

Revista de
**Direito Econômico e
Socioambiental**

ISSN 2179-8214

Licenciado sob uma Licença Creative Commons



REVISTA DE DIREITO ECONÔMICO E SOCIOAMBIENTAL

vol. 7 | n. 1 | janeiro/junho 2016 | ISSN 2179-8214

Periodicidade semestral | www.pucpr.br/direitoeconomico

Curitiba | Programa de Pós-Graduação em Direito da PUCPR



Deveres dos administradores, responsabilidades e *business judgment rule* nas sociedades anônimas estatais

*Duties of directors, responsibility and business judgment rule in
the public corporations*

André Saddy¹

Universidade Federal Fluminense (Brasil)

andresaddy@yahoo.com.br

Recebido: 04/10/2015

Received: 10/04/2016

Aprovado: 20/01/2016

Approved: 01/20/2016

Resumo

Como citar este artigo/How to cite this article: SADDY, André. Deveres dos administradores, responsabilidades e *business judgment rule* nas sociedades anônimas estatais. **Revista de Direito Econômico e Socioambiental**, Curitiba, v. 7, n. 1, p. 70-113, jan./jun. 2016. doi: <http://dx.doi.org/10.7213/rev.dir.econ.socioambienta.07.001.AO04>

¹ Professor da Faculdade de Direito e do Mestrado em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (Macaé, RJ, Brasil). Doutor Europeu em “Problemas actuales de Derecho Administrativo” pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid, com apoio da Becas Complutense Predoctorales en España (Madri, Espanha). Mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com apoio do Programa Alþan, Programa de Bolsas de Alto Nível da União Europeia para América Latina (Lisboa, Portugal). Pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Coimbra, Portugal). Diretor Presidente do Centro de Estudos Empírico Jurídico – CEEJ (Rio de Janeiro, RJ, Brasil). E-mail: andresaddy@yahoo.com.br

São muitos os deveres dos administradores de empresas públicas e sociedades de economia mista, sendo ponto fundamental o conhecimento dos limites de sua atuação, e suas responsabilidades perante empresa e o poder público. No caso das sociedades anônimas estatais, a Administração Pública possuindo o controle acionário das ações ordinárias que dão direito a voto, busca não só o lucro como qualquer pessoa jurídica de direito privado, mas também a inserção estatal em setores estratégicos da economia. Ocorre que até o presente momento não houve a regulamentação prevista no art. 173, §1º, inc. V da Constituição da República que visa tratar da responsabilidade dos administradores dessas empresas, sendo um setor nebuloso tanto para a doutrina quanto para a jurisprudência, sendo necessário buscar auxílio inclusive em doutrina estrangeira para visualizar os parâmetros de responsabilização dos Diretores e do Conselho de Administração.

Palavras-chave: responsabilidade; diretores; administração pública; conselho de diretores; deveres.

Abstract

There are many duties of directors of state-owned corporations and mixed capital companies, with the main point the knowledge of the limits of its performance, and their responsibilities to the company and the government. In the case of mixed capital companies, the Public Administration has the control of the common shares entitled to vote, seeking not only profit as a legal entity of private law, but also the state insertion in strategic sectors of the economy. Until now, there was no regulation about the rule in art. 173, §1, inc. V of the Constitution which aims to address the responsibility of directors in these companies, with a cloudy sector for both the doctrine and the jurisprudence the necessity to seek aid including foreign doctrine to view accountability parameters of Directors and the Board of Directors.

Keywords: responsibility; directors; public administration; board of directors; duties.

1. Introdução

As empresas estatais (sociedades de economia mista e empresas públicas), possuem bens privado² sujeitos, portanto, às intempéries próprias

² Em conformidade com o regime jurídico especial das sociedades de economia mista, debate-se muito sobre a natureza jurídica dos seus bens. É praticamente unânime, na doutrina e na jurisprudência, o entendimento de que os bens das sociedades de economia mista são bens privados. Sobre tal debate, vide: MUKAI, Toshio. **O Direito Administrativo e os Regimes Jurídicos das Empresas Estatais**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 269; CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011; MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006; MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008; entre outros.

do direito privado. Isto é, não lhes são reconhecidas as características da inalienabilidade, impenhorabilidade e imprescritibilidade próprias dos bens públicos³.

A personalidade jurídica dessas empresas é de direito privado. Seu patrimônio, embora seja de origem estatal, não se confunde com o do Estado. É bem verdade que quem cria a estatal o faz com recursos públicos, mas, a partir de sua constituição, seu patrimônio passa a ser privado. Logo, justamente com a transferência de bens do Poder Público para a sociedade de economia mista ou a empresa pública, ocorre uma transformação da natureza jurídica dos mesmos bens, que deixam de ser públicos para serem privados⁴.

Consequentemente, a aplicação, alienação ou instituição de gravame no patrimônio é regido pelo tratamento que lhes reservar o Estatuto Social da sociedade empresária, sejam nas sociedades de economia mista ou nas empresas públicas, sejam em suas subsidiárias, criadas com amparo nos incisos. XIX ou XX do art. 37 da CRFB, incluindo aqui a eventual alienação ou aquisição, disciplinada pelos estatutos das entidades.

Nada impede, contudo, que a lei instituidora da estatal, seja matriz ou subsidiária, trace regras específicas para os bens de forma a limitar o poder de ação dos administradores da empresa. O silêncio legal leva ao entendimento de que prevalece o que o Estatuto disciplina, bem como as resoluções emanadas de sua Diretoria.

Se assim é para as entidades da Administração Indireta, estatais, formalmente instituídas como tal, maior ainda é a liberdade de aplicação do patrimônio quando diante de empresa par administrativa ou quando

Registra-se, entretanto, que há quem defenda que os bens de sociedades de economia mista sejam bens públicos de uso especial (ou com destinação especial), aqueles de que se socorrem essas entidades quando preordenadas à prestação de determinado serviço público. Vide: MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 321; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006, p. 452.

³ Quanto à impenhorabilidade de bens de estatais, vale aqui fazer uma ressalva ao RE 220.906-DF, em que o STF mudou posicionamento que se vinha adotando até então. Sob o argumento de que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos acumula atividades de distintas natureza de forma única e exclusiva, entendeu-se que seus bens seriam impenhoráveis, mesmo existindo a natureza de bens privados.

⁴ Alvaro Caminha Muniz (MUNIZ, Alvaro Caminha. **A empresa pública no direito brasileiro: princípios constitucionais-definição legal**. São Paulo: Trabalhistas, 1972, p. 77) afirma: “A natureza jurídica da empresa dita o regime dos bens que integram o seu patrimônio. A verdade é que o Estado tem poderes para criar uma entidade pública ou privada. Se voluntariamente opta por esta, está ciente de que ficará sujeito a normas de direito privado”.

existir participação de sociedade de economia mista ou empresa pública em empresas privadas que nem mesmo fazem parte da Administração.

Pretende esse trabalho elucidar, em parte, disposição constitucional até hoje não regulamentada. Trata-se do art. 173, §1º, inc. V que prescreve:

Lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: [...] os mandatos, a avaliação de desempenho e a responsabilidade dos administradores.

Muito se discute sobre a necessidade ou não de dois diplomas legais sobre licitações quando se discute a respeito das estatais⁵, mas nada se fala sobre o conteúdo de eventual estatuto quanto à responsabilidade dos administradores. É fato que esses, além da responsabilidade existente na Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, também possuem responsabilidade por serem partes integrantes da Administração Indireta. É dizer, mesmo as estatais fazendo parte da Administração indireta, estão elas sujeitas as normas de direito privado, o que implica que seus administradores estejam sujeitos à responsabilidade disposta no ordenamento privado, mas por também fazerem parte da Administração, algumas nuances devem ser levadas em considerações⁶.

⁵ Sobre a vontade do constituinte derivado de existir dois diplomas legais sobre licitação, a saber, a Lei nº 8.666/93 e o Estatuto das Estatais, vide: SADDY, A. Licitações em subsidiárias de sociedade de economia mista integrantes da Administração Indireta, empresas paradministrativas e empresas com participação acionária do Estado. **Boletim de Licitações e Contratos – BLC**, São Paulo, n. 10, ano XXVI, p. 930-946, out. 2013.

⁶ Vale ressaltar a existência do Projeto de Lei do Senado (PLS) nº 207, de 2009, de autoria do Senador José Sarney, que atende à necessidade de regulamentação dos §§ 1º e 3º do art. 173 da Constituição, diante da efetiva participação das empresas estatais na economia do País.

Foram apensados ao PLS nº 207, de 2009, três outros projetos. O Projeto de Lei do Senado nº 220, de 2009, da Senadora Marisa Serrano, que tem por objeto o estabelecimento das normas aplicáveis às licitações e contratos administrativos das empresas públicas e sociedades de economia mista, conforme prevista no inciso III, § 1º, do art. 173, da Constituição. O Projeto de Lei do Senado nº 238, de 2009, do Senador Álvaro Dias, tem a mesma abrangência do PLS nº 207, de 2009, dispendo também sobre o regime societário, a função social e a fiscalização e controle da empresas públicas e das sociedades de economia mista, além de dispor sobre as licitações e contratos administrativos. Esses dois projetos, que têm estrutura bastante semelhante ao PLS nº 207, de 2009, foram apensados em decorrência da aprovação do Requerimento nº 950, de 2009, do Senador Demóstenes Torres. E, por fim, o PLS nº 12, de 2010, da Comissão Parlamentar de Inquérito criada pelo Requerimento nº 569, de 2009, destinada a apurar irregularidades envolvendo a empresa Petróleo Brasileiro S.A. (Petrobras) e a Agência Nacional de Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis (ANP), que regulamenta o procedimento licitatório simplificado para contratação de obras, serviços, aquisições e alienações, no âmbito da Petróleo Brasileiro S.A. -Petrobras, nos termos do inciso III, § 1º, do art. 173 da Constituição, foi apensado para atender o Requerimento nº 341, de 2010, de autoria do Senador Tasso Jereissati.

Consta também do processado o Parecer anteriormente apresentado à Comissão pelo então Relator Senador Tasso Jereissati em 09 de dezembro de 2010, com voto contrário aos Projetos de Lei do Senado nº 220 e 238, de 2009; e 12, de 2010, mas favorável ao nº 207, de 2009. Tem-se, também, o Parecer da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania (CCJ), de 04 de novembro de 2009, que votou pela rejeição dos Projetos de Lei do Senado n.º 220, de 2009, 238, de 2009, e 12, de 2010; e pela constitucionalidade, juridicidade, regimentalidade, boa técnica legislativa e, no mérito, pela aprovação do Projeto de Lei do Senado nº 207, de 2009, nos termos da determinada emenda substitutiva.

De todos os Projetos mencionados o único que dispunha sobre responsabilidade era o Projeto nº 207, de 2009. Neste, as responsabilidades dos administradores e do controlador foram expressamente definidas, com especial atenção, quanto aos primeiros, para o dever de diligência, e, quanto ao segundo, para os atos praticados com abuso de poder de controle, ambas temperadas pela observância do interesse público que motivou a constituição da estatal. Assim dispunha o Projeto original:

“Art. 10. Aplicam-se aos administradores de empresa pública ou sociedade de economia mista as normas de responsabilidade próprias dos administradores de sociedades anônimas e, se houver, as disposições da legislação específica de seu ramo de atividade.

Parágrafo único. O administrador de empresa pública, no cumprimento de seu dever de diligência, deverá também observar o interesse público que motivou sua constituição.

Art. 11. O controlador da empresa pública e da sociedade de economia mista responderá de forma ilimitada e não subsidiária pelos atos praticados com abuso de poder de controle, mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou sua criação.

§ 1º Para fins de caracterização dos atos indicados no caput deste artigo, aplicam-se as normas que regem o abuso de poder de controle na sociedade anônima.

§ 2º A ação para haver a reparação poderá ser proposta pela sociedade, pelo terceiro prejudicado, pelos demais sócios ou por qualquer cidadão”.

E assim o projeto substitutivo após emendas do CCJ:

“SEÇÃO III

DAS RESPONSABILIDADES

Art. 12. Os administradores de empresa pública ou sociedade de economia mista devem observar o interesse público que motivou sua constituição, as normas de responsabilidade próprias dos administradores de sociedades anônimas e as disposições da legislação específica de seu ramo de atividade.

§ 1º Ainda que indicados por uma determinada parte interessada, os administradores e conselheiros são responsáveis pelo exercício das respectivas funções de maneira profissional e independente, sendo a sua responsabilidade a defesa do interesse da companhia e do conjunto dos acionistas.

§ 2º O estatuto da empresa pública ou da sociedade de economia mista poderá dispor sobre a contratação de seguro de responsabilidade civil para os administradores.

Art. 13. O controlador da empresa pública e da sociedade de economia mista responderá pelos atos praticados com abuso de poder de controle, mas poderá orientar as atividades da companhia de modo a atender ao interesse público que justificou sua criação.

§ 1º Para fins de caracterização dos atos indicados no caput deste artigo, aplicam-se as normas que regem o abuso de poder de controle na sociedade anônima.

§ 2º A orientação em função do interesse público de que trata o caput far-se-á mediante o exercício das prerrogativas societárias do poder de controle.

§ 3º A ação para haver a reparação poderá ser proposta pela própria sociedade, pelo terceiro prejudicado, pelos demais sócios ou por qualquer cidadão, independentemente de existir decisão da assembleia-geral de acionistas que autorize a responsabilização do administrador.

§ 4º A ação a que se refere o § 3º poderá ser proposta ainda que as contas do administrador tenham sido aprovadas pela assembleia-geral de acionistas e mesmo que tal assembleia não tenha sido anulada, desde que observado o prazo prescricional de 6 (seis) anos, a contar da data em que o ato irregular de gestão tenha sido praticado”.

Quanto ao art. 10 do projeto (artigo 12 na emenda), as alterações foram basicamente de redação, sendo, porém, acrescentado parágrafo que faculta ao estatuto da empresa pública ou sociedade de economia mista dispor sobre a contratação de seguro de responsabilidade civil pelos administradores, com o objetivo de tornar mais atraente para executivos qualificados o convite para assumir cargos de direção em empresas estatais. Além disso, outro parágrafo reitera a responsabilidade dos administradores perante o interesse da sociedade e do conjunto dos acionistas, independentemente de terem sido indicados por qualquer stakeholder.

O art. 11 do projeto (levado ao número 13 na emenda), diz que o controlador da empresa pública e da sociedade de economia mista responderá de forma ilimitada e não subsidiária pelos atos praticados com abuso de poder de controle. O art. 117 da lei das sociedades anônimas dispõe que o acionista controlador responde pelos danos causados por atos praticados com abuso de poder, mas não estabelece forma ilimitada e não subsidiária. Na verdade, o acionista controlador que age com abuso de poder responde por ato próprio, e a extensão de sua responsabilidade somente poderá ser aferida no caso concreto. Propusemos, assim, a retirada da exigência de que a responsabilidade do controlador seja de forma ilimitada e não subsidiária. Não é demais salientar que a responsabilidade do ente controlador segue rigorosamente o caráter geral dado pela lei societária, sem qualquer cogitação de fazer ressurgir a responsabilidade do ente público pelos passivos da empresa (o antigo artigo 242 da lei das sociedades anônimas em boa hora suprimido pelo artigo 10 da Lei no10.303, de 31 de outubro de 2001).

O novo § 2º do artigo estabelece uma regra fundamental de governança: o interesse público que motivou a criação da empresa deve ser levado a esta fundamentalmente pelo exercício do poder de controle, evitando a intervenção estatal na gestão da empresa por meios indiretos ou pouco transparentes. Os demais parágrafos acrescidos têm por objetivo oferecer maior proteção aos sócios minoritários.

Todos os 4 PLS foram arquivados em razão do final da 54ª Legislatura, nos termos do art. 332 do Regimento Interno e do Ato da Mesa nº 2, de 2014. Todos eles estavam aguardando a designação da primeira audiência pública desde 18 de março de 2013, sendo arquivados tão somente em 26 de dezembro de 2014 por aspecto meramente formal. Verificou-se, no entanto, que o PLS nº 238 foi desarquivado no dia 10 de fevereiro de 2015 em razão do Requerimento nº 19, de 2015, de autoria de vários senadores, em especial o Senador Alvaro Dias. Ocorre que todos estes processos já haviam passado pelo crivo da Comissão de Constituição e Justiça, restando aprovado tão somente o PLS nº 207. Os demais PLS foram rejeitados. Portanto, não se vislumbra qualquer razão específica para o desarquivamento do PLS nº 238 e não do PLS nº 207. A ausência de normas relativas à responsabilidade dos administradores de estatais seria de importância fulcral na regulamentação do art. 173, § 1º, inciso V, sendo razoável sua inserção no PLS nº 238 caso não haja interesse em desarquivar o PLS nº 207.

O que o presente trabalho visa evidenciar é apenas uma das parcelas dessas empresas, é dizer, busca-se tratar, apenas, das sociedades anônimas estatais. É, ao menos, um primeiro passo para um estudo mais profundo do art. 173, §1º, inc. V da CRFB⁷.

2. Deveres dos administradores nas sociedades anônimas estatais

Inicialmente, faz-se mister saber quais os principais deveres, impostos por lei, que os administradores (diretores e conselheiros)⁸ devem res-

⁷ Distintamente da escassez existente hoje em nossa doutrina, no direito comparado há alguns indicativos da orientação que poderiam ser levados em consideração.

Sobre o tema, vide doutrina francesa: LESCUYER, Georges.. La responsabilité des dirigeants d'entreprises publiques. *Revue du Droit Public*, Paris, 1974; CHENOT, Bernard. Les Paradoxes de l'Entreprise Publique. *Revue Française de Science Politique*, Ano 5, n. 4, p. 725-735, 1955; JEHASSE, Philippe. La responsabilité civile des dirigeants d'entreprises. *Ecci Eds Chambre Commerce Indust*, 2008; AKAM, André Akam. La responsabilité civile des dirigeants sociaux en droit. *Revue internationale de droit économique*, ano 21, n. 2, p. 211-243, 2007; CHESNE V. *l'exercice ut singuli de l'action sociale*, R.D.C. 1962; GERMAY, Nicolas de; ALLARD, Olivier. **La responsabilité pénale des dirigeants**. *Option Finance*, n° 713, pp. 44-49, nov. 2002; DESCLÈVES, Arnaud. **La responsabilité des administrateurs**. *Banque*, n.607, p. 84-98, out. 1999; J.-P. Casimir et M. Germain, **Dirigeants de société**, *Revue fiduciaire*, LGDJ, 2007; THOMAS, Vincent. La responsabilité des dirigeants de la SEM. In: GUÉRARD, Stéphane (Coord.). *Regards croisés sur l'économie mixte*. Paris: L'Harmattan, 2006.

Vide ainda dispositivos Espanhóis sobre o tema: GOMEZ, Hernando Bermúdez. **Responsabilidad de los administradores de las sociedades**. Santafé de Bogotá: Legis, 2001; MARTÍN, Guillermo Guerra (coord). **La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital**. Madrid: La Ley, 2011; GARCÍA-DUEÑAS, Alfonso Martínez-Echevarría Y. **Gobierno Corporativo. La Estructura Del Órgano de Gobierno Y La Responsabilidad de los Administradores**. Madrid: Thomson-Reuters-Aranzadi, 2015; GONZÁLEZ, Jesus Quijano. **Responsabilidad Civil de los Administradores de la Sociedad Anónima**. Valladolid: Universidad de Valladolid, 1989; CUTILLAS, Daniel Prades. **La responsabilidad del administrador en las sociedades de capital**. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2014.

No que tange à doutrina italiana, vide: SAU, Antonella. La responsabilità degli amministratori di società pubblica: recenti orientamenti. *Rivista di Studi Giuridici e Politici*, n° 2, p. 111-119, 2011; SPANO, Alessandro. **Il Sistema di controllo manageriale nella pubblica amministrazione**. Milão: Giuffrè, 2009; CONFORTI, Cesare. **La responsabilità civile degli amministratori di società per azioni**. Milão: Giuffrè, 2012; TINA, Andrea. **L'esonerazione da responsabilità degli amministratori di S.P.A.** Milão: Giuffrè, 2008.

⁸ A Diretoria Executiva é órgão obrigatório de qualquer Sociedade Anônima e cabe a ela, além de exercer a gestão dos negócios da companhia – de acordo com a missão, os objetivos, as estratégias e diretrizes fixadas pelo Conselho de Administração, representar a companhia (art. 138, §1º, da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976). Tal competência é indelegável (art. 139, da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976). Cada diretor é diretamente responsável por sua respectiva área de atuação, e toda Diretoria Executiva tem o dever de prestar informações ao Conselho de Administração e aos sócios sempre que solicitado.

O Conselho de Administração é um órgão de deliberação colegiada (art. 138, §1º, da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976), revestindo-se do caráter de comissão permanente da Assembleia Geral e obrigatório nas sociedades de economia mista (art. 239, da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976). No geral, os Conselhos funcionam como um órgão de conciliação dos interesses dos acionistas detentores do controle e daqueles que compõe a minoria dos investidores. Na estrutura orgânica da sociedade, coloca-se em posição intermediária entre a Assembleia Geral e a Diretoria Executiva (BORBA, José Edwaldo Tavares. *Direito Societário*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 384).

peitar, isto é, quais *standards* ou padrões de comportamento devem ser levados em consideração nas tomadas de decisões⁹.

Prescritos de forma ampla e genérica nos arts. 153 a 157, da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, são eles: (I) dever de ser diligente; (II) lograr os fins da companhia; (III) atentar para o bem público e à função social da empresa; (IV) dever de lealdade; (V) não intervir nem deliberar sobre atos em conflito de interesse; (VI) não contratar com a sociedade em condições não equitativas; (VII) dever de informar.

Tais deveres são garantias impostas pelo legislador com o fim de impor a relação de confiança entre os acionistas, seus credores, os empregados das empresas e a sociedade como um todo. Assim o é porque a inobservância de quaisquer desses deveres gera violação à ideia de confiança e dá margem à insegurança, o que prejudica a economia nacional.

Inferese, portanto, que, atuando com observância a tais deveres legais e, também, ao estatuto e documentos internos da sociedades anônimas estatais, estarão os administradores contribuindo para os objetivos da empresa, da economia nacional e, de certa forma, também, aos objetivos pessoais, visto que estarão afastando sua responsabilidade sempre e quando atuarem respeitando tais padrões de comportamento, mesmo quando não lograrem êxito no empreendimento, como se poderá observar quando se analisar a “*business judgment rule*”.

Segundo Oscar Barreto Filho a Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, procurou:

[...] fixar os padrões éticos de comportamento dos dirigentes da empresa, em consonância com o alto grau de responsabilidade social de que se acham investidos. O administrador, ainda quando eleito por grupo ou classe de acionistas, tem para com a companhia os mesmos deveres que os de-

⁹ Chama-se de administrador toda pessoa que pratica, com habitualidade, atos privativos de gerência ou administração de negócios da empresa, por delegação ou designação de assembleia, de diretoria ou de diretor. São excluídos do conceito de administrador os empregados que trabalham com exclusividade, permanente, para uma empresa, subordinados hierárquica e juridicamente e, como meros prepostos ou procuradores, mediante outorga de instrumento de mandato, exercem essa função cumulativamente com as de seus cargos efetivos e percebem remuneração ou salário constante do respectivo contrato de trabalho, provado com carteira profissional. Logo, quando o empregado exerce funções de gerência da empresa (ditando a política ou as normas desta) é conceituado como administrador. Isso não ocorre, porém, se ele exercer funções de gerência na empresa, apenas executando a política ou as normas ditadas. Vide: Instrução Normativa SRF nº 2/1969, itens 130 e 131 e com o Parecer Normativo CST nº 48/1972.

mais, e deve trabalhar em prol do interesse social (BARRETO FILHO, 1976, p. 73).

Entende-se, pois, que o exercício de um mandato na Diretoria Executiva ou no Conselho de Administração terá de ser sempre dirigido a uma atuação para lograr os fins e no interesse da companhia, observando as prescrições legais, estatutárias e regimentares. Ao atuar dessa maneira, estará satisfazendo as exigências do bem público e da função social da empresa.

Segundo Rodrigo de Oliveira Botelho Corrêa “O administrador deve sempre seguir os comandos legais e estatutários, e não pode agir fora das atribuições que lhes são conferidas pelo estatuto e/ou pela lei” (CORRÊA, 2009).

Existe, assim, um dever genérico à juridicidade, é dizer, ao Direito, com o fito de atuar especificamente dentro dos limites da lei e do estatuto. Osmar Brina Corrêa Lima denomina tal dever de “*dever de obediência*” e afirma:

O dever de obediência ao Estatuto Social significa que os administradores devem agir dentro dos limites definidores do objeto social, ou seja, ‘*intra vires*’. Quando extrapolam esses limites, eles agem ‘*ultra vires*’ (CORRÊA LIMA, 1989, p. 60).

Ultrapassados os limites, terão os administradores de responder por suas atuações. Logo, responderão sempre que causarem prejuízos por atos praticados *ultra vires* (art. 158, inc. II, da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976) e, nos atos *intra vires*, respondem por culpa ou dolo pelos prejuízos causados (art. 158, inc. I, da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976) (CORRÊA LIMA, 1989, p. 105).

Como a responsabilidade do administrador decorre do ato ilícito, violador de seus deveres legais e estatutários, seja *ultra* ou *intra vires*, cumpre examinar os deveres típicos da boa administração.

2.1. Dever de diligência

Insculpido no art. 153 da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, considera-se diligente o administrador que segue o *standard* do bom pai de

família (*bonus pater familiae*) ou do dever de cuidar (*duty of care*), ou seja, aquele que empreende com zelo e cuidado, que o tipo médio ou homem comum utilizaria na condução dos seus próprios negócios (CARVALHOSA, 2009, p. 274).

Apesar de abstrato, pode-se entender que tal dever denota o sentido de atuação com o devido “*cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar*”. Trata-se do cumprimento diligente das obrigações derivadas de suas funções, que decorrerá, basicamente, da realização de suas atribuições com o devido tempo, esforço e conhecimentos necessários¹⁰.

Modernamente, este dever é identificado como aquele profissional devidamente qualificado, competente e que pauta sua atuação conforme os ditames das melhores práticas desenvolvidas pelas ciências econômicas, da administração de empresas e pelos costumes empresariais¹¹.

Deve-se, neste ponto, atentar à regra da “*reasonable decisionmaking process*”, a qual exprime a necessidade de o administrador se preparar obtendo as informações pertinentes, razoavelmente disponíveis, com vistas a tomar as decisões corretas para o bem-estar da companhia. A razoabilidade em comento dependerá das circunstâncias, como a importância da decisão, o tempo que se dispõe para decidir, o custo da informação, desse modo, confrontado com o benefício esperado e o enquadramento da decisão na gestão corrente ou extraordinária (ALVES, 2011).

Segundo Laerte Meyer de Castro Alves

Os administradores respondem para com a companhia pelos danos decorrentes de decisões que, se houvessem sido preparadas com informações ra-

¹⁰ O entendimento do TCU é no sentido de que cabe, a quem detenha a atribuição de gerir recursos públicos, o ônus de comprovar a sua regular aplicação ao fim proposto, bem como de assegurar que os meios utilizados para tanto estejam coerentes com o princípio da legalidade. Nesse intento, é dever do gestor agir com zelo e diligência a fim de se eximir da prática de conduta culposa, carregada por negligência e/ou imprudência, situação que implica reconhecer a ausência de boa-fé objetiva, ainda que o exame imediatista de sua atitude não indique a ocorrência de má-fé, traduzida pelo conceito de dolo. Espera-se do gestor diligente o exame cuidadoso das propostas a ele submetidas (Acórdãos n.ºs 88/2007, 2.124/2004, 2.408/2009, e 1.349/2008 do Plenário, e 1.213/2008 e 1.365/2008, da 1ª Câmara).

¹¹ Segundo NELSON EIZIRIK (EIZIRIK, Nelson. **Temas de Direito Societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 93): “ficaria caracterizada a responsabilidade do controlador e dos administradores da companhia apenas na hipótese de contratação fora dos padrões geralmente adotados no mercado em negócios idênticos ou semelhantes”.

zoavelmente disponíveis, não teriam sido – ou ao menos não deveriam ter sido – tomadas (ALVES, 2011).

Daí porque afirma Osmar Brina Corrêa Lima (1989, p. 129) que: “decisão desinformada equivale à negligência, que é o contrário de diligência”.

A ideia e o ideal é que o administrador alcance, sempre que possível, uma decisão razoável e não necessariamente a melhor decisão. Deve optar entre as alternativas válidas, do contrário, atuará com arbitrariedade, ultrapassando os limites da discricionariedade empresarial. Não existe, portanto, obrigação com o fim, é dizer, com o efetivo sucesso, mas apenas com o meio, ou seja, com a busca do mesmo.

Dessa forma, eventual controle sobre a tomada de decisão dos administradores, como se terá oportunidade de melhor focalizar mais adiante, não deve se circunscrever, unicamente, ao processo de decisão, ao racional iter, mas, também, à razoável decisão¹².

2.2. Dever de lealdade

Contida no art. 155, da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, entende-se por lealdade o dever de fidelidade do administrador aos interesses dos acionistas, não podendo esse se utilizar da posição que ocupa para auferir vantagens individuais ou beneficiar terceiros (*standard of loyalty*). O administrador tem o dever de proteger o interesse social acima de tudo, logo, a lealdade se baseia no caráter fiduciário da atividade dos administradores.

Mesmo com a forte conotação ética e uma ampla subjetividade, pode-se depreender do administrador um dever de gerir algo alheio sem pensar nos próprios interesses ou em interesses de terceiros. Assim, é vedado aos administradores, entre outras hipóteses: (I) usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo;

¹² Em voto proferido no Processo Administrativo Sancionador CVM n.º 19/05, o Diretor Otavio Yazbek esclarece que se consolidou, nos Estados Unidos da América, o entendimento de que o conteúdo do dever de diligência possui duas naturezas distintas: uma de cunho negocial, sujeita ao teste da *business judgment rule*; e outra de natureza fiscalizatória, sujeita a uma análise de razoabilidade e de adequação. Isto significa que, mesmo no sistema norte-americano, e por diversas razões, o cumprimento do dever de constituir controles internos adequados e eficientes não se confunde com a tomada de decisões protegidas pela *business judgment rule*. (CVM. Processo Administrativo Sancionador CVM nº 19/2005. Relator: Diretor Otavio Yazbek. Rio de Janeiro, 15 de dezembro de 2009).

(II) omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia; (III) adquirir, para revender com lucro, bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir (art. 155, incs. I a III, da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976).

Esses exemplos de condutas desleais não esgotam o dever de lealdade, pelo contrário, este dever se desdobra, também, no dever de manter sigilo sobre negócios ainda não divulgados, capazes de influir na cotação de valores mobiliários (*insider trading*), mantendo a higidez do mercado e evitando que alguém consiga informação privilegiada e a utilize como forma de obter lucro, estabelecido no art. 155, §1º, da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e no dever de abster-se de interferir em operações sociais ou deliberações administrativas em que tiver interesse colidente com o da sociedade, disposto no art. 156 da mesma Lei (ALVES, 2011). Esse último requer que os administradores evitem a autonegociação (*selfdealing transaction*) ou o conflito de interesses com a companhia, agindo de boa-fé e no interesse da mesma.

2.3. Dever de informar ou de prestar informação

Existe na Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, um conjunto de disposições sobre o dever de informar e de prestar informação, além é claro do direito à informação¹³, mas a par dessas disposições, há o art. 157, que impõe objetivamente aos administradores das companhias abertas o dever de informações para prestar esclarecimentos aos acionistas e comunicação de fatos relevantes (*full disclosure*), cujos destinatários são os investidores em geral.

Relativamente às informações para esclarecimento dos acionistas, deve o administrador, no ato da posse, declarar se em seu patrimônio há ações ou outros valores mobiliários emitidos pela companhia, por sociedade por ela controlada ou integrantes do mesmo grupo econômico, devendo os números desses títulos serem especificados. Tais esclarecimentos devem ser prestados em Assembleia Geral, quando solicitados por detentores de

¹³ É certo que para informar deve necessariamente ter a informação, portanto, também, há um direito de ser informado.

pelo menos 5% (cinco por cento) do capital social (art. 157, *caput* e §1º, da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976).

Já a segunda hipótese ocorre quando os administradores da companhia aberta são obrigados a comunicar imediatamente à Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e a divulgar pela imprensa qualquer deliberação da Assembleia Geral ou dos órgãos de administração da companhia, ou fato relevante ocorrido nos seus negócios, que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia (art. 157, §4º, da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976)¹⁴.

Tal dever, porém, não se restringe apenas a essas duas hipóteses. Toda e qualquer informação que seja relevante para a tomada de decisão deve ser prestada, pela Diretoria Executiva, por exemplo, à Assembleia Geral, ao Conselho de Administração, ao Conselho Fiscal e aos acionistas, sem prejuízo, todavia, dos limites que lhe são impostos por outros deveres legais – notadamente, o de sigilo (ALVES, 2011). Visa este dever auxiliar todas as partes interessadas a fiscalizar e controlar os atos de gestão da empresa.

3. Tipos de responsabilidades em casos de violação dos deveres

A violação dos deveres estabelecidos em lei ou no estatuto pode incidir distintos tipos de responsabilidade: (I) a responsabilidade civil perante a empresa; (II) a responsabilidade civil individual do acionista; (III) a responsabilidade civil de terceiro lesado; (IV) a responsabilidade funcional perante a companhia; (V) a responsabilidade administrativa perante os mais diversos entes públicos; (VI) a responsabilidade penal; (VII) a improbidade administrativa.

Aos acionistas é garantida duas formas de ações contra os administradores: a ação de responsabilidade civil da empresa e a ação de responsabilidade civil individual (art. 159 da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976).

¹⁴ Vide Instrução Normativa n.º 358/2002 da CVM, a qual dispõe sobre a divulgação e uso de informações sobre ato ou fato relevante relativo às companhias abertas, disciplina a divulgação de informações na negociação de valores mobiliários e na aquisição de lote significativo de ações de emissão de companhia aberta, estabelece vedações e condições para a negociação de ações de companhia aberta na pendência de fato relevante não divulgado ao mercado.

A ação de responsabilidade civil da empresa pode ser impetrada pela própria companhia, após aprovação da Assembleia Geral, contra os administradores que causarem dano ou prejuízo ao patrimônio da empresa¹⁵.

Já a ação de responsabilidade civil individual do acionista é aquela impetrada por qualquer acionista. Para a propositura desta ação existe um procedimento que determina que haja deliberação da Assembleia Geral ordinária de acionistas, facultando ao acionista promover ele próprio a ação se a companhia não a promover nos três meses subsequentes à deliberação da assembleia. Caso a assembleia não aprove a propositura da ação, poderá o acionista ou acionistas titulares de 5% do capital social tomar as providências. Caso o estatuto preveja, pode-se buscar a via arbitral. Neste caso, o procedimento prévio estabelecido para a propositura da ação pode ser simplificado, ensejando maior flexibilidade aos acionistas¹⁶.

Segundo Oscar Barreto Filho

A deliberação de responsabilizar os administradores pela prática de atos ilícitos caberá à assembleia geral; o administrador indiciado ficará impedido e deverá ser substituído na mesma assembleia (art. 159, §§ 1.º e 2.º). Qualquer acionista poderá promover a ação *uti singulis*, se não for proposta no prazo de três meses da deliberação da assembleia geral. Se esta deliberar não promover a ação, poderá ser proposta por acionistas que representem 5 % do capital social. O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabili-

¹⁵ Segundo o STJ, a aprovação das contas sem reservas pela assembleia geral exonera os administradores e diretores de quaisquer responsabilidades (STJ. RESP - RECURSO ESPECIAL – 1313725. Relator: RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA. Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA. Fonte: DJE DATA: 29/06/2012 RSTJ VOL.:00227 PG:00533.DTPB; STJ. AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – 950104. Relator: MASSAMI UYEDA. Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA. Fonte: DJE DATA:30/03/2009.DTPB; entre outros). Ressalta-se, também, que o entendimento dominante no STJ é de que, para propositura da ação de responsabilidade civil contra os administradores, é necessária a prévia propositura da ação de anulação da assembleia de aprovação de contas da sociedade no prazo bienal previsto no artigo 286 da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976. A partir do trânsito em julgado da sentença que acolher a anulação é que começa a fluir o prazo trienal para a ação de responsabilidade (STJ. AGA - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO – 640050. Relator: LUIS FELIPE SALOMÃO. Órgão Julgador: QUARTA TURMA. Fonte: DJE DATA:01/06/2009.DTPB).

¹⁶ Para o STJ, os danos diretamente causados à sociedade, em regra, trazem reflexos indiretos a todos os seus acionistas. Com o ressarcimento dos prejuízos à companhia, é de se esperar que as perdas dos acionistas sejam revertidas. Por isso, se os danos não foram diretamente causados aos acionistas minoritários, não detêm eles legitimidade ativa para a propositura de ação individual com base no art. 159, §7º, da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (STJ. RESP - RECURSO ESPECIAL – 1014496. Relator: NANCY ANDRIGHI. Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA. Fonte: DJE DATA:01/04/2008.DTPB).

dade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia (BARRETO FILHO, 1976, p. 74).

Também existe a ação de responsabilidade civil individual de terceiro diretamente prejudicado por ato dos administradores, uma vez que estes podem ser solidariamente responsáveis, nesses casos, junto com a pessoa jurídica. Não é necessário, nesses casos, a aprovação da Assembleia Geral, nem a propositura da ação social.

Os administradores que sofrerem ação civil devem ser afastados de suas funções e a eventual obrigação de reparar somente ocorrerá se os três pressupostos da responsabilização civil estiverem presentes, quais sejam: conduta voluntária, nexo causal e dano efetivo.

O elemento nuclear do dever de reparação reside na conduta humana voluntária que se exterioriza por meio de uma ação ou omissão, produzindo consequências jurídicas (CAVALIERI FILHO, 2000, p. 31). A ação é a forma habitual de exteriorização da conduta. Trata-se de um movimento corpóreo comissivo, comportamento positivo, diverso da omissão, a qual se caracteriza pela inatividade, pela abstenção em relação a algo ou alguém¹⁷.

O segundo pressuposto é o nexo causal. Somente há dever de indenizar quando houver dano, este determinado pela conduta. Não atendida tal condição, o dever de reparação não será atribuído ao autor material do fato. Cumpre, então, saber quando determinado resultado é imputável ao tomador da decisão; que relação deve existir entre dano e o fato para que este, na perspectiva do direito, possa ser considerado causa daquele. Nexo causal é, portanto, o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado¹⁸.

¹⁷ Discute-se, quanto à conduta omissiva do Estado, se o dever de responder deveria ser objetivo ou não. A respeito, entende-se como GUILHERME COUTO DE CASTRO (CASTRO, Guilherme Couto de. *Responsabilidade Civi1 Objetiva no Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 37); e SÉRGIO CAVALIERI FILHO (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 169), que afirmam que se a conduta omissiva fosse específica, ou seja, quando há um dever concreto de atuar (por meio de disposição legal, por exemplo), deve ser comprovada a inação e demonstrado o dano e o nexo causal, a responsabilidade será objetiva, com fundamento na teoria do risco administrativo, mas se a conduta omissiva for genérica, quando não houver dever específico de atuar, a responsabilidade será subjetiva.

¹⁸ EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA e TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo II*. 8. ed. Madrid: Civitas, 2002, p. 386) afirmam: “*probar que existe un nexo causal entre el hecho que constituye la fuente normativa de la responsabilidad y el daño producido será siempre necesario para que la imputación pueda tener lugar y con ella pueda nacer la responsabilidad, pero la mera relación de causalidad entre el hecho (y su autor) y el daño no basta para justificar la atribución del deber de reparación al sujeto a quien la Ley califica de responsable*”.

Três teorias disciplinam o elemento donexo causal como elemento essencial do dever de indenizar: a teoria da equivalência dos antecedentes causais, a teoria da causalidade adequada e a teoria da causalidade direta e mediata¹⁹.

É neste segundo pressuposto que se admite a exclusão do dever de responder patrimonialmente, dessa forma, deixando de ter a obrigação de reparar o dano. Isso pode ocorrer em, ao menos, três hipóteses: culpa exclusiva da vítima, fato de terceiro e caso fortuito ou força maior. No entanto é sabido que existem riscos criados pela existência mesma de certos serviços ou pela forma em que estes estão organizados. Tal situação fez com que, na atualidade, outras formas de excludentes do nexocausal fossem aceitas, como o exercício regular e razoável do direito; a atuação para extinguir perigo iminente; estado de extrema necessidade; o consentimento verdadeiro do lesionado; e a prática de atos em legítima defesa.

O último pressuposto é o dano efetivo, que pode ser material (patrimonial) ou não material (moral), emergente ou lucro cessante, presente ou futuro. Sem danos, não há o que reparar; daí a afirmação de que o dano é não somente um fato constitutivo, mas, também, determinante do dever de indenizar²⁰.

Ambas as formas de dano, material ou moral, podem trazer consigo a condenação do causador do dano ao pagamento de certa importância em dinheiro ou restituição ao erário, ocasionando, no caso de dano material, a restituição ao *status quo* da lesão sofrida; e, no caso de dano moral, uma patrimonialização de modo punitivo, desanimando-o da prática futura de atos semelhantes; e, com relação à vítima, compensá-la com uma importância que a auxilie na busca de prazeres capazes de amenizar a perda que se mostra irreparável, pela dor e humilhação impostas.

Nessa direção, as responsabilidades civis dos administradores de sociedades anônimas devem ser analisadas com base nos pressupostos co-

¹⁹ Sobre as teorias mencionadas, vide: TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o Nexo de Causalidade. *Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC*. Rio de Janeiro, v. 2, n. 6, p. 3-19, abr./jun. 2001.

²⁰ Sérgio Cavalieri Filho (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 71) conceitua dano como a sustação ou diminuição de um bem jurídico, quer se trate de um bem integrante da própria personalidade da vítima, como a sua honra, a imagem, a liberdade ou similares.

muns da responsabilidade civil e sob o enfoque dos deveres de conduta específicos precedentemente percorridos²¹.

À sociedade de economia mista, pessoa jurídica de direito privado e, necessariamente, sociedade anônima, afirma-se que:

[...] as regras relativas aos diretores de sociedades anônimas. Pouco importa tenha sido o diretor nomeado pelo Poder Público. Este ato não se mostra poderoso a alterar a natureza de suas funções e obrigações. Assim, não serão os diretores pessoalmente responsáveis pelas obrigações por êle contraidas em nome de sociedade de economia mista, desde que em virtude do ato regular de gestão (SANTOS, 1964).

Tal é consequência direta da própria natureza da sociedade, que, sendo organismo privado e disciplinado, pois, pelas normas de direito comum, rege-se como qualquer sociedade de direito privado.

Logo, no que diz respeito à responsabilidade dos administradores (diretores e conselheiros), estar-se-ia diante de uma responsabilidade extracontratual, sendo essa tanto subjetiva como objetiva desde que proceda *“dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo”* ou *“com violação da lei ou do estatuto”*, respectivamente (art. 158, incs. I e II, da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976)²².

Dessa forma, a responsabilidade subjetiva dos administradores decorre da análise de um conjunto de tomadas de decisões praticadas que necessariamente exigiram a análise de alguns elementos, quais sejam: (I) o descumprimento dos deveres dos administradores com negligência, imperícia ou imprudência (culpa); ou (II) a intenção de produzir o resultado danoso (dolo).

Já a responsabilidade objetiva ocorre quando o administrador proceder com violação da lei ou do estatuto. Nestes casos, haverá presunção (*juris tantum*) da culpa.

²¹ FABIO ULHÔA COELHO (COELHO, Fabio Ulhôa. *Curso de direito comercial*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. II, p. 261) explica que: *“Para a conveniente operacionalização das normas sobre responsabilidade civil dos administradores de companhia é suficiente a noção de que o descumprimento de dever legal acarreta a obrigação de recompor os danos provocados por essa conduta. Na verdade, trata-se apenas de aplicar ao caso dos administradores de sociedade anônima a regra geral de responsabilidade civil por prejuízos derivados de ilícitos”*.

²² STJ. AgRg no Ag: 930334 AL 2007/0170112-0, Relator: Ministro JOSÉ DELGADO, Data de Julgamento: 06/12/2007, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 01/02/2008 p. 447REVFOR v. 398 p. 383RT v. 872 p. 195.

Cabe ressaltar que tal questão é controversa. Autores como Modesto Carvalhosa (2009, p. 309) entendem ser a responsabilidade de tipo objetiva²³. Outros, como Fábio Ulhôa Coelho (2009, p. 249-250), já tratam tal como responsabilidade civil subjetiva, com inversão do ônus probatório. Por fim, há autores como Fran Martins (1978, p. 404), que entendem que tais violações ensejariam apenas responsabilidade subjetiva, em sua perspectiva clássica.

Ressalte-se que o administrador (diretor ou conselheiro) não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se, com eles, for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Além disso, exime-se de responsabilidade o diretor ou o conselheiro que fizer consignar em ata sua divergência quanto à deliberação aprovada. Caso não esteja presente no momento da deliberação, deve, sob pena de ser responsabilizado, comunicar por escrito à Assembleia Geral e ao Conselho Fiscal, sempre que este estiver em funcionamento (art. 158, §1.º, da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976).

Quanto à responsabilidade solidária, nas companhias abertas, é restrita aos membros designados pelo estatuto a dar cumprimento àqueles deveres, isto é, restringe tal solidariedade aos administradores da área específica. Por sua vez, nas companhias fechadas, os gestores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento de deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles (art. 158, §§2.º e 3.º, Da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976).

Saliente-se, ainda, que o administrador que tiver conhecimento do não cumprimento dos deveres já mencionados por seu predecessor e deixar de comunicar o fato à Assembleia Geral tornar-se-á com aquele solidariamente responsável (art. 158, §4.º, da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976).

²³ Para o TCU, a imputação de responsabilidade fundamenta-se na incidência de hipóteses legais objetivas, que apresentam pressuposto de má-fé, locupletamento ou desfalque. Trata-se de responsabilidade objetiva do gestor, que independe da verificação de culpa ou dolo. Nesse sentido, vide: Acórdão 15/2005 - Segunda Câmara, Acórdão 1551/2005 - Segunda Câmara, Acórdão 1905/2004 - Segunda Câmara, Acórdão 698/2006 - Primeira Câmara, Acórdão 485/2004 - Segunda Câmara Acórdão 1905/2004 - Segunda Câmara, Acórdão 3133/2004 - Primeira Câmara, entre outros.

Por fim, responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto (art. 158, §5.º, da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976).

Também pode existir punição funcional dos administradores junto à companhia por descumprimento de normas internas ou, até mesmo, a responsabilidade administrativa realizada pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), pelos órgãos ambientais integrantes do Sistema Nacional de Meio Ambiente - SISNAMA, pela Receita Federal ou entes estaduais e municipais correspondentes (FISCO) ou outros entes públicos sempre e quando os administradores descumprirem os deveres específicos.

Segundo o art. 4º, inc. IV, alínea “b” da Lei n.º 6.385, de 07 de dezembro de 1976, o administrador que não comunicar à CVM os “atos ilegais de administradores e acionistas controladores das companhias abertas, ou de administradores de carteira de valores mobiliário” poderá ser responsabilizado. Fora isso, dispõe o art. 11 da mesma lei que serão passíveis de processo administrativo, instaurado perante o Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional, resultando na imposição de penalidades, tais como advertência, multa, suspensão do exercício do cargo de administrador ou inabilitação para o seu exercício, os administradores de companhias abertas que cometerem faltas graves, previstas na Instrução n.º 8, de 08 de outubro de 1979, da CVM (IN 8/79 da CVM)²⁴.

Ainda quanto à responsabilidade administrativa, o art. 70, da Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, considera infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente.

Fora isso, de acordo com o disposto no art. 135, inc. III, do CTN, os administradores, entre outros, “são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatu-

²⁴ Ressalta-se que o STJ já admitiu que para o cumprimento das atribuições da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), não se mostra razoável limitar o uso das sanções disponíveis ao poder de polícia dessa autarquia, quando a lei assim não fez. O silêncio do art. 11 da Lei n.º 6.385/76, quanto à possibilidade de aplicação cumulativa de sanções, antes de representar espécie de “silêncio eloquente”, a impedir tal espécie de apenação, deve ser interpretado como técnica legislativa, voltada justamente a assegurar o exercício efetivo das funções técnicas da CVM, diante de ilícitos de jure tão complexo e aprimorado, devido às peculiaridades do mercado em destaque. (STJ. RESP - RECURSO ESPECIAL – 1130103. Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA, Fonte: DJE DATA:30/08/2010.DTPB).

tos”. Trata-se de responsabilidade tributária por substituição, não como contribuinte direto e originário, justificada, a substituição, pelo ato doloso, de má-fé, praticado pelo administrador, o qual deve ser comprovado pelo FISCO, obedecido o devido processo legal, para que o seu agente seja apenado²⁵.

A Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990, no art. 23, §1º, inc. I, estabelece que a ausência de recolhimento do percentual do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), bem como os valores previstos no art. 18 desta lei, nos prazos de que trata o §6º do art. 477 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), configura infração à lei. Se o empregador que descumprir a obrigação for sociedade anônima, os diretores e conselheiros responderão solidariamente pelo pagamento da contribuição social, visto que terão agido com excesso de poderes ou violação do estatuto ou da lei. A ausência do recolhimento deve ser atribuída aos administradores cujo mandato coincidiu com a data de vencimento da contribuição ou com a situação de inadimplência.

²⁵ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e de vários TRFs que o seguem vêm adotando orientação segundo a qual a responsabilidade dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado só ocorrerá quando a obrigação tributária for resultante de algum ato por eles praticado com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatuto ou, ainda, no caso de ter havido dissolução irregular da sociedade. Vale observar que falência e dissolução irregular da sociedade são conceitos totalmente distintos. A extinção da sociedade pela falência é forma regular de dissolução. Caso não haja o enquadramento em algum desses casos, deve-se isentar o administrador de qualquer responsabilidade tributária por substituição, não podendo, assim, sofrer, como sujeito passivo, a imposição tributária, nem ter seus bens penhorados por esses débitos. Em se tratando de responsabilidade extracontratual, é de ser aplicado o enunciado sumular nº 54/STJ, para que os juros fluam desde a data dos atos ilícitos atribuídos a cada um dos administradores. Ressalta-se que o mero inadimplemento de obrigação tributária não vem sendo considerado “violação da lei”, ou seja, não se pode responsabilizar pessoalmente o administrador da sociedade anônima em virtude exclusivamente do não recolhimento de tributos, conforme reiterada jurisprudência de nossos Tribunais. (STJ. ERESP - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL – 702232. Relator: CASTRO MEIRA. Órgão julgador: Primeira Seção. Fonte: DJ DATA:26/09/2005 PG:00169.DTPB; STJ. ERESP - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL – 635858. Relator: LUIZ FUX. Órgão julgador: Primeira Seção. Fonte: DJ DATA:02/04/2007 PG:00217.DTPB; STJ. RESP - RECURSO ESPECIAL – 279019. Relator: SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. Órgão julgador: Quarta Turma. Fonte: DJ DATA:28/05/2001 PG:00202 RSTJ VOL.:00151 PG:00443.DTPB; TRF1. EIAC - EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL – 200001000368303. Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves. Órgão julgador: Terceira Seção. Fonte: e-DJF1 DATA:09/04/2014 PAGINA:18; TRF2. AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 123374. Relator: Desembargador Federal JOSE NEIVA/no afast. Relator. Órgão julgador: Terceira Turma Especializada. Fonte: DJU - Data.:02/03/2007 - Página.:356; TRF3. AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 494443. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA. Órgão julgador: Terceira Turma. Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/08/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO; TRF3. AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 280157. Relator: JUIZ CONVOCADO NELSON PORFÍRIO. Órgão julgador: JUDICIÁRIO EM DIA - TURMA B. Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/10/2011 PÁGINA: 219 ..FONTE_REPUBLICACAO; entre outras).

Há de se mencionar a possibilidade de responsabilização penal do administrador caso o evento danoso seja tipificado como crime ou contravenção penal, como aqueles do art. 177 do CP, sendo sempre subjetiva. Não há espaço para a responsabilidade objetiva, muito menos para a responsabilidade por fato de terceiro²⁶.

Vale recordar que o art. 190, da Lei n.º 11.101, de 09 de fevereiro de 2005, equipara os administradores das sociedades falidas ao devedor ou falido, na medida de sua culpabilidade, inclusive para os efeitos penais previstos na referida lei, em especial, no que toca à prática de atos fraudulentos de que resulte ou possa resultar prejuízo aos credores, com o fim de obter ou assegurar vantagem indevida para si ou para terceiros, conforme o disposto no art. 168 da mesma lei.

Complementarmente, é importante, também, citar os arts. 137 e 138, do CTN, que tratam do direito tributário criminal e da responsabilidade do administrador por infrações da legislação tributária.

Conforme o direito penal, pode-se citar: a Lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951, que trata dos crimes contra a economia popular; a Lei

²⁶ A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e de vários TRFs que o seguem vêm adotando orientação segundo a qual a responsabilidade dos diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado só ocorrerá quando a obrigação tributária for resultante de algum ato por eles praticado com excesso de poderes ou infração à lei, contrato social ou estatuto ou, ainda, no caso de ter havido dissolução irregular da sociedade. Vale observar que falência e dissolução irregular da sociedade são conceitos totalmente distintos. A extinção da sociedade pela falência é forma regular de dissolução. Caso não haja o enquadramento em algum desses casos, deve-se isentar o administrador de qualquer responsabilidade tributária por substituição, não podendo, assim, sofrer, como sujeito passivo, a imposição tributária, nem ter seus bens penhorados por esses débitos. Em se tratando de responsabilidade extracontratual, é de ser aplicado o enunciado sumular nº 54/STJ, para que os juros fluam desde a data dos atos ilícitos atribuídos a cada um dos administradores. Ressalte-se que o mero inadimplemento de obrigação tributária não vem sendo considerado “violação da lei”, ou seja, não se pode responsabilizar pessoalmente o administrador da sociedade anônima em virtude exclusivamente do não recolhimento de tributos, conforme reiterada jurisprudência de nossos Tribunais. (STJ. ERESP - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL – 702232. Relator: CASTRO MEIRA. Órgão julgador: Primeira Seção. Fonte: DJ DATA:26/09/2005 PG:00169.DTPB; STJ. ERESP - EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL – 635858. Relator: LUIZ FUX. Órgão julgador: Primeira Seção. Fonte: DJ DATA:02/04/2007 PG:00217.DTPB; STJ. RESP - RECURSO ESPECIAL – 279019. Relator: SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA. Órgão julgador: Quarta Turma. Fonte: DJ DATA:28/05/2001 PG:00202 RSTJ VOL.:00151 PG:00443.DTPB; TRF1. EIAC - EMBARGOS INFRINGENTES NA APELAÇÃO CÍVEL – 200001000368303. Relator: Desembargador Federal Carlos Moreira Alves. Órgão julgador: Terceira Seção. Fonte: e-DJF1 DATA:09/04/2014 PAGINA:18; TRF2. AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 123374. Relator: Desembargador Federal JOSE NEIVA/no afast. Relator. Órgão julgador: Terceira Turma Especializada. Fonte: DJU - Data.:02/03/2007 - Página.:356; TRF3. AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 494443. Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA. Órgão julgador: Terceira Turma. Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/08/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO; TRF3. AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 280157. Relator: JUIZ CONVOCADO NELSON PORFÍRIO. Órgão julgador: JUDICIÁRIO EM DIA - TURMA B. Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA:05/10/2011 PÁGINA: 219 ..FONTE_REPUBLICACAO; entre outras).

n.º 4.729, de 14 de julho de 1975, que define o crime de sonegação fiscal; a Lei n.º 7.492, de 16 de julho de 1986, que dispõe sobre os crimes do colarinho branco; a Lei n.º 8.078, de 11 de setembro de 1990, que traz dispositivo sobre a responsabilidade criminal pela distribuição de produtos nocivos; a Lei n.º 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo; a Lei n.º 9.279, de 14 de maio de 1996, que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial; a Lei n.º 9.605, de 12 de fevereiro de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente; a Lei n.º 9.613, de 03 de março de 1998, que trata da Lavagem de Dinheiro; a Lei n.º 12.529, de 30 de novembro de 2011, que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; entre outras.

Por fim, tem-se a responsabilidade decorrente da improbidade administrativa, ou seja, da punição que funciona como espécie do gênero imoralidade administrativa, qualificada como uma quarta esfera de responsabilização que ocorre quando os administradores enriquecem ilicitamente, obtêm vantagem indevida para si ou para outrem causando prejuízo ao erário ou quando atentam contra os princípios da Administração Pública.

Segundo Juarez Freitas, a probidade administrativa consiste “na proibição de atos desonestos ou desleais para com a Administração Pública, praticado por agentes seus ou terceiros” (FREITAS, 1999, p. 437).

Logo, a atuação em desacordo com a lei ou o estatuto não implica em prática de conduta ímproba. Deve existir o ânimo de violá-los, a intenção de desrespeitá-los, enfim, a má-fé e a desonestidade na prática do ato, desse modo, o administrador inábil não necessariamente responderá por improbidade (SUNDFELD, 206, p. 20).

É importante ressaltar que cada uma dessas responsabilidades possui requisitos próprios a serem preenchidos.

3.1. Responsabilidade da Diretoria Executiva e do Conselho de Administração

Atribui-se, como visto, à Diretoria Executiva poderes de decisão distribuídos entre os diretores de acordo com as disposições estatutárias da companhia, sendo que estes são detentores de funções estatutárias cum-

pridas individualmente, salvo se o estatuto estabelecer quórum especial para apreciação de determinadas matérias.

Os diretores, por conseguinte, exercem suas funções autonomamente, e eventual atuação violadora dos deveres deve ser analisada de forma individual, pois sua decisão é realizada, em regra, de forma monocrática. Logo, os diretores são responsabilizados pessoalmente pelos atos praticados no exercício de suas funções, com exceção ao caso de quórum especial estabelecido pelo estatuto²⁷.

Segundo Rodrigo de Oliveira Botelho Corrêa

[...] a regra é que os diretores respondem individualmente por seus atos irregulares, incidindo a solidariedade somente quando mais de um diretor concorrer para a prática de um ato irregular ou antijurídico [...] (CORRÊA, 2009, p. 254).

Assim, a responsabilidade dos diretores pela tomada de decisão que viole a lei ou o estatuto é individual (EIZIRIK, 1987, p. 101) salvo se mais de um diretor concorrer para a prática da atuação irregular.

Já quanto ao Conselho de Administração, por ser sua decisão colegiada, a responsabilidade pelas tomadas de decisão deste órgão será solidária²⁸. Trata-se de responsabilidade subjetiva e, portanto, sujeita à culpa,

²⁷ Segundo MODESTO CARVALHOSA (CARVALHOSA, Modesto. Responsabilidade Civil de Administradores e de Acionistas Controladores perante a Lei das S/A. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 699, p. 36-43, jan.1994, p. 40): “[...] a Diretoria não é um órgão colegiado na medida em que diretores têm funções estatutárias e devem individualmente cumpri-las embora não haja impedimento a que o estatuto determine que algumas decisões sejam tomadas em reunião de seus membros.

Cada diretor, nos limites de suas funções, manifesta unilateralmente a vontade da companhia (responde individualmente o diretor).

[...]

Pode-se, portanto, afirmar que a Lei 6404/76, estabelece, como princípio geral, que os diretores têm responsabilidade limitada às suas funções, não podendo ser responsabilizados por atos de outros diretores, salvo conluio ou negligência.

A responsabilidade do administrador é, em regra, sempre pessoal, respondendo cada diretor no âmbito de suas atribuições. Consagra-se, dessa forma, o princípio da incomunicabilidade da culpa”.

²⁸ De acordo com o Acórdão 88/1993 - Plenário, do TCU: “a responsabilidade do Conselho de Administração não possui índole genérica, pois não engloba a totalidade da gestão. É, isto sim, restrita aos atos específicos que são submetidos à apreciação daquele Colegiado e são por ele aprovados”, esse entendimento foi reiterado em diversas decisões (Acórdãos 639/2005 - Plenário, 526/2001 - 1ª Câmara, 45/1994 - Plenário, 240/1997 - Plenário, 67/1997 - Plenário, 7/1999 - Segunda Câmara, 87/1996 - Segunda Câmara, 29/2000 - Segunda Câmara, 89/2000 - Plenário e Decisão 335/1994 - Plenário), estando, assim, pacificada a jurisprudência.

sendo os conselheiros pessoal e solidariamente responsáveis pelas deliberações do Conselho. Para tanto, basta a violação de um dos deveres anteriormente mencionados para que a responsabilização ocorra²⁹.

Entretanto cabe a cada conselheiro, de modo individual, o poder de diligência junto aos diretores sobre os assuntos de alçada do Conselho de Administração. Nestes casos, caberá tratar de uma responsabilização individual do conselheiro.

Por isso, afirma Nelson Eizirik (1987, p. 100), que os membros do Conselho de Administração serão pessoalmente responsáveis, por culpa *in vigilando*, caso não fiscalizem a gestão dos diretores nos limites das suas atribuições de controle de legitimidade dos atos da diretoria; ou mesmo por culpa *in elegendo*, quando o conselho eleja diretor cuja idoneidade poderia ter sido apurada antes de eleição ou quando, mesmo caracterizada a incompetência do diretor, o conselho o mantenha.

Independentemente, os conselheiros respondem apenas perante a companhia, e não perante terceiros, visto que não os representam.

Sob o prisma da responsabilização dos administradores, portanto, é necessária a verificação, em cada caso, do perfil da companhia, não poden-

Dessa forma, a regra geral, segundo a jurisprudência dominante nesta Corte, é no sentido de que os integrantes dos Conselhos de Administração não respondem pelos atos praticados pela Diretoria. Há situações, contudo, nas quais os conselheiros podem ser responsabilizados por sua omissão, mormente, quando esta se revela continuada.

²⁹ Segundo ARNOLDO WALD (WALD, Arnaldo. A Evolução do Regime Legal do Conselho de Administração, os Acordos de Acionistas e os Impedimentos dos Conselheiros Decorrentes de Conflitos de Interesses. *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, v. 4, n. 11, p. 13-30, jan./mar., 2001, p. 20): “o conselho de administração é basicamente um órgão colegiado e deliberativo, despido dos poderes executivos, de representação e de administração, sendo que a justificativa essencial de sua criação consistiu precisamente na composição dos distintos grupos de interesse atuantes na empresa. Assim, os membros do conselho de administração não são realmente administradores da empresa, mas sim participantes no processo decisório de sua política geral, cabendo aos diretores o desenvolvimento de tarefas administrativas e executivas.

Acontece que houve, na prática brasileira, uma evolução decorrente do advento e da generalização, em algumas grandes empresas, do controle partilhado. Assim, o conselho de administração transformou-se num verdadeiro órgão de gestão de segundo grau, que não se limita a eleger a diretoria e praticar atos referentes à política geral da empresa, mas decide numerosos casos concretos, passando a atuar como verdadeiro órgão operacional, em relação ao qual a diretoria se comporta como simples preposto, longa manus ou executor material das decisões específicas do colegiado”.

do se equiparar as responsabilidades entre os diretores e os conselheiros de forma genérica³⁰.

4. Business judgment rule

Percebe-se, do até aqui exposto, que os diretores exercem a gestão dos negócios; e os conselheiros, em geral, exercem as funções deliberativas. Ambos realizam as tomadas de decisões, logo, essa existe no mundo jurídico, mas não tem vontade própria. Sua vontade é, na verdade, a vontade das pessoas físicas que tomam as decisões por ela. É exatamente porque esses decidem sobre coisas alheias que existem normas protetivas dos titulares de bens e direitos contra a má gestão. Daí, tanto o administrador como a pessoa jurídica que ele representa possuem responsabilidades.

Pode-se imaginar, também, o quanto não é incomum a tomada de decisões complexas, existindo na atuação dos administradores um risco inerente à função que é mitigado quando os deveres, anteriormente analisados, são respeitados.

Caso os administradores decidam respeitando os deveres, não poderão eles ser pessoalmente responsabilizados, pois se considerará um ato de gestão regular. Percebe-se, assim, que as obrigações dos administradores são de meio, e não de fim³¹.

³⁰ Para o STJ, enquanto a diretoria da sociedade anônima, composta por, no mínimo, dois diretores, é, por essência, órgão de representação e administração, através do qual atua a sociedade, praticando os atos da vida civil, celebrando contratos, formalizando negócios diversos; o Conselho de Administração, composto por, no mínimo, três membros, é órgão puramente deliberativo. Assim, enquanto a diretoria pode atuar de forma colegiada ou individual, agindo conjuntamente ou através de cada diretor representando a sociedade, o conselho de administração somente se manifesta validamente por deliberação coletiva, sendo, normalmente, inviável que conselheiro, nessa condição, represente individualmente a companhia ou se confunda com o próprio conselho (STJ. RESP - RECURSO ESPECIAL - 410752. Relator: RAUL ARAÚJO. Órgão Julgador: QUARTA TURMA. Fonte: DJE DATA:01/07/2013.DTPB). Sobre a diferença entre a responsabilidade dos diretores e conselheiros, vide: Acórdão AC-2520-48/08, Plenário.

³¹ Segundo ANA FRAZÃO (FRAZÃO, Ana. Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 391): *“Apesar da importância da função social da empresa, esta não tem o alcance de imputar aos controladores e administradores de companhias a responsabilidade pelo resultado de suas decisões. Até mesmo diante dos necessários riscos que os gestores devem correr, as obrigações relacionadas ao dever de diligência são de meio, mas nunca de fim, como é pacífico na doutrina. Uma das formas pelas quais o direito societário procura assegurar tão conclusão é por meio da aplicação da conhecida business judgment rule, princípio que, segundo Clark (1986, p. 123-124), desdobra-se em duas formulações principais:*

- A presunção de que, ao tomar uma decisão, os administradores agem sobre uma base informada em boa-fé e na crença honesta de que a ação foi tomada no melhor interesse da companhia e

Assim, os parâmetros para a aferição de responsabilidade dos administradores são os deveres legais e estatutários. Logo, os atos praticados nesses limites são regulares e não podem ensejar a responsabilização do administrador, porém, civilmente, responde como visto pelos prejuízos que causar, quando proceder “dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo” ou “com violação da lei ou do estatuto” (art. 158, incisos. I e II, da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976).

Frisa-se, agindo dentro dos limites legais e estatutários, que o art. 158, da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, assegura a não responsabilização do administrador pelas obrigações contraídas em nome da sociedade³². Quando extrapolam os limites (deveres), neste caso, responderão pelos seus atos.

À primeira hipótese é aplicável a teoria internacionalmente difundida como “*business judgment rule*”³³ desenvolvida no direito norte-americano com o intuito de proteger os administradores contra eventual responsabilização por erros de julgamento em negócios realizados. Já na segunda hipótese, não se aplicaria tal regra, pois esta não protege decisões que constituam violação dos deveres legais ou estatutários³⁴.

Segundo Harry G. Henn e John R. Alexander

- A ideia de que o mérito das decisões dos administradores é insuscetível de alteração judicial, salvo se o julgamento tiver sido motivado por fraude, conflito de interesses, ilegalidade e, embora seja controverso, também na hipótese de negligência grave (*gross negligence*)”.

³² Segundo o Supremo Tribunal Federal (STF), os atos dos diretores de sociedade anônima fora de seus poderes, não são nulos, mas considerados inexistentes (STF. RE 30632. Relator: CÂNDIDO MOTTA).

³³ A “*business judgment rule*” é enunciada no §4.01 dos *Principles of Corporate Governance*, adotados e promulgados em 12 de maio de 1992, pelo *American Law Institute*, que consiste num modelo de regulamentação jurídica sobre variados temas do direito corporativo.

³⁴ O desenvolvimento da “*business judgment rule*” ocorreu nos Estados Unidos da América (EUA) e data de 1829, no caso *Percy v. Millaudon*, decidido pela Suprema Corte de Louisiana, estabelecendo-se que o simples prejuízo não faz o administrador responsável; deve-se provar que o administrador praticou um ato inadmissível ao padrão do homem comum. Depois, em 1847, a Suprema Corte do Alabama, no caso *Godbold v. Branch Bank*, decidiu que, apesar de devidamente informados e da legalidade dos atos praticados, se os administradores fossem responsabilizados por todos os atos praticados ou decisões errôneas na condução do negócio, sem a possibilidade de errar, nenhum homem prudente aceitaria o encargo de ser administrador sujeito a esse risco. Porém, na atualidade, o caso *Otis & Co. v. Pennsylvania R. Co.*, de 1944, e julgado pela Suprema Corte da Pensilvânia, é considerado o *leading case* sobre o tema. Nele, os acionistas alegaram que os diretores deixaram de obter o melhor preço pela venda de recebíveis, por terem negociado somente com um comprador, deixando de verificar a possibilidade de venda a outros a preço mais vantajoso. A decisão isentou os diretores de responsabilidade, sob o argumento de que enganos e erros no exercício de julgamento honesto do negócio não os qualificam como negligentes. Sobre estes e outros casos, vide: SILVA, Alexandre Couto. *Responsabilidade dos Administradores de S.A. Business Judgment Rule*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 141 e ss.

The ‘business judgment’ sustains corporate transactions and immunizes management from liability where the transaction is within the powers of the corporation (*intra vires*) and the authority of management, and involves the exercise of due care and compliance with applicable fiduciary duties (HENN; ALEXANDER, 1991 p. 661).

Alexandre Couto Silva define “*business judgment rule*” como sendo uma:

[...] descrição básica dos princípios aplicáveis à tomada de decisão dos administradores com razoabilidade e devidamente informados, que não lhes permitem a responsabilidade no caso de a decisão se tornar, de certo modo, desastrosa ou má no ponto de vista da Companhia (SILVA, 2007, p. 1).

Segundo tal regra, o controlador deve analisar a racionalidade e a razoabilidade do processo decisório, mas deveria se abster de sindicatá-lo o mérito da decisão³⁵. O seu objetivo é proceder a uma limitação à responsabilidade dos administradores, possibilitando-lhes exercer a administração da companhia com relativa autonomia, independência e segurança, consequentemente, encorajando-lhes a tomar decisões arriscadas, muitas vezes, economicamente interessantes para a sociedade (SILVA, 2007, p. 141).

A atividade econômica seria seriamente prejudicada se o controlador, seja este qual for, passasse o tempo todo julgando as ações dos administradores *ex-post*. É muito fácil apontar que uma decisão foi errada olhando pelo retrovisor do tempo. Mas a essência do mundo dos negócios é aceitar riscos. É aplicar o conjunto de informações e crenças que se apresentam em um determinado momento para decidir sobre fatos que geram efeitos sobre o futuro da companhia, futuro sobre o qual ninguém tem o controle. É o mercado quem deve corrigir erros reiterados de julgamento da administração, quando tomados de boa-fé e no que era percebido pela administração da companhia como o melhor para esta. Cabe aos partici-

³⁵ Para JÚLIO CÉSAR DE LIMA RIBEIRO (RIBEIRO, Júlio César de Lima. A transposição da *BUSINESS JUDGEMENT RULE* para o regime de responsabilidade civil de administradores em Portugal e no Brasil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 937, p. 391-431, 2013, p. 399): “A *sindicância* leva em conta, portanto, a razoabilidade do processo de tomada de decisão e a razoabilidade da decisão (de forma limitada). [...] se o diretor (realmente) acreditar que sua decisão está de acordo com os melhores interesses da corporation e essa crença for racional, o dever, para efeito da aplicação da *BJR*, estará cumprido”.

pantes do mercado e aos acionistas removerem administradores, reduzirem sua remuneração e mesmo castigarem o preço das ações de uma companhia por decisões, tomadas de boa-fé e no interesse da companhia, mas que se apresentaram errôneas *ex-post*³⁶.

Enfim, a conduta do administrador deverá estar sujeita ao escrutínio do Judiciário, todavia se este possuir a possibilidade de substituição da vontade discricional do administrador, esse tomaria decisões não pensando na companhia, mas em como não ser responsabilizado. Evidentemente, a inovação, o empreendedorismo, o crescimento econômico e o emprego seriam negativamente afetados.

Daí porque afirma José Carlos De Magalhães que:

A responsabilidade dos administradores deriva do modo como se comportaram na avaliação de determinado negócio, se atuaram com diligência que se espera de todo “bom pai de família”, para usar conceito romano, com a tomada das cautelas necessárias para avaliar com cuidado a natureza do ato e a conveniência e interesse da companhia na sua celebração (MAGALHÃES, 2013, p. 68).

Ainda segundo o autor

A atuação dos administradores é informada pela presunção de boa-fé e lealdade à empresa que dirige e de ter tomado decisões com base em informações fidedignas regularmente fornecidas em processo de investigação contábil e financeira da sociedade alvo (MAGALHÃES, 2013, p. 68).

Busca-se com tal regra amparar o administrador (diretor ou conselheiro) que atua de boa-fé, respeitando os limites legais e estatutários, mas que, infelizmente, depois de um tempo, percebe que sua decisão foi uma decisão ruim e que causou um dano à companhia.

No Brasil, essa regra foi consubstanciada no §6º, do art. 159, da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, cujo texto preceitua que “o juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se

³⁶ CVM. Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2008/9574. Relator: Diretora Ana Dolores Moura Carneiro de Novaes. Rio de Janeiro, 27 de novembro de 2012.

convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia”.

Apesar de o enunciado normativo utilizar o termo “poderá”, este poder semântico se converte em dever prático no caso da aplicabilidade da regra da “*business judgment*”. Não há de esquecer que as normas permissivas não têm porque conter necessariamente uma habilitação para o exercício de uma discricionariedade de atuação. Apenas a utilização do termo “poderá” não implica tal atribuição ao aplicador da norma, dado que dita expressão pode ir acompanhada de todos os elementos ou pressupostos necessários em ordem à aplicação da norma, de tal modo que, verificada a existência da situação prevista por aquela, decairá a possibilidade de optar, ao ser a única decisão possível predeterminada (assim o poder semântico se converte em dever prático)³⁷.

Dessa forma, se o administrador movido pela boa-fé incorre em erro de julgamento, não será responsabilizado por sua decisão, em razão da finalidade da norma ser a repressão de atos praticados com má-fé.

Depreende-se da “*business judgment rule*” que o legislador, e eventual controlador, reconhece que, conquanto desinteressados, bem-intencionados e informados, os administradores poderão tomar decisões que acaso, no longo prazo, acarrete à companhia grandes prejuízos, não ensejarão responsabilidade. Isto é, decisões que possam se configurar como de má fortuna para o negócio podem não gerar responsabilização.

De qualquer forma, para utilizar tal regra, o administrador deve seguir alguns princípios. Por isso, afirma-se que a “*business judgment rule*” se baseia em quatro elementos:

(I) Decisão ou julgamento do negócio: para aplicar a regra deve existir uma decisão informada, refletida, independente e desinteressada. Significa dizer que omissões não são protegidas pela regra, entretanto a decisão de não agir poderá estar protegida.

(I.1) Decisão informada: a decisão informada é aquela na qual os administradores basearam-se nas informações razoavelmente necessárias

³⁷ Sustenta-se que não existem normas de competência jurídico-pública que sejam permissivas, ou seja, muitas das normas permissivas são, na verdade, normas impositivas, no entanto as normas de conduta dependerão da relação entre a norma de competência e a de conduta para se averiguar se haverá ou não uma norma permissiva. Sobre o tema, vide: DUARTE, David. *A norma de legalidade procedimental administrativa: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória*. Coimbra: Almedina, 2006.

para tomá-la. Pode-se utilizar informações, análises e memorandos elaborados pela própria empresa ou por terceiros contratados.

(I.2) Decisão refletida: a decisão refletida é aquela tomada depois da análise das diferentes alternativas ou possíveis consequências ou, ainda, em cotejo com a documentação que fundamenta o negócio. Mesmo que deixe de analisar um negócio, a decisão negocial pode ser considerada refletida, caso, informadamente, tenha o administrador decidido não analisar esse negócio.

(I.3) Decisão independente: a decisão independente é aquela baseada nos méritos e interesses da companhia, sem qualquer influência sobre a sua capacidade de decidir discricionariamente.

(I.4) Decisão desinteressada: a decisão desinteressada é aquela que não resulta em benefício pecuniário ao administrador. Esse conceito vem sendo expandido para incluir benefícios que não sejam diretos para o administrador ou para instituições e empresas ligadas a ele. Quando o administrador tem interesse na decisão, aplicam-se os *standards* do dever de lealdade (*duty of loyalty*).

(II) Observância aos deveres específicos dos administradores: para aplicar a regra, deve a atuação do administrador observar os deveres prescritos de forma ampla e genérica nos arts. 153 a 157, da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, são eles: (II.1) dever de ser diligente; (II.2) lograr os fins da companhia; (II.3) atentar para o bem público e à função social da empresa; (II.4) dever de lealdade; (II.5) não intervir nem deliberar sobre atos em conflito de interesse; (II.6) não contratar com a sociedade em condições não equitativas; e (II.7) dever de informar.

(III) Boa-fé: por ser elemento básico para o cumprimento dos seus deveres, para aplicar a regra, deve ignorar certo fato (conceito psicológico) e o desconhecer de forma desculpável (conceito ético), além de agir sem malícia ou com intenção de fraudar. Significa atuar na suposição de que sua conduta era correta, permitida ou devida.

(IV) Inexistência de abuso de discricionariedade: a regra não protegerá decisão ou julgamento do negócio que viole o dever genérico à juridicidade, ou seja, o Direito.

Afora o até aqui mencionado, deve-se alertar para o fato de que a aceitação de riscos e o sentido empreendedor são características necessárias para um bom desempenho da função de administrador. Por isso

que o sistema de responsabilidade dos administradores, de fato, merecem cuidados próprios. Segundo Antonio Carlos Fontes Cintra

A política legislativa e judiciária a respeito da responsabilidade ditará os contornos do grau de risco a ser assumido em cada negócio, o que terá impactos diretos na economia e crescimento do país. É preciso lembrar que o Judiciário não detém os conhecimentos afetos à técnica empresarial. Por isso, conferir ao magistrado amplos poderes para, em segunda mão, avaliar a adequação da conduta do gestor para a situação concreta, poderá levar a um desaquecimento da economia. Ademais, devemos ter em mente que os acionistas, assim como os demais stakeholders, assumiram o risco quanto ao negócio bem como pelas ações do administrador (CINTRA, 2012, p.65).

Ademais, tal regra evita que o controlador se envolva no processo de tomada de decisão. Deve-se apenas controlar se os administradores agiram com boa-fé (com diligência, lealdade, informando e no interesse da companhia), é dizer, se respeitaram os deveres. Não devem entrar, portanto, na discricionariedade empresarial³⁸. Agora, apesar de a decisão empresarial ser discricional, não pode ser ela arbitrária. Por fim, tal regra protege a sociedade e seus acionistas de outros acionistas, e não dos administradores (SILVA, 2007, p. 195).

Conclui-se, portanto, que a regra do “*business judgment*” é um padrão para a revisão da tomada de decisão dos administradores, protegendo-os de eventual responsabilização. Trata-se, dessa forma, de uma exclu-

³⁸ Segundo JÚLIO CÉSAR DE LIMA RIBEIRO (RIBEIRO, Júlio César de Lima. A transposição da *BUSINESS JUDGEMENT RULE* para o regime de responsabilidade civil de administradores em Portugal e no Brasil. *Revista dos Tribunais*. São Paulo, v. 937, p. 391-431, 2013, p. 411): “a *business judgment rule* foi criada com o intuito de preservar a discricionariedade do administrador ao optar pela decisão que (ele, como gestor da sociedade) considera a mais conveniente. É na esfera dessa discricionariedade, que poderá ser colocada em dúvida a razoabilidade ou não de uma decisão; e que, portanto, se configura a possibilidade (ou não) de aplicação da *business judgment rule*”.

Sobre a discricionariedade do administrador, JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO (GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Responsabilidade dos administradores de sociedade anônimas. *Revista de direito mercantile, industrial, econômico e financeiro*, São Paulo, v. 42, p. 74, abr./jun. 1981) afirma: “não se pode negar, na experiência concreta, que se defere aos administradores certa margem de discricionariedade na condução dos negócios sociais, pois nem a lei nem o estatuto poderão jamais definir, com exatidão a amplitude exaustiva, as condições específicas de legitimação dos gestores à prática dos chamados atos regulares de gestão, individualmente considerados. Na aferição da conduta dos administradores, dois fatores, porém, introduzem elementos valorativos de singular expressão. Em primeiro lugar, a relativa discricionariedade da gestão tem por limite específico o objeto social, que há de ser definido no estatuto de modo preciso e completo [...]. Além dessa limitação de caráter objetivo, outro temperamento se impõe: a liberdade de gestão somente se admite enquanto ordenada a perseguir um escopo concreto: o atendimento do interesse social”.

dente de responsabilidade combinada com uma insindicabilidade do controlador de quem atua dentro dos padrões exigidos na lei e no estatuto³⁹.

5. Conclusões

Prescritas de forma ampla e genérica nos arts. 153 a 157, da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976, os principais deveres são: (I) dever de ser diligente; (II) lograr os fins da companhia; (III) atentar para o bem público e a função social da empresa; (IV) dever de lealdade; (V) não intervir nem deliberar sobre atos em conflito de interesse; (VI) não contratar com a sociedade em condições não equitativas; e (VII) dever de informar.

Considera-se diligente o administrador que segue o *standard* do bom pai de família (*bonus pater familiae*) ou do dever de cuidar (*duty of care*), ou seja, aquele que empreende, com zelo e cuidado, o que o tipo médio ou

³⁹ A vedação à sindicância, prevista pela regra, não se estende ao procedimento de tomada de decisões e aos interesses do administrador no que se refere à sua decisão. Ou seja, cabe ao controlador ao menos verificar se a regra da “*business judgment*” deve ou não ser aplicada. Vide: SILVA, Alexandre Couto. *Responsabilidade dos Administradores de S.A. Business Judgment Rule*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 3.

Cabe aqui ressaltar decisão preferida no julgamento do Processo Administrativo Sancionador CVM n.º 03/2002: “A administração da companhia, como já se disse da política, é a arte do possível, repleta de decisões imperfeitas por definição e de verdadeiras “escolhas de Sofia”, e justamente em razão disso a jurisprudência e a legislação têm cuidado de temperar a responsabilidade dos administradores e desvinculando-a do êxito de suas ações. [...]”

Assim, segundo penso, os administradores e os acionistas têm discricionariedade para gerir o caixa da companhia e tomar as decisões que entenderem mais apropriadas ao interesse da companhia. E, nesse sentido, vezes há onde o caixa disponível não é suficiente para fazer face a todas as obrigações da companhia - inclusive com o estado, trabalhadores, credores e acionistas - e nessas hipóteses, dentre as decisões imperfeitas ou possíveis, a administração deverá decidir, discricionariamente, no tocante ao gerenciamento de caixa e o fluxo, a prioridade de pagamentos. A CVM, a meu ver, não deve se imiscuir nessa discricionariedade e, a bem dizer, nem tem este poder.

Ou seja, optar entre declarar o dividendo obrigatório ou deixar de declará-lo por conta de incompatibilidade financeira, constituindo-se a reserva especial é decisão afeta à discricionariedade dos administradores e dos acionistas e não cabe à CVM se substituir ao juízo destas pessoas, principalmente após os fatos e sem qualquer responsabilidade sobre o êxito ou o fracasso de suas sugestões administrativas, que na altura ficará apenas na comodidade do plano teórico.

Correndo o risco de ser ocioso, recordo que o lucro apurado nas demonstrações financeiras não tem necessariamente correlação com a disponibilidade de caixa ou financeira da companhia, de forma que pode haver lucro sem que haja disponibilidade de caixa e a companhia, como dito acima, pode, discricionariamente, gerenciar financeiramente suas obrigações, inclusive, se for o caso, se financiar por dívida para obter o caixa necessário ao pagamento de dividendos. Tudo isso faz parte da administração: decidir, escolher, priorizar, etc.” (CVM. Processo Administrativo Sancionador CVM n.º 03/2002. Relator: Diretora Norma Jonsen Parente. Rio de Janeiro, 12 de fevereiro de 2004).

Ainda sobre o tema, vide: CVM. Processo Administrativo Sancionador CVM n.º 14/2005. Relator: Diretor Eli Loria. Rio de Janeiro, 05 de maio de 2009; CVM. Processo Administrativo Sancionador CVM n.º 24/2006. Relator: Diretor Otavio Yazbek. Rio de Janeiro, 18 de fevereiro de 2013.

homem comum utilizaria na condução dos seus próprios negócios. Trata-se do cumprimento diligente das obrigações derivadas de suas funções, que decorrerá, basicamente, da realização de suas atribuições com o devido tempo, esforço e conhecimentos necessários. Este deve ser identificado como aquele profissional devidamente qualificado, competente e que pauta sua atuação conforme os ditames das melhores práticas desenvolvidas pelas ciências econômicas, da administração de empresas e pelos costumes empresariais. Dessa forma, eventual controle sobre a tomada de decisão dos administradores não deve se circunscrever, unicamente, ao processo de decisão, ao racional *iter* (*reasonable decisionmaking process*), obtendo as informações pertinentes, razoavelmente disponíveis, com vistas a tomar as decisões corretas para o bem-estar da companhia, mas, também, a razoável decisão e não necessariamente a melhor decisão.

Entende-se por lealdade o dever de fidelidade do administrador aos interesses dos acionistas, não podendo esse se utilizar da posição que ocupa para auferir vantagens individuais ou beneficiar terceiros (*standard of loyalty*). Trata-se de um dever de gerir algo alheio sem pensar nos próprios interesses ou em interesses de terceiros. Este dever se desdobra, também, no dever de manter sigilo sobre negócios ainda não divulgados, capazes de influir na cotação de valores mobiliários (*insider trading*), mantendo a higidez do mercado, assim, evitando que alguém consiga informação privilegiada e a utilize como forma de obter lucro e no dever de abster-se de interferir em operações sociais ou deliberações administrativas em que tiver interesse colidente com o da sociedade. Esse último requer que os administradores evitem a autonegociação (*selfdealing transaction*) ou o conflito de interesses com a companhia, agindo de boa-fé e no interesse da mesma.

O dever de informar envolve tanto informações para esclarecimento dos acionistas, exigindo dos administradores declaração, no ato da posse, sobre se em seu patrimônio há ações ou outros valores mobiliários emitidos pela companhia, por sociedade por ela controlada ou integrantes do mesmo grupo econômico, devendo os números desses títulos serem especificados, como o dever de comunicação sobre deliberações ou fatos relevantes (*full disclosure*) que possam influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia, logo, os destinatários são os investidores em geral. Tal dever, porém, não se restringe apenas a essas duas hipóteses. Toda e qualquer informação que seja relevante para a tomada de decisões

deve ser prestada por quem a detém, sem prejuízo, todavia, dos limites que lhe são impostos por outros deveres legais – notadamente o de sigilo.

Tais deveres são garantias impostas pelo legislador com o fim de impor uma relação de confiança. Visam fixar um padrão ético de comportamento para que os administradores logrem os fins e os interesses da companhia.

Os administradores devem sempre seguir os comandos legais e estatutários, além das diretrizes internas. Existe, assim, um dever genérico à juridicidade, ou seja, ao Direito.

A violação dos deveres estabelecidos em lei ou no estatuto pode incidir distintos tipos de responsabilidades: (I) a responsabilidade civil perante a empresa; (II) a responsabilidade civil individual do acionista; (III) a responsabilidade civil de terceiro lesado; (IV) a responsabilidade funcional perante a companhia; (V) a responsabilidade administrativa perante a CVM, o BACEN ou outros entes públicos; (VI) a responsabilidade penal; e (VII) a improbidade administrativa.

Aos acionistas é garantida duas formas de ações contra os administradores: a ação de responsabilidade civil da empresa e a ação de responsabilidade civil individual. A primeira pode ser impetrada pela própria companhia, após aprovação da Assembleia Geral, contra os administradores que causarem dano ou prejuízo ao patrimônio da empresa. Já a segunda é aquela impetrada por qualquer acionista, desde que este respeite o procedimento legal, que determina que haja deliberação da assembleia geral ordinária de acionistas, facultando ao acionista promover ele próprio a ação se a companhia não a promover nos 3 (três) meses subsequentes à deliberação da assembleia; ou, caso a assembleia não aprove a propositura da ação, poderá o acionista ou acionistas titulares de 5% do capital social tomar as providências.

Também existe a ação de responsabilidade civil individual de terceiro diretamente prejudicado por ato dos administradores, uma vez que estes podem ser solidariamente responsáveis nesses casos, junto com a pessoa jurídica.

Quaisquer dessas ações de responsabilidade civil devem ser analisadas com base nos pressupostos comuns da responsabilidade civil, quais sejam: conduta voluntária do agente, nexos causal e dano efetivo. Logo, pouco importa, aqui, se a sociedade anônima é ou não uma sociedade de economia mista cujos administradores são nomeados pelo Poder Público.

Tal não altera a natureza de suas funções e obrigações. Isto é consequência direta da própria natureza da sociedade, que, sendo organismo privado e disciplinado, pois, pelas normas de direito comum, rege-se como qualquer sociedade de direito privado.

A propósito, dispõe a Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976, no seu artigo 158, que 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, dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo; ou com violação da lei ou do estatuto.

Agora, como os diretores exercem suas funções autonomamente, é dizer, suas funções estatutárias são cumpridas individualmente, suas decisões são realizadas, em regra, de forma monocrática. Logo, os diretores são responsabilizados pessoalmente pelos atos praticados no exercício de suas funções, com exceção ao caso de quórum especial estabelecido pelo estatuto.

Já o Conselho de Administração, por ser sua decisão colegiada, a responsabilidade pelas tomadas de decisão desse será solidária. Entretanto responderá individualmente cada conselheiro, por culpa *in vigilando*, caso não fiscalize a gestão dos diretores, nos limites das suas atribuições de controle de legitimidade dos atos da diretoria; ou por culpa *in eligendo*, quando o conselho eleja diretor cuja idoneidade poderia ter sido apurada antes de eleição ou quando, mesmo caracterizada a incompetência do direito, o conselho o mantenha. Independentemente, esses respondem apenas perante a companhia, e não perante terceiros, visto que os conselheiros não representam a companhia.

Também pode existir punição funcional dos administradores junto à companhia por descumprimento de normas internas ou, até mesmo, a responsabilidade administrativa realizada pelos mais diversos entes públicos sempre e quando os administradores descumprirem com deveres específicos.

Há de se mencionar, também, a possibilidade de responsabilização penal do administrador caso o evento danoso seja tipificado como crime ou contravenção penal.

Por fim, tem-se a responsabilidade decorrente da improbidade administrativa, ou seja, da punição que funciona como espécie do gênero imoralidade administrativa, que ocorre quando os administradores enri-

quecem ilicitamente, obtêm vantagem indevida para si ou para outrem causando prejuízo ao erário ou quando atentam contra os princípios da Administração Pública. A atuação em desacordo com a lei ou com o estatuto, por si só, não implica em prática de conduta ímproba. Deve, necessariamente, existir o ânimo de violá-los, a intenção de desrespeitá-los, enfim, a má-fé e a desonestidade na prática do ato.

Agora, caso a decisão se mostre ruim e cause danos, se os deveres forem respeitados, os administradores não podem ser responsabilizados. A regra do *“business judgment”* serve para proteger os administradores contra eventual responsabilização por erros de julgamento em negócios realizados. Caso os administradores decidam respeitando os deveres, por mais que a decisão se mostre ruim e cause danos à companhia, não poderão eles ser pessoalmente responsabilizados, pois se considerará um ato de gestão regular. As obrigações dos administradores são de meio, e não de fim. Assim, os parâmetros para a aferição de responsabilidade dos administradores são os deveres legais e estatutários. Busca-se com tal regra amparar o administrador (diretor ou conselheiro) que atua de boa-fé.

Segundo tal regra, o controlador deve analisar a racionalidade e a razoabilidade do processo decisório, mas deveria se abster de sindicá-lo o mérito da decisão. O seu objetivo é proceder a uma limitação à responsabilidade dos administradores, possibilitando-lhes exercer a administração da companhia com relativa autonomia, independência e segurança, e, conseqüentemente, encorajando-lhes a tomar decisões arriscadas, muitas vezes, economicamente interessantes para a sociedade.

Dessa forma, se o administrador, movido pela boa-fé, incorre em erro de julgamento, não será responsabilizado por sua decisão em razão da finalidade da norma ser a repressão de atos praticados com má-fé.

A regra do *“business judgment”* deve servir de padrão para a revisão da tomada de decisão dos administradores, assim, protegendo-os de eventual responsabilização. Trata-se, dessa forma, de uma excludente de responsabilidade combinada com uma insindicabilidade do controlador de quem atua dentro dos padrões exigidos na lei e no estatuto.

Referências

ALVES, Laerte Meyer de Castro. Responsabilidade dos administradores de sociedade anônima. **Jus Navigandi**, Teresina, Ano 16, n. 2745, 6 jan. 2011. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/18209>>. Acesso em: 8 ago. 2014.

BARRETO FILHO, Oscar. Estrutura administrativa das sociedades anônimas. **Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro**, Nova Série, v. 15 n. 24 p. 65-74, 1976.

BRASIL. **Comissão de Valores Mobiliários**. Processo Administrativo Sancionador. Relator: Diretor Otavio Yazbek. Processo CVM nº 19/05. Rio de Janeiro, RJ, Sessão 15/12/2009.

BRASIL. Parecer Normativo CST nº 48/1972. Disponível em: <<http://www.fiscosoft.com.br/g/4n0/parecer-normativo-coordenador-do-sistema-de-tributacao-cst-n-48-de-28011972>>. Acesso em: 19 fev. 2015

BRASIL. Secretaria da Receita Federal. Instrução Normativa nº 02 de 12 de set. de 1969. Consolida normas administrativas complementares ou interpretativas da legislação do Imposto sobre a Renda e revoga atos de idêntica natureza. *Diário Oficial da União*, n. 193, 08 de outubro de 1969, Seção 1, p. 24.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Processo: 640-050/RS UF: Distrito Federal, Fonte: DJ 19/05/2009 Relator(a): Luis Felipe Salomão, Data Publicação: 01/06/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Processo: 640-050/DF UF: Distrito Federal, Fonte: DJ 19/03/2009 Relator(a): Massami Uyeda, Data Publicação: 30/03/2009.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Processo: 930.334-AL UF: Distrito Federal, Fonte: DJ 01/02/2008 Relator(a): José Delgado, Data Publicação: 01/02/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: Embargos Divergentes em Recurso Especial. Processo: 702.232/RS UF: Distrito Federal, Fonte: DJ 26/09/2005 Relator(a): Castro Meira, Data Publicação: 26/09/2005.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: Embargos Divergentes em Recurso Especial. Processo: 635.858/RS UF: Distrito Federal, Fonte: DJ 14/03/2007 Relator(a): Luiz Fux, Data Publicação: 14/03/2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: Recurso Especial. Processo: 635.858/SP UF: Distrito Federal, Fonte: DJ 28/05/2001 Relator(a): Sálvio de Figueiredo Teixeira, Data Publicação: 28/05/2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: Recurso Especial. Processo: 1.014.496/SC UF: Distrito Federal, Fonte: DJ 01/04/2008 Relator(a): Nancy Andrighi, Data Publicação: 01/04/2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: Recurso Especial. Processo: 1.130.103/RJ UF: Distrito Federal, Fonte: DJ 30/08/2010 Relator(a): Castro Meira, Data Publicação: 30/08/2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: Recurso Especial. Processo: 1.313.725/SP UF: Distrito Federal, Fonte: DJ 29/06/2012 Relator(a): Ricardo Villas Bôas Cueva, Data Publicação: 29/06/2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Classe: Recurso Especial. Processo: 410.752/SP UF: Distrito Federal, Fonte: DJ 01/07/2013 Relator(a): Raul Araújo, Data Publicação: 01/07/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: Habeas Corpus. Processo: 84850-SP UF: Distrito Federal, Fonte: DJ 26/10/1999 Relator(a): Maurício Correa, Data Publicação: 01-06-2001

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: Recurso Extraordinário. Processo: 30.632/SP UF: Distrito Federal, Fonte: DJ 16-05-1957 Relator(a): Candido Motta, Data Publicação: 16-05-1957.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Classe: Recurso Extraordinário. Processo: 220.906-DF UF: Distrito Federal, Fonte: DJ 21/10/2003 Relator(a): Maurício Correa, Data Publicação: 21/10/2003.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 15/2005. Segunda Câmara. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Processo 003.002/2003-3. Ata n. 01/05. Brasília, DF, Sessão 20/01/2005.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1551/2005. Segunda Câmara. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Processo 019.344/2003-0. Ata n. 32/05. Brasília, DF, Sessão 30/08/2005.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1905/2004. Segunda Câmara. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Processo 003.472/1999-0. Ata n. 37/2004. Brasília, DF, Sessão 28/09/2004.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 1905/2005. Segunda Câmara. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Processo 003.472/1999-0. Ata n. 37/04. Brasília, DF, Sessão 28/09/2004.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 3133/2004. Primeira Câmara. Relator: Ministro Walton Alencar. Processo 015.018/2001-0. Ata n. 42/04. Brasília, DF, Sessão 07/12/2004.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 485/2004. Segunda Câmara. Relator: Ministro Benjamin Zymler. Processo 011.451/2002-6. Ata n. 11/04. Brasília, DF, Sessão 01/04/2004.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão 698/2006. Primeira Câmara. Relator: Ministro Guilherme Palmeira. Processo 279.017/1995-2. Ata n. 09/06. Brasília, DF, Sessão 28/03/2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão AC-3069-51/11. Plenário. Relator: Ministro Raimundo Carreiro. Processo TC 021.623/2010-4. Ata n. 51/11-P. Brasília, DF, Sessão 23/11/2011.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 240/1997. Plenário. Relator: Ministro Carlos Átila Álvares da Silva. Processo TC 279.053/92-4. Ata n. 22/97. Brasília, DF, Sessão 01/07/1997.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 29/2000. Plenário. Relator: Ministro Adhemar Paladini Ghisi. Processo 003.082/1995-4. Ata n. 18/00. Brasília, DF, Sessão 17/05/2000.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 29/2000. Segunda Câmara. Relator: Ministro Adhemar Paladini Ghisi. Processo 625.182/1995-2. Ata n. 05/00. Brasília, DF, Sessão 17/02/2000.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 45/1994. Plenário. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Processo TC 022.292/92-6. Ata n. 21/1994. Brasília, DF, Sessão 25/05/1994.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 45/1994. Plenário. Relator: Ministro Marcos Vinícios Vilaça. Processo TC 022.292/92-6. Ata n. 21/1994. Brasília, DF, Sessão 25/05/1994.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 526/2001. 1ª Câmara. Relator: Ministro José Antônio Barreto de Macedo. Processo 450.168/1997-2. Ata n. 30/2001. Brasília, DF, Sessão 28/08/2001.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 639/2005. Plenário. Relator: Ministro Guilherme Palmeira. Processo TC 007.360/1999-1. Ata n. 18/2005. Brasília, DF, Sessão 25/5/2005.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 67/1997. Plenário. Relator: Ministro Paulo Affonso Martins de Oliveira. Processo TC 450.243/93-1. Ata n. 12/97. Brasília, DF, Sessão 16/04/1997.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 7/1999. Plenário. Relator: Ministro Bento José Bugarin. Processo TC 013.700/94-4. Ata n. 14/99. Brasília, DF, Sessão 29/04/1999.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 87/1996. Segunda Câmara. Relator: Ministro Adhemar Paladini Ghisi. Processo TC 649.116/92-5. Ata n. 07/96. Brasília, DF, Sessão 29/02/1996.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 88/1993. Plenário. Relator: Ministro Substituto Bento José Bugarin. Processo TC 025.169/1992-0. Ata n. 21. Brasília, DF, Sessão 15/09/1993.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº AC-2520-48/08. Plenário. Relator: Ministro Guilherme Palmeira. Processo 005.524/2003-7. Ata n. 48/08. Brasília, DF, Sessão 12/11/2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 1.213/2008. 1ª Câmara. Relator: Augusto Nardes. Processo 012.518/2005-6. Ata n. 12/08. Brasília, DF, Sessão 22/04/2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 1.213/2008. Plenário. Relator: Augusto Nardes. Processo 016.971/2005-3. Ata n. 28/08. Brasília, DF, Sessão 16/07/2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 1.365/2008. 1ª Câmara. Relator: Augusto Nardes. Processo 018.645/2003-0. Ata n. 13/08. Brasília, DF, Sessão 29/04/2008.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 2.124/2004. Plenário. Relator: Lincoln Magalhães da Rocha. Processo 019.029/2003-8. Ata n. 04/06. Brasília, DF, Sessão 14/02/2006.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 2.408/2009. Plenário. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Processo 005.991/2003-1. Ata n. 42/2009. Brasília, DF, Sessão 14/10/2009.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 2.408/2009. Plenário. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Processo 005.991/2003-1. Ata n. 42/2009. Brasília, DF, Sessão 14/10/2009.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 335/1994. Plenário. Relator: Ministro Olavo Drummond. Processo 025.169/92-0. Ata n. 21/94. Brasília, DF, Sessão 25/05/1994.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Decisão nº 88/2007. Plenário. Relator: Augusto Nardes. Processo 007.205/2000-0. Ata n. 05/07. Brasília, DF, Sessão 07/02/2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Classe: Embargos Infringentes na Apelação Cível. Processo: 200001000368303 UF: Distrito Federal, Fonte: DJ 09/04/2014 Relator(a): Desembargador Federal Carlos Moreira Alves, Data Publicação: 09/04/2014.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Classe: Agravo de Instrumento. Processo: 123.374 UF: Rio de Janeiro, Fonte: DJ 02/03/2007 Relator(a): Desembargador Federal José Neiva, Data Publicação: 02/03/2007.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Classe: Agravo de Instrumento. Processo: 494.443 UF: São Paulo, Fonte: DJ 09/08/2013 Relator(a): Desembargador Federal Carlos Muta, Data Publicação: 09/08/2013.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Classe: Agravo de Instrumento. Processo: 280.157 UF: São Paulo, Fonte: DJ 05/10/2011 Relator(a): Desembargador Federal Nelson Porfírio, Data Publicação: 05/10/2011

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei das sociedades anônimas**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v.3.

CARVALHOSA, Modesto. Responsabilidade Civil de Administradores e de Acionistas Controladores perante a Lei das S/A. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 699, p. 36-43, jan.1994.

CASTRO, Guilherme Couto de. **A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. **Programa de responsabilidade civil**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

CINTRA, Antonio Carlos Fontes. Responsabilidade dos administradores perante a má fortuna do negócio e a business judgment rule. **Revista de direito bancário e do mercado de capitais**, v. 15, n. 58, p. 51-66, out./dez., 2012.

COELHO, Fabio Ulhôa. **Curso de direito comercial**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. II.

CORRÊA LIMA, Osmar Brina. **Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Anônimas**. Rio de Janeiro: Aide, 1989.

CORRÊA, Rodrigo de Oliveira Botelho. Breves notas sobre a responsabilidade civil dos administradores de sociedade anônima e sociedade limitada. **Revista trimestral de direito civil**: RTDC, v. 10, n. 37, p. 249-261, jan./mar. 2009.

COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS. Dispõe sobre a divulgação e uso de informações sobre ato ou fato relevante relativo às companhias abertas, disciplina a divulgação de informações na negociação de valores mobiliários e na aquisição de lote significativo de ações de emissão de companhia aberta, estabelece vedações e condições para a negociação de ações de companhia aberta na pendência de fato relevante não divulgado ao mercado. Instrução Normativa nº 358/2002. Rio de Janeiro, 28 de janeiro de 2002.

CVM. Processo Administrativo Sancionador CVM nº 03/2002. Relator: Diretora Norma Jonssen Parente. Rio de Janeiro, 12 de fevereiro de 2004.

CVM. Processo Administrativo Sancionador CVM nº 14/2005. Relator: Diretor Eli Loria. Rio de Janeiro, 05 de maio de 2009.

CVM. Processo Administrativo Sancionador CVM nº 24/2006. Relator: Diretor Otávio Yazbek. Rio de Janeiro, 18 de fevereiro de 2013.

CVM. Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ2008/9574. Relator: Diretora Ana Dolores Moura Carneiro de Novaes. Rio de Janeiro, 27 de novembro de 2012.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

DUARTE, David. **A norma de legalidade procedimental administrativa**: a teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariedade instrutória. Coimbra: Almedina, 2006.

EIZIRIK, Nelson. **Questões de direito societário e Mercado de capitais**. Rio de Janeiro Forense, 1987.

EIZIRIK, Nelson. **Temas de Direito Societário**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

FRAZÃO, Ana. **Função social da empresa**: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

FREITAS, Juarez. Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação. **Boletim de Direito Administrativo**, São Paulo, p. 433-447, jul. 1996.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Derecho Administrativo II**. 8. ed. Madrid: Civitas, 2002.

GUERREIRO, José Alexandre Tavares. Responsabilidade dos administradores de sociedade anônimas. **Revista de direito mercantile, industrial, econômico e financeiro**, São Paulo, v. 42, p. 74, abr./jun. 1981.

HENN, Harry G.; ALEXANDER, John R. **Laws of Corporation**. 3. ed., St Paul: West 1991.

MAGALHÃES, José Carlos de. A responsabilidade dos administradores em alienações e aquisições de ativos relevantes. **Revista de arbitragem e mediação**, v. 10, n. 38, p. 81-95, jul./set. 2013.

MARTINS, Fran. **Comentários à lei das sociedades anônimas**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito administrativo**. 14. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MUKAI, Toshio. **O Direito Administrativo e os Regimes Jurídicos das Empresas Estatais**. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

MUNIZ, Alvaro Caminha. **A empresa pública no direito brasileiro: princípios constitucionais-definição legal**. São Paulo: Trabalhistas, 1972.

RIBEIRO, Júlio César de Lima. A transposição da *BUSINESS JUDGEMENT RULE* para o regime de responsabilidade civil de administradores em Portugal e no Brasil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 937, p. 391-431, 2013.

SADDY, A. Licitações em subsidiárias de sociedade de economia mista integrantes da Administração Indireta, empresas paradministrativas e empresas com participação acionária do Estado. **Boletim de Licitações e Contratos – BLC**, São Paulo, n. 10, ano XXVI, p. 930-946, out. 2013.

SANTOS, Theophilo de Azeredo. **As sociedades de economia mista no direito brasileiro: doutrina, jurisprudência e legislação**. Rio de Janeiro: Forense, 1964.

SILVA, Alexandre Couto. **Responsabilidade dos Administradores de S.A. Business Judgment Rule**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacinto Arruda. Improbidade Administrativa de dirigente de empresa estatal. **Revista Brasileira de Direito Público- RBDP**, Belo Horizonte, Ano 4, n. 12, p. 9-32, jan./mar. 2006.

TEPEDINO, Gustavo. Notas sobre o Nexo de Causalidade. **Revista Trimestral de Direito Civil – RTDC**. Rio de Janeiro, v. 2, n. 6, p. 3-19, abr./jun. 2001.

WALD, Arnaldo. A Evolução do Regime Legal do Conselho de Administração, os Acordos de Acionistas e os Impedimentos dos Conselheiros Decorrentes de Conflitos de Interesses. **Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem**, v. 4, n. 11, p. 13-30, jan./mar., 2001.