sociedade propor ação regressiva contra ele.

Uma vez elucidada a questão da responsabilidade perante terceiros, insta estudar a responsabilidade dos administradores perante a sociedade, que é a questão mais tormentosa, tendo em vista o aparente conflito entre os parágrafos do art. 158 da LSA.

Em um primeiro momento, no § 1º, primeira parte, o legislador dispôs que o administrador não será responsável por atos ilícitos de outros administradores, a não ser que seja conivente com tal prática, ou negligente ao descobrir os ilícitos perpetrados, e, por fim, nos casos em que tiver conhecimento, deixar de agir para impedir sua prática.

No estudo da responsabilidade, essa regra geral incide quando se trata de prática de ato eivado, ao menos de culpa em sentido estrito, de modo que ao administrador, que sequer tenha agido culposamente, não poderia ser cogitada sua responsabilização em decorrência de ato de outro administrador. As ressalvas legais seriam dispensáveis, pois nas hipóteses elencadas haverá, verdadeiramente, culpa por parte do administrador que for conivente, negligente ou omissivo, consubstanciando, portanto, em violação do dever de diligência.

Por sua vez, o mesmo § 1º em comento, porém, em sua parte final, dispõe o procedimento a ser adotado pelo administrador que discordar da deliberação ou conduta a ser praticada pelo órgão a que pertence. Assim, deverá o dissidente fazer constar sua divergência em ata de reunião do órgão, ou não sendo possível, que dê ciência ao órgão de administração, conselho fiscal ou à assembleia geral, de modo a demonstrar inequivocamente sua discordância com a postura a ser adotada.

Portanto, o § 1º traz uma regra de irresponsabilidade por atos de outro administrador e uma forma de excluir a responsabilidade, sobretudo, nos casos em que a deliberação for colegiada, antevendo o administrador que a deliberação tomada trará prejuízos à sociedade, pois violadora dos deveres a eles impostos.

Já o § 2º, do mesmo art. 158, impõe responsabilidade solidária pelos prejuízos causados em virtude de descumprimento de dever legal que objetiva assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que pelo estatuto tal dever não caiba a todos os administradores. Ou seja, esse dispositivo vai na

contramão do anterior, prevendo a responsabilidade solidária por atos de outros administradores.

Entretanto, antes de qualquer aprofundamento acerca desse dispositivo, insta de imediato destacar que o § 3º, do mesmo art. 158, elucida que para as companhias abertas, objeto do presente estudo, a responsabilidade quanto aos atos para o normal funcionamento da empresa fica restrita aos administradores que tenham a atribuição específica de dar-lhes cumprimento.

Portanto, é possível concluir que, nas sociedades anônimas de capital aberto, os administradores que possuem deveres especialmente atribuídos pelo estatuto, responderão pela violação de tais deveres, não se cogitando, nesse caso, de responsabilização solidária entre todos os administrados, de modo que o resultado obtido é exatamente a regra geral insculpida no § 1º que preceitua a irresponsabilidade pelos ilícitos causados por outros administradores.

Uma vez bem assentadas tais questões, resta o § 4º, do art. 158, que dispõe hipótese de solidariedade entre o administrador atual, que tem conhecimento do descumprimento de deveres de seu predecessor ou do descumprimento dos deveres especialmente impostos pelo estatuto a determinado administrador e, de posse de tais informações, não comunica o fato à assembleia geral.

Se o administrador tem conhecimento de que seu colega não tem dado fiel cumprimento aos deveres que estatutariamente lhe fora outorgado ou, ainda, tem ciência do descumprimento de obrigações por parte da gestão anterior, é seu dever que comunique tais circunstâncias ao órgão máximo da sociedade, qual seja, à assembleia geral, pois tal conduta é consectária dos deveres de diligência, lealdade e de informar.

Assim, é possível concluir que quanto à sistemática de responsabilização dos administradores a regra é a responsabilidade individual, podendo ser solidária quando a prática de atos irregulares emanarem de órgão colegiado,⁸ uma vez que a vontade é tomada atendida as manifestações individuais de todos os membros, o que a rigor, também confirma a regra geral, já que o gestor responderá por conduta própria e, em caso de discordância, para desonerar-se da responsabilidade, deverá consignar em ata ou dar ciência por escrito ao órgão superior de sua vontade destoante.⁹

⁸ Nesse sentido: TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1. p. 573.

⁹ Buscando elucidar a temática exposta, Nelson Eizirik propõe como exemplo o caso de um conselheiro que tem acesso à informação privilegiada e a utiliza em proveito próprio ou de terceiro, concluindo que nessa circunstância sua responsabilidade será individual. Em que pese os argumentos do insigne professor, o exemplo não contempla a problemática da questão, uma vez que no caso proposto não houve qualquer manifestação de órgão colegiado tampouco qualquer hipótese de responsabilidade solidária, por óbvio, a responsabilidade será individual, pois não houve ato vinculado à função do órgão. Eizirik, 2011, p. 406.

É possível concluir, portanto, que responderão os administradores pelos prejuízos causados em decorrência da prática de atos *ultra vires* (art. 158, II, LSA) e quanto aos atos *intra vires*, responderão a título de culpa ou dolo (art. 158, I, LSA).

Limites objetivos para a responsabilidade civil e a criminalização dos atos ilícitos dos administradores

Conforme explicitado o presente trabalho tem o escopo de analisar a problemática envolvendo a responsabilidade civil de administradores por prejuízos causados à sociedade anônima. Em que pese os esforços engendrados para tal finalidade não podemos deixar de lado, uma vez mais, a crescente utilização pelo legislador do direito penal, como meio de coerção e prevenção às infrações dos administradores.

A criminalização da conduta do *insider trading*, qual seja, a conduta de se utilizar indevidamente de informação privilegiada. Há ainda que duas outras condutas dispostas no art. 27-C e 27-E da Lei nº 6.385, que consistem em manipulação do mercado e exercício irregular do cargo.

A importância em citar mencionados dispositivos está no fato que a violação de deveres pode ensejar não só a responsabilidade cível, mas também a responsabilidade criminal. Dentre as razões dessa tendência à criminalização¹⁰ dos atos ilícitos dos administradores, a principal delas está no fato de que a responsabilidade civil somente mostra-se uma sanção verdadeiramente eficaz se o autor do delito tem patrimônio significativo. Caso contrário, o temor da responsabilidade civil não impede seus atos, uma vez que não haverá o que temer. Ressaltando que o prejuízo resultante de determinada conduta pode ser tamanho¹¹ que somente uma fortuna privada poderia suportar o peso da reparação devida.

Daí a tendência de se acrescentar à responsabilidade civil, a penal, que tem uma função ao mesmo tempo repressiva e preventiva e que não encontra

¹⁰ Conforme apontado por Tomazette, o legislador pátrio criminalizou a prática do *insider trading*, na expectativa de que com a criminalização da conduta haja uma prevenção mais eficiente efetiva e com isso aumenta-se a credibilidade do mercado. Tomazette, 2014, p. 566.

¹¹ STJ - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.313.725. Relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva. Brasília, 26 de junho de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/me-diado/?componente=ITA&sequencial=1157515&num_registro=201102869474&data=20120629&formato=PDF Acesso em: 10 dez. 2015.

obstáculo diante da enorme diferença entre o patrimônio da companhia e o patrimônio particular do administrador, levando o legislador à instituição de novos tipos penais com o intuito de se proporcionar tutela mais eficaz do mercado de capitais.

Tal iniciativa é passível de críticas, conforme apontado por Carvalhosa,¹² não se deve tentar lograr uma estabilidade das bases econômicas e financeiras de um estado democrático mediante o uso de um instrumento repressivo, rotulador, excludente e, até mesmo, irracional, como é o sistema punitivo criminal brasileiro.

Pela variada possibilidade de sanções, que abarcam diversas searas, podendo ter caráter cível, penal e administrativo, é possível constatar que o nosso ordenamento jurídico absorveu a tendência ao agravamento da responsabilidade dos administradores, seja pela qualidade e quantidade de sanções impostas.

Essa tendência é atribuída à crescente função social da empresa, sobretudo das sociedades anônimas de capital aberto e à necessidade de proteção dos investidores/poupadores e de segurança do próprio mercado de capitais.

Exclusão de responsabilidade e a teoria da *business judgment rule*

Dada a flexibilidade do conceito dos deveres dos administradores, desenvolveu-se nos Estados Unidos da América, a partir de uma série de decisões judiciais, a chamada *business judgement rule*, que culminou na criação de um *standard*, naquele país, para o controle dos atos praticados pelos administradores.

Dentre os objetivos principais, destacou-se o de se evitar que os tribunais substituam os administradores, ou seja, por meio da *business judgement rule* vedou-se ao Poder Judiciário realizar uma análise de mérito *a posteriori* da conduta do administrador, sobretudo, sob a influência do resultado final da ação, que nos casos levados às cortes tem como regra, serem desastrosos. Por isso, recebeu a denominação de regra de julgamento ou decisão empresarial.

Com base nessa teoria, as decisões tomadas pelos administradores não podem ser revistas pelos tribunais, e conseqüentemente, não os sujeitarão à ação

¹² CARVALHOSA, 2014, p.502.

de responsabilidade, desde que obedecido os deveres legais e estatutários, ainda que a decisão em si revele-se inadequada ou malsucedida.

O que se assentou com essa teoria é a concessão de liberdade ao gestor para decidir sobre a oportunidade e conveniência de seus atos. Para tanto, foi-lhes concedida a proteção às decisões que tomarem, quando devidamente informadas, imbuídos de boa-fé e almejando aos interesses da companhia, encorajando-os a assumirem cargos de gestão e a correr os riscos inerentes à atividade empresarial.

No direito brasileiro, é assente na doutrina¹³ e na jurisprudência administrativa¹⁴ que o art. 159, § 6º, da LSA, inequivocadamente consagrou a *business judgment rule* ao proteger o administrador quando se constatar que agiu de boa-fé, visando atingir os melhores interesses da companhia. A regra visa dar maior materialidade aos deveres dos administradores, uma vez que possibilita a sua aferição diante de casos concretos.

Em que pese certa unanimidade quanto à existência da *business judgment rule* no direito pátrio, a sua aplicação, tanto em tese como em casos práticos, gera bastante controvérsia.

É notório que um gestor competente, bem intencionado, informado, capacitado e leal aos seus deveres, pode tomar decisões que, em médio ou longo prazo, acarretem à companhia grandes lucros. Por esse motivo, teria as regras da *business judgment* a função de encorajar pessoas competentes a se tornar administradores, pois sem essa regra tais indivíduos reclinar-se-iam da ideia de ser administradores por receio de serem responsabilizados pessoalmente.

Assim, a *business judgment rule* reconhece que os atos dos administradores por si só representam um risco e são incertos quanto aos seus resultados, por isso, encorajar os administradores a se engajar em atividades que tem potencial de trazer à sociedade ótimos retornos, mesmo que com alguns riscos inerentes aos negócios, é imprescindível.

Para a doutrina creditada nessa teoria, os administradores necessitam de discricionariedade para entrar em novos mercados, desenvolver novos produtos, inovar e assumir riscos, sem se responsabilizar pelo insucesso.

¹³ BLOK, Marcella. Business judgment rule: a responsabilidade dos administradores das Sociedades Anônimas. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 12, n. 46, p. 129-161, out./dez. 2009.

¹⁴ CVM. Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2005/1443. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anejos/2006/20060510_PAS_RJ20051443.pdf. Acesso em: 10 dez. 2015.

Exclusão de responsabilidade e violação dos deveres legais

Defensora incontestada da regra de decisão empresarial, Marcella Blok¹⁵ entende com bastante otimismo que a teoria tem o escopo de evitar a responsabilização indevida dos administradores por suas decisões e que, em seu entender, os tribunais brasileiros, quando são provocados, responsabilizam os administradores das sociedades anônimas por todo e qualquer prejuízo.

E mais, segundo a autora¹⁶ a *business judgment rule* evita que o Poder Judiciário envolva-se diretamente em intrincados processos decisórios, tarefa para a qual não está devidamente equipado a fazê-lo. Os administradores sim, pois, na maioria dos casos, são mais qualificados que os próprios magistrados no que tange às tomadas de decisões.

Entretanto, não são tais argumentos convincentes, pois, a própria autora em sua obra *Business Judgment Rule: a responsabilidade dos administradores das sociedades anônimas* não menciona sequer um julgado de tribunal brasileiro condenando indevidamente os gestores da companhia por quaisquer prejuízos.

O que se encontra, em verdade, é a prevalência de hipóteses de irresponsabilidade por parte dos administradores. Vale citar o caso Sadia, que envolveu prejuízos acima de 1 bilhão de dólares em operações com derivativos não autorizadas e que o egrégio Superior Tribunal de Justiça (STJ), no REsp 1.313.725, entendeu que o “recorrente – leia-se administrador – está livre da responsabilidade que se lhe quer imputar”.¹⁷

Ainda que no recurso especial citado, não tenha adentrado, o STJ, no mérito da questão, consoante já explicitado, a conclusão do tribunal foi pela irresponsabilidade do ex-diretor. No mesmo sentido – pela irresponsabilidade dos administradores – tem-se recente Recurso Especial nº 1.515.710/RJ, também refutando, portanto, a tese levantada por Blok.¹⁸ Assim, sustentar que juízes,

¹⁵ BLOK, 2009, p. 129-130.

¹⁶ BLOK, 2009, p.144.

¹⁷ STJ - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.313.725. Relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva. Brasília, 26 de junho de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1157515&num_registro=201102869474&data=20120629&format=o=PDF Acesso em 10 dez. 2015.

¹⁸ A tese levantada por Blok, 2009, parece consentânea com a realidade empresarial vivida nos Estados Unidos da América, sobretudo, após a entrada em vigor da Lei Sarbannes Oxley, que tem o escopo de estabilizar o conturbado mercado de capitais norte-americano que enfrenta forte crise pelo colapso de escândalos financeiros e contábeis em suas principais companhias. Assim, a denominada SOX impôs pesadas sanções aos administradores de sociedades anônimas abertas que apresentassem irregularidades. Portanto, nos tribunais ianques prevaleciam as condenações nas ações de responsabilidade e até mesmo sanções penais. Já em terras brasileiras tem prevalecido a irresponsabilidade.

desembargadores e ministros não podem se imiscuir nas decisões tomadas pelos administradores sob o argumento de que não estão aptos, não passa de uma falácia.

O Poder Judiciário cotidianamente resolve as mais intrincadas questões, importando em situações tão ou mais complexas que as envolvidas na gestão empresarial, questões que envolvem os mais variados ramos da ciência, desde casos envolvendo as ciências biológicas, que vão de medicamentos, questões de saúde e até mesmo a respeito da definição do que é vida, passando por lides que envolvem conhecimentos das ciências exatas e também da área humanística.

Para tanto, é absolutamente dispensável que o magistrado domine todas as áreas do conhecimento, inclusive no que diz respeito à administração de empresas. Para tanto, mune-se o magistrado de um aparato técnico com capacidade para auxiliá-lo, seja por intermédio de peritos ou de serventuários.

Assim, é incompatível com o princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição, insculpido no art. 5º, XXXV, da Constituição federal, a argumentação de que não se pode levar ao Poder Judiciário as questões envolvendo o processo decisório sob a rubrica da ausência de conhecimento do magistrado acerca da administração de empresas.

Consoante já explicitado no presente trabalho, o moderno *standard* de diligência, que implica no gestor consciencioso e profissional, pode ser objeto de avaliação se ocorrer a violação dos deveres legalmente impostos, pela comparação entre a conduta tomada e a conduta indicada entre os *experts* em administração de empresas.

Portanto, inviável exigir-se do administrador que traga obrigatoriamente bons resultados à sociedade anônima, pois, implicaria em impor obrigação de resultado, contrariando a própria sistemática de responsabilidade pela gestão societária, que tem por base condutas culposas, em sentido amplo, violadoras da lei ou do estatuto. Cabe à autoridade judicial ou administrativa – CVM – analisar, para efeito de responsabilização judicial e administrativa, o processo de tomada de decisão, e não a decisão efetivamente tomada pelo administrador.

Embora, haja a tendência natural do ser humano de procurar culpados por eventuais insucessos, o que tem colocado altos gestores de sociedades anônimas abertas em evidência, seja pelo fracasso, seja pelo sucesso, e em que pese essa tendência natural de atribuir a vitória e a derrota unicamente a uma pessoa ou a seletos grupos, no âmbito das responsabilidades dos administradores, deve-se compreender que suas obrigações são de meio e não de fim.

A obrigação de meio caracteriza-se pela tomada de condutas capazes de alcançar o objeto social pretendido e, conseqüentemente, gerar valor ao patrimônio administrado. Já violação às obrigações de meio podem ser perpetradas por ações ou mesmo omissões no exercício de atividades a que o agente se comprometeu a realizar.

Em regra, vislumbram-se condutas comissivas capazes de causar danos à sociedade, tal como o caso envolvendo um administrador da então Sadia S.A., que se envolveu em operações de derivativos. É evidente que se está diante de uma ação, portanto conduta comissiva, estranha aos fins pretendidos pela companhia em questão e que dessa ação resultou prejuízo bilionário.

Outrossim, com uma conduta omissiva também será possível violar os deveres legais, concretizando-se em uma omissão danosa. É o caso de administradores coniventes em não denunciar à assembleia geral os atos irregulares de outros gestores, ou ainda, a situação de ação social *ut singuli*, derivada da abstenção de representação, pela não propositura da ação social, ou mesmo qualquer conduta que julgue necessário para o resguardo do patrimônio social e promoção dos interesses da companhia.¹⁹ Em casos envolvendo ilícitos omissivos, esses somente existem por decorrem de um dever de agir legal ou estatutariamente imposto.

A obrigação de meio como limitação para a responsabilidade dos administradores

De outro lado, nas obrigações de resultado, estaria o gestor obrigado a produzir o resultado final almejado, cumprir com o objeto social, além de criar valor para empresa. O que se mostra incompatível com as funções atribuídas aos administradores.

Na atual sistemática, prevalece que a função de administração é de meio, não sendo imputável responsabilidade pelo fato de não ter logrado êxito na criação de valor para a companhia, ou mesmo pelo fato de haver reduzido seu valor, em face da execução de políticas ditadas muitas vezes pelo acionista controlador ou por circunstâncias conjunturais negativas, dentre outras hipóteses.

¹⁹ Modesto Carvalhosa exemplifica uma hipótese de responsabilidade solidária – nos termos utilizados pelo autor “coletiva” – e omissiva, quando os conselheiros vierem a ter conhecimento de ato de diretor praticado com abuso de poder, contrários à lei ou ao estatuto e não agirem dentro de suas atribuições para impedirem a concretização do ato ou sequer denunciá-lo. CARVALHOSA, 2014, p. 528.

Portanto, não merece acolhida a pretensão de se arguir a responsabilidade de administradores pelos insucessos da companhia, decorrentes da política e dos métodos administrativos adotados, ou até mesmo por equivocadas avaliações mercadológicas ou de investimentos, por serem inerentes aos riscos do empreendimento.

Nesses casos não se configura responsabilidade civil dos gestores, pois, inviável o reconhecimento de uma obrigação de resultado, já que as incertezas da atividade econômica não podem ser arcadas pelos administradores, sob pena de imputar responsabilidade por uma conduta de acordo com o direito.

Importa concluir que devem, tanto diretores quanto conselheiros, observar os deveres de diligência, de informação, não se colocando em situações de conflito de interesses, dentre outras obrigações legais e estatutárias, destacando-se que o cumprimento de todos os deveres não implicará necessariamente em êxito do empreendimento, porém os isentarão de qualquer responsabilidade. É o bastante aos administradores, o compromisso legal de envidar todos os esforços visando os interesses da companhia, ou seja, basta a busca pelo sucesso.

Portanto, não haverá responsabilidade pelo resultado da gestão desde que regularmente exercida, preservando a lealdade e diligência, sem desvios ou abusos de poder, cumprindo com as obrigações legais e estatutárias, pois, os riscos do desenvolvimento da atividade econômica organizada correm por conta dos acionistas.

De outro lado, os estudiosos da *business judgment rule*,²⁰ ressaltam que embora seja conferida importante proteção aos atos de gestão dos administradores, a teoria não abrangerá decisões que constituam fraude, ilegalidade ou impliquem em atos *ultra vires*, já que nessas hipóteses constituiriam evidente quebra dos deveres fiduciários.

Ora, se a regra de julgamento só tem espaço para proteção dos atos regulares de gestão, nos casos em que não há violação dos deveres, parece-nos evidente a inutilidade da regra, estampada na carência de julgamentos pelas cortes superiores lançando mão de tal norma, pois, se não há ilegalidade, nem tampouco fraude, nem há quebra de quaisquer dos deveres, estar-se-á, então,

²⁰ BLOK, dentre outros autores.

diante de ato regular, lícito, não se cogitando, portanto, fala em responsabilidade, sendo, pois, dispensável a regra da *business judgment rule*.²¹

Consoante os ensinamentos do professor Modesto Carvalhosa,²² a *business judgment rule* tem como pressupostos a boa-fé do administrador e a convicção de que ele agiu no interesse da companhia, logo, o primeiro requisito exclui evidentemente o dolo e o segundo, a negligência e a imprudência, pois, nesses casos, impossível seria pensar em conduta visando ao interesse da companhia.

Também estão excluídos da regra de julgamento por equidade os casos de fraude à lei (arts. 153 a 157, LSA), uma vez que a conduta praticada pelo administrador, ao fraudar o direito da companhia, dos acionistas, dos investidores e do mercado como um todo – *insider trading* – torna-o plenamente responsável, não podendo o juiz decidir por equidade. Desse modo, o critério de equidade aplica-se apenas aos casos de administração ordinária da companhia.

Portanto, eleva-se sobremaneira a importância do estudo dos deveres dos administradores, pois, dado seus contornos não se necessitará de quaisquer regras de julgamento.

Conclusão

Conforme apontado, a responsabilidade civil dos administradores é um complexo fenômeno, que envolve desde a organização interna dos órgãos diretivos, passando por severas distinções no que tange à natureza jurídica dessa responsabilização, até teorias que objetivam isentar os administradores.

As cortes superiores, que possuem o papel de solucionar os conflitos jurídicos, promovendo maior segurança jurídica ao ordenamento e, conseqüentemente, maior segurança para o exercício das funções de administrador, ao adotar determinado posicionamento em detrimento dos demais, não teve oportunidade de ingressar no mérito de tais questões.

²¹ BLOK, 2009, p. 149, exemplifica que na hipótese de voto de administrador com interesse conflitante ao da companhia, não invalidará a transação se aprovada pelos demais administradores ou acionistas não interessados ou se o administrador interessado estabeleceu uma transação justa em condições equitativas de mercado. Nesse diapasão, a aprovação por administradores/acionistas desinteressados e informados permitirá a invocação da proteção da *business judgment rule*. Em nosso entender, porém, a situação levantada pela autora não ocorreu qualquer violação a deveres, já que estava de acordo com as exigências legais, de modo que se não há violação às obrigações legais, não há responsabilidade do administrador.

²² CARVALHOSA, 2014, p. 581.

Nesse diapasão, ganha importância estudos doutrinários capazes de embasar teses jurídicas que, por meio do exercício da advocacia, serão levadas à apreciação do Judiciário.

Portanto, não se objetiva aqui por um ponto final nas questões trabalhadas, mas, sim, promover a reflexão sobre uma matéria que tem afligido as sociedades anônimas com participação na bolsa de valores, e que, eventual impunidade representa não só perda efetiva e direta por parte da companhia, mas um prejuízo para toda a comunidade, devido à relação umbilical que tais corporações possuem com a sociedade brasileira.

Conforme brilhantemente preconizado por Carvalhosa,²³ a sociedade anônima passa de um contrato de interesse dos seus subscritores, visando meramente o lucro, para uma instituição de interesse social relevante, de cuja atuação depende o equilíbrio das demais instituições civis e do próprio Estado.

Civil liability of the board of directors corporations and responsibility exclusion

Abstract

Stands out in the brazilian stock exchange, which still suffered strong impact related to the global economic crisis catastrophically hit national corporations, the study of civil liability of directors of the corporations, above all, the legal nature of this responsibility, the exclusion cases and the objectively limits found for the successful remedial action, comparing not only causes, but discussing possible solutions.

Keywords: Corporations. Stock exchange. Civil responsibility. Board of directors.

Referências

BLOK, Marcella. Business judgment rule: a responsabilidade dos administradores das Sociedades Anônimas. *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, São Paulo, v. 12, n. 46, p. 129-161, out./dez. 2009.

BRASIL. Lei n 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6404compilada.htm>. Acesso em: 10 dez. 2015.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à Lei de Sociedades anônimas*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. v. 3.

²³ CARVALHOSA, 2014, p. 64.

CVM - Comissão de Valores Imobiliários (Brasil). Sessão de Julgamento do Inquérito Administrativo CVM Nº TA RJ2002/1173. Rio de Janeiro, 2003. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2003/20031002_PAS_RJ20021173.pdf. Acesso em: 10 dez. 2015.

CVM - Comissão de Valores Mobiliários. Sessão de Julgamento do Inquérito Administrativo CVM Nº 04/99. Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2002/20020417_PAS_0499.pdf. Acesso em: 10 dez. 2015.

EIZIRIK, Nelson. *A Lei das S/A comentada*: Arts. 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011. v. II.

LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Bulhões. **Direito das Companhias**. v. 1. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009.

LEÃES. Luiz Gastão Paes de Barros. Ação social derivada de responsabilidade civil dos administradores. **Revista de Direito Mercantil industrial, econômico e financeiro**. São Paulo, n. 112, p. 127 – 135, out./dez. 1998.

LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. **Efeitos das aprovações das contas e das demonstrações financeiras das companhias**. In KUYVEN, Luiz Fernando Martins. *Temas Essenciais de Direito Empresarial*: 1ª ed. 2012.

MIRANDA. Pontes de. **Tratado de Direito Privado**. Vol. 1. Campinas: Bookselles, 1999.

PARENTE, Flávia. **O dever de diligência dos administradores de sociedades anônimas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PARENTE, Norma Jonssen. **Limites da responsabilidade dos administradores pela indenização de prejuízos**. In *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. Ano 9. v. 31. Jan-mar/2006.

_____. O dever de lealdade do administrador e a oportunidade comercial. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*. Ano 14, v. 54, out-dez/2011.

RIBEIRO, Renato Ventura. **Dever de diligência dos administradores de sociedades**. S. Paulo: Quartier Latin, 2006.

STJ - Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.313.725. Relator Ministro Ricardo Villas Boas Cueva. Brasília, 26 de junho de 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1157515&num_registro=201102869474&data=20120629&formato=PDF Acesso em: 10 dez. 2015.

TOMAZETTE, Marlon. *Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2014. v. 1.

VM. Sessão de Julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2005/1443. Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2006/20060510_PAS_RJ20051443.pdf. Acesso em: 10 dez. 2015.