

UNISINOS - UNIVERSIDADE DO VALE DOS SINOS

ANDRÉIA PROPP AREND

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADMINISTRADOR DE S/A

Porto Alegre

2015

ANDRÉIA PROPP AREND

A RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADMINISTRADOR DE S/A

Trabalho de conclusão de curso apresentado à UNISINOS - Universidade do Vale dos Sinos, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito dos Negócios.

Orientador: Prof. Me. Manoel Gustavo Neubarth Trindade.

Porto Alegre

2015

RESUMO

Busca analisar de maneira sucinta e prática a responsabilidade civil do administrador de sociedades anônimas, através do cotejo dos deveres do administrador perante a sociedade, acionistas e terceiros, de acordo com a Lei 6.404/76. Espera verificar se houve acerto do legislador em estruturar os deveres dos administradores sobre o pilar do dever de diligência e da lealdade, sob o aspecto da efetividade do direito societário. Dividido em capítulos, o trabalho faz abordagem acerca dos deveres dos administradores de S/A, com enfoque nas responsabilidades advindas do seu descumprimento, bem como os fatores que diferem as companhias abertas das companhias fechadas quanto a esses deveres, especialmente no que concerne ao dever de informar. Sob a ótica da análise econômica do direito, apresenta o seguro *D&O* como boa prática de governança corporativa, tendente a proteger o patrimônio dos administradores. A metodologia utilizada foi a de pesquisa bibliográfica, e jurisprudencial, enriquecida com as aulas presenciais do curso de LLM em Direito dos Negócios, e palestras promovidas pela Unisinos.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Administradores. Sociedade anônima. seguro *D&O*.

ABSTRACT

Intend to analyze, in a briefly and practical way, the liability of corporate directors and officers, through the comparison among the administrator's job related to the corporate, share-holders and third parties, according to the Law 6.404/76. Expect to validate the legislator's accomplishment in structuring the executive's role under the pillar of duty of diligence and loyalty, regarding the shareholders rights effectiveness. Divided into chapters, this monograph approaches the assignments of the corporate directors, focusing on the responsibilities resulting from its non-compliance, as well as the factors that differentiate public corporate from private corporate regarding its duties, especially concerning on the obligation to inform. Under the perspective of economic analysis of law, presents the D&O insurance protection for corporate directors as a good corporate governance practice, tending to protect the administrator's private properties. The methodology used was legal literature and jurisprudence research, enhanced by the actual classes of the LLM course in Business Law and lectures promoted by Unisinos.

Keywords: *Civil liability . Administrators. Corporate. D&O insurance .*

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	5
2 RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES DE S/A	7
2.1 ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR DE S/A	11
2.2 CRITÉRIOS DE DEFINIÇÃO DA RESPONSABILIDADE	Erro! Indicador não definido.
2.2.1 DEVERES DO ADMINISTRADOR PELA LEI 6.404/76	Erro! Indicador não definido.
2.2.1.1 DEVER DE DILIGÊNCIA.....	14
2.2.1.2 DEVER DE LEALDADE	18
2.2.1.3 DEVER DE SIGILO	19
2.2.1.4 DEVER DE INFORMAR	Erro! Indicador não definido.
2.2.1.5 DEVER DE VIGILÂNCIA	22
3 PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES	23
4 CAUSAS EXTINTIVAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES NOS TERMOS DO ART. 159, §6º. DA LSA	26
5 ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIZAÇÃO DO ADMINISTRADOR DE S/A E O SEGURO D&O	30
6 CONCLUSÃO	39
7 REFERÊNCIAS	41

1 - INTRODUÇÃO

As sociedades anônimas, via de regra constituídas para a execução de grandes operações e contemplando uma grande quantidade de acionistas, tem a necessidade de organizar as suas administrações de modo a bem conduzirem os negócios sociais. Podendo ser administrada pelo Conselho de Administração ou pela Diretoria, ou apenas pela diretoria, de acordo com o que dispuser o estatuto, o membro eleito para desempenhar as atividades de administração deverá fazê-lo de boa-fé e no interesse da sociedade, pautado nas disposições legais e estatutárias, sob pena de ensejar em responsabilidade civil.

O fundamento da responsabilidade civil reside no dever de que todos os cidadãos têm de reparar os danos causados a outras pessoas.

O estudo da responsabilidade civil do administrador de S/A se dá em razão de que nesse tipo societário se constitui forma de organização de empresa, cuja qualidade pessoal dos sócios é substituída pelo valor investido na sociedade; bem como que confere uma estrutura jurídica apropriada a grandes empreendimentos. Com pouca expressividade em termos quantitativos, as sociedades anônimas preponderam em retorno sobre o capital investido.

O presente trabalho visa esclarecer o alcance da responsabilidade civil dos administradores de S/A, frente às disposições da Lei 6.404/76, que traz os deveres de diligência e de lealdade como balizadores do exercício das atividades do administrador. Será demonstrado que, em que pese tenha sido bem elaborada para a época, a LSA não regula adequadamente algumas disposições, como é o caso das condições para exoneração de responsabilidade do administrador.

Será analisado o efeito extintivo do *quitus*, pela aprovação das contas e demonstrações financeiras, sem ressalvas, como fonte de impunidade do administrador faltoso, agravada pela dificuldade em buscar a reparação do dano na esfera judicial.

A finalidade do estudo realizado da análise econômica da responsabilização do administrador de S/A e o seguro *D&O*, é traçar um paralelo entre as responsabilidades transferidas pelas empresas aos administradores e a busca pela proteção do patrimônio pessoal desses profissionais frente ao risco assumido pelo cargo por meio do seguro *D&O*, suas vulnerabilidades e soluções.

A estrutura do presente trabalho advém da interpretação das obras e jurisprudências consultadas, visando a uma fácil compreensão do tema e ao fomento de novas abordagens sobre o assunto.

2- RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES DE S/A

A Lei 6.404/76 ao tratar dos administradores, passou a definir uma série de regras jurídicas a serem aplicadas aos membros do Conselho de Administração e à Diretoria, de tal forma que as companhias abertas terão obrigatoriamente Conselho de Administração, enquanto às companhias fechadas é facultativa a sua instituição.

Na qualidade de administradores das companhias, ao exercer as suas atribuições, e no exercício dos poderes de suas funções, estes profissionais a quem é cometida a direção ou o gerenciamento de companhia pública ou privada, em caráter provisório ou permanente, respondem pelos seus atos, de acordo com o disposto na lei acionária, bem como em conformidade com as disposições do Código Civil e demais legislações vigentes no país.

O Código Civil/2002 apresenta regras disciplinadoras de certas particularidades aplicáveis ao administrador, ensejando na sua responsabilização:

Artigo 1.011, CC – O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções cuidado e diligência.

Artigo 1.013, §2º. CC – Responde por perdas e danos perante a sociedade o administrador que realizar operações, sabendo ou devendo saber que estava agindo em desacordo com a maioria.

Artigo 1.016, CC – Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.

Artigo 50, CC – Em caso de abuso de personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

A rigorosa Lei dos Crimes Ambientais, n. 9.605/98, em seu artigo 3º., estabelece que “as sociedades (pessoas jurídicas) serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.”

Nos casos em que o administrador age de modo a extrapolar seus poderes, violar a lei ou os estatutos, ou age com dolo ou culpa, deve ser responsabilizado pessoalmente perante aqueles a quem causar dano, seja na pessoa dos acionistas, da companhia, ou mesmo de terceiros, de forma isolada, ou conjuntamente.

Ao perquirir a natureza jurídica da relação existente entre o administrador da sociedade e a sociedade - enquanto órgãos da companhia - os administradores, eleitos pela Assembleia Geral ou pelo Conselho de Administração, no prazo máximo de 03 (três) anos, realizam atos no âmbito dos seus poderes, considerados como atos da própria sociedade. Esses poderes decorrem de previsão legal e do estatuto social.

Neste sentido, a responsabilidade civil é imputável ao administrador para com a sociedade nas situações em que a sociedade é a vítima de algum dano causado. O dano poderá ser causado diretamente à sociedade ou a terceiros, a quem a sociedade passa a ter o dever de indenizar, e ao que será cabível a ação regressiva contra o administrador.

Antonio Ivanir de Azevedo¹, ao abordar o tema, esclarece ainda que:

De regra, o diretor não responde pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas, em determinadas circunstâncias, o Direito Positivo pátrio autoriza que a

¹ Antônio Ivanir de Azevedo. **Responsabilidade civil do administrador**. Revista dos Tribunais. Vol. 653. Ano 79. Março 1990. – São Paulo: RT, 1990, p. 79 e 80.

responsabilidade pela indenização do dano causado seja exigida do administrador. Isso ocorrendo, tal qual no quadro geral da responsabilidade civil, duas serão as suas modalidades: subjetiva e objetiva.

a) Responsabilidade subjetiva: A responsabilidade do administrador será designada subjetiva quanto aos atos danosos que praticar, no exercício de suas atribuições, com culpa ou dolo, como dispõe o inc. I do art. 158 da Lei 6.404, de 15.12.76, que regula a sociedade por ações. No Dec. 3.708/19, que regulamenta a constituição das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, idêntica disposição contém o art. 11, no que tange ao abuso na utilização da sociedade.

Como a responsabilidade subjetiva não dispensa a culpa – culpa em qualquer das suas modalidades – o ato eventualmente imputável ao administrador carece ser conveniente e suficientemente provado, para viabilidade da ação de responsabilidade.

[...]

b) Responsabilidade objetiva: A responsabilidade sem culpa, ou objetiva, deriva da aplicação da teoria do risco.

No Direito societário, instituiu-se regras que qualificam a responsabilidade como objetiva, como é o caso do disposto no art. 158, II, da Lei 6.404/76, e do art. 10 do Dec. 3.708/19. Assim, responde civilmente o administrador, por violação da lei e do estatuto (sociedade por ações), ou da lei e do contrato (sociedade por quotas), não servindo como escusa a alegação de desconhecimento quanto ao teor destes.

Em ambos os formatos de responsabilização do administrador, sendo subjetiva ou objetiva, a responsabilização será por parte do administrador perante a sociedade. Já, nos casos de infração à legislação tributária, quando há a desconsideração da personalidade jurídica pela omissão do responsável no pagamento do débito, bem como nos casos onde haja excesso de gestão ou mesmo nos casos de uso indevido da sociedade, é possível que a responsabilização do administrador não seja isolada, mas solidária com a própria empresa.

Dependendo do destinatário dos atos danosos praticados pelo administrador - acionistas, companhia ou terceiros - diversa será a natureza jurídica da responsabilidade civil. No caso de administrador que cause danos ao agir dentro dos seus poderes, a responsabilidade será da própria companhia, na medida em que o ato do administrador neste caso é ato da companhia. Já, um administrador

causando danos ao agir com dolo ou culpa, a responsabilidade será pessoal e subjetiva do administrador. Por outro lado, um administrador que extrapola seus poderes, violando a lei ou o estatuto, com presunção relativa de existência de culpa, a responsabilidade do administrador será subjetiva, com inversão do ônus da prova.

Nesse sentido, o administrador sempre terá a oportunidade de provar ao juiz que não agiu com dolo ou culpa, mas com boa-fé e no interesse da sociedade. Marlon Tomazette², nesse aspecto, esclarece:

A chance de o administrador se exonerar da responsabilidade é uma decorrência lógica da sua relação com a companhia, isto é, ele só será responsabilizado se o ato lhe for imputado pessoalmente, e não à companhia. Se mesmo agindo corretamente, no interesse da companhia e de boa-fé, ele causou dano a alguém, não se lhe deve imputar tal responsabilidade. Esta será da companhia, pois na verdade quem causou o dano a alguém foi a companhia agindo regularmente.

A responsabilidade interna existente entre administrador e a companhia, pressupõe o equilíbrio entre as disposições legais e as estatutárias, visando o interesse da companhia. Um dos exemplos de ato ilícito que poderá vir a causar prejuízos à companhia é a prática de atos de liberalidade à custa da companhia, previsto no art. 154, §2º, a'. Terá cabimento, portanto, em caso de dano ao patrimônio da sociedade, a ação social.

A responsabilidade civil dos administradores perante os acionistas ocorre nas circunstâncias em que pratique atos que causem prejuízos diretos aos acionistas. São em regra de natureza delitiva, como se pode exemplificar com o disposto no art. 109, IV, da LSA, que trata do impedimento ao exercício do direito de preferência pelo acionista. Terá cabimento a ação individual, se o dano for causado diretamente ao acionista. Caso o dano seja indireto, decorrente de dano causado à sociedade, a ação será social.

² Marlon Tomazette. **Curso de direito empresarial: teoria geral e direito societário**. Vol. 1. 6ª. Ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 571.

A responsabilidade civil perante terceiros em geral existe independentemente dos terceiros terem relações preexistentes com a companhia. Basta que sejam afetados pelas condutas ilícitas do administrador. A hipótese prevista no art. 155, §3º. da LSA, pode ser exemplificada com o caso da indução de instituição financeira à concessão de crédito à companhia, com base em balanço falso ou inexato. Terá cabimento a ação individual, se o dano for causado diretamente ao terceiro.

2.1 Espécies de Responsabilidade do Administrador de S/A

Em regra, a responsabilidade do administrador é individual. No entanto, a lei regula situações em que pode decorrer a responsabilidade solidária, que dependerá sempre da conjugação de atos culposos causados por mais de um agente, um corresponsável. A responsabilidade solidária não decorre da mera participação em órgão colegiado, mas sim mediante a participação culposa nos danos causados à sociedade, independentemente de conluio ou equidade de participação.

Dispõe o artigo 158, da LSA:

O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:

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

II – com violação da lei ou do estatuto.

§1º. O administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do

órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembleia-geral.

§2º. Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não-cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles.

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

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

Nas companhias abertas, a aplicação deste artigo leva em consideração o fato de que a estrutura interna das companhias, por terem órgãos divididos de forma mais rígida, e também organizada, torna mais difícil o cumprimento do dever de vigilância sobre os demais administradores.

Nas companhias fechadas, por sua vez, a imputação dessa responsabilidade recai sobre todos os administradores, ainda que pelo estatuto, cada um tenha atribuições diferentes. Isto se dá em razão da proximidade relacional dos administradores, que permite o trânsito de informações com maior agilidade dentro da companhia.

2.2 Critérios de Definição da Responsabilidade

A Lei 6.404/76 adotou um misto dos critérios sintético e analítico na sua elaboração, conferindo maior amplitude ao critério sintético. Marcelo Vieira Von Adamek esclarece que o critério sintético limita-se a descrever os deveres do

administrador de forma abstrata e abrangente, de cujo descumprimento surge o dever de indenizar; enquanto que pelo critério analítico são enumerados taxativamente os deveres dos administradores, e as condutas que poderão gerar responsabilização.³

2.2.1 Deveres do Administrador pela Lei 6.404/76

No intuito garantir que os administradores exerçam seus poderes em conformidade com o interesse da companhia, a lei 6.404/76 apresenta uma pedagógica enumeração de deveres impostos ao administrador, que deverão nortear o comando da sociedade. Esses deveres gerais estão elencados nos artigos 153 a 158 da Lei das S/A: 1) Dever de diligência (art. 153, LSA); 2) Dever de lealdade (art. 155, LSA); 3) Dever de sigilo (art. 155, §§ 1º. a 4º., LSA); 4) Dever de informar (art. 157, LSA); 5) Dever geral de vigilância (art. 158, §§ 1º. a 4º., LSA);

A doutrina ainda indica outros deveres gerais como desdobramentos dos deveres de diligência e lealdade, como por exemplo, o dever de dar cumprimento às finalidades das atribuições do cargo (art. 154, LSA), e deveres próprios sobre conflitos de interesses (art. 156, LSA), etc.

Lucas Petri Bernardes⁴ pondera que no atual cenário mundial de globalização dos mercados, as empresas passaram a enfrentar exigências por um gerenciamento cada vez mais qualificado, e salienta:

Essas exigências fazem que a administração das empresas seja cada vez mais profissional, dissociando paulatinamente as figuras de sócio e de administrador, ou seja, separando a propriedade do controle da atividade. A posição antes ocupada pelo empresário é

³Marcelo Vieira Von Adamek. **Responsabilidade civil dos administradores de S/A: e as ações correlatas**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 207/208.

⁴Antonio Ivanir de Azevedo. **Responsabilidade civil do administrador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 79, Março de 1990, Vol. 653, pág. 79.

transferida àqueles que se especializam na gestão dos negócios, de tal sorte que os sócios passam apenas a escolher o responsável, acompanhar os resultados e, eventualmente, substituí-lo.

No exercício das suas atividades, deve o administrador pautar-se pelos poderes-deveres, explícitos e implícitos, decorrentes da Lei das S/A.

2.2.1.1 Dever de Diligência

Dentre os deveres-padrão, para Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira⁵, o mais importante é o dever de diligência, sendo os demais deveres, decorrência do dever principal, de diligência.

O artigo 153, da Lei das S/A dispõe que *“O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.”*

Assim, verificado no caso concreto o descumprimento deste comando legal, é possível imputar a responsabilização pessoal do administrador pelos danos causados.

Nesse sentido, é importante frisar que a obrigação do administrador é de meio, e não de resultado, pouco importando, portanto, o resultado financeiro da sua administração, que poderá ser positivo ou negativo. Uma companhia que apresenta resultado extremamente lucrativo não traduz necessariamente a conduta diligente do administrador, devendo a mesma interpretação se dar ao caso de uma companhia

⁵ Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira. **A lei das S/A**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 235.

que venha a apresentar resultado de prejuízo. Para Franco Bonelli⁶, “sejam quais forem os esforços interpretativos que se queira realizar, não é possível chegar a sustentar que existe uma obrigação dos administradores de administrar com sucesso econômico a sociedade a eles confiada.”

No entanto, para Marcelo Vieira Von Adamek⁷, qualificações pessoais são levadas em consideração pelo juiz, na apreciação do caso concreto, na medida em que, a título exemplificativo “erros na conclusão de um contrato geralmente serão mais escusáveis a um químico, ocupando a função de diretor de produção, do que a um advogado, diretor de departamento jurídico.”.

No mesmo sentido, afirma Adamek⁸, não se pode exigir o mesmo grau de diligência de um administrador de uma S/A fechada, de natureza familiar, que de um presidente do conselho e administração de uma S/A aberta.

O administrador, obrigando-se a adotar comportamento diligente apropriado à consecução dos objetivos da companhia, não se obriga à produção do resultado, na medida em que os riscos inerentes às atividades comerciais devem recair sobre os empresários, não ficando a cargo dos administradores. Este entendimento tem forte relação com a regra norte-americana da *business judgement rule*, cuja interpretação limita os tribunais americanos a verificar se a decisão tomada pelo administrador no caso concreto, resultou do critério de razoabilidade, sem verificar se a decisão foi a mais correta em termos estratégicos ou negociais.

No direito brasileiro a *business judgement rule* está inserida no conceito do dever de diligência, cuja ausência poderá caracterizar a responsabilidade civil por falta de gestão.

⁶ Franco Bonelli. *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1992, p. 162.

⁷ Marcelo Vieira Von Adamek. *Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A (e as ações correlatas)*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 126.

⁸ Marcelo Vieira Von Adamek. *Op. Cit.*, p. 127.

Ao tratar dos deveres dos administradores, na obra *Direito Societário Aplicado*⁹, Walfrido Jorge Warde Júnior e Ruy de Mello Junqueira Neto salientam que o descumprimento dos deveres de lealdade e de diligência pelos administradores enseja na responsabilização destes. E neste sentido vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça¹⁰, conforme se pode verificar na ementa adiante transcrita.

DIREITO EMPRESARIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. SOCIEDADE ANÔNIMA. DIRETORIA. ATOS PRATICADOS COM EXCESSO DE PODER E FORA DO OBJETO SOCIAL DA COMPANHIA (ATOS *ULTRA VIRES*). RESPONSABILIDADE INTERNA *CORPORIS* DO ADMINISTRADOR. RETORNO FINANCEIRO À COMPANHIA NÃO DEMONSTRADO. ÔNUS QUE CABIA AO DIRETOR QUE EXORBITOU DE SEUS PODERES. ATOS DE MÁ GESTÃO. RESPONSABILIDADE SUBJETIVA. OBRIGAÇÃO DE MEIO. DEVER DE DILIGÊNCIA. COMPROVAÇÃO DE DOLO E CULPA. INDENIZAÇÃO DEVIDA. RESSALVAS DO RELATOR.

1. As limitações estatutárias ao exercício da diretoria, em princípio, são, de fato, matéria interna *corporis*, inoponíveis a terceiros de boa-fé que com a sociedade venham a contratar. E, em linha de princípio, tem-se reconhecido que a pessoa jurídica se obriga perante terceiros de boa-fé por atos praticados por seus administradores com excesso de poder. Precedentes.

2. Nesse passo, é consequência lógica da responsabilidade externa *corporis* da companhia para com terceiros contratantes a responsabilidade interna *corporis* do administrador perante a companhia, em relação às obrigações contraídas com excesso de poder ou desvio do objeto social.

3. Os atos praticados com excesso de poder ou desvio estatutário não guardam relação com a problemática da eficiência da gestão, mas sim com o alcance do poder de representação e, por consequência, com os limites e possibilidades de submissão da pessoa jurídica - externa e internamente. Com efeito, se no âmbito externo os vícios de representação podem não ser aptos a desobrigar a companhia para com terceiros - isso por apreço à boa-fé, aparência e tráfego empresarial -, no âmbito interno fazem romper o nexo de imputação do ato à sociedade empresarial. Internamente,

⁹ Walfrido Jorge Warde Junior; Ruy de Mello Junqueira Neto. **Direito Societário Aplicado: baseado nos precedentes das Câmaras Reservadas de Direito Empresarial do tribunal de Justiça do Estado de São Paulo**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 123.

¹⁰ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1349233/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, Julgado em 06/11/2014 (Disponível em www.stj.jus.br/scon/pesquisar.jsp - acessado em 29/04/2015).

a pessoa jurídica não se obriga por ele, exatamente porque manifestado por quem não detinha poderes para tanto. Não são imputáveis à sociedade exatamente porque o são ao administrador que exorbitou dos seus poderes.

4. Portanto, para além dos danos reflexos eventualmente experimentados pela companhia, também responde o diretor perante ela pelas próprias obrigações contraídas com excesso de poder ou fora do objeto social da sociedade.

5. Se a regra é que o administrador se obriga pessoalmente frente a companhia pelos valores despendidos com excesso de poder, quem excepciona essa regra é que deve suportar o ônus de provar o benefício, para que se possa cogitar de compensação entre a obrigação de indenizar e o suposto proveito econômico, se não for possível simplesmente desfazer o ato exorbitante. Vale dizer, com base no princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, eventuais acréscimos patrimoniais à pessoa jurídica constituem fatos modificativos ou extintivos do direito do autor, os quais devem ser provados pelo réu (art. 333, inciso II, CPC).

6. Assim, no âmbito societário, o diretor que exorbita de seus poderes age por conta e risco, de modo que, se porventura os benefícios experimentados pela empresa forem de difícil ou impossível mensuração, haverá ele de responder integralmente pelo ato, sem possibilidade de eventual "compensação". No caso em apreço, e especificamente quanto aos contratos de patrocínio da SPFW e os celebrados com a Campari Itália S.P.A., as instâncias ordinárias não reconheceram nenhum retorno para a companhia, seja patrimonial, seja marcário. Tal conclusão não se desfaz sem reexame de provas, o que é vedado pela Súmula 7/STJ.

7. Entendimento da douta maioria quanto aos contratos de publicidade celebrados com África São Paulo Ltda. e 3P Comunicações Ltda. (notas taquigráficas): atos de que resultaram bom proveito para a companhia. Incidência do art. 159, § 6º, da Lei n. 6.404/1976: "O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia". É possível reconhecer que a publicidade em rede aberta de televisão favorece a exposição da marca. Ausência de prejuízo à companhia. Interpretação do art. 158 da LSA, invocado no recurso especial e prequestionado.

Ressalva do ponto de vista do relator: é incabível a aplicação do art. 159, § 6º, da Lei n. 6.404/1976, à falta de prequestionamento, não sendo o caso de fazer incidir o art. 257 do RISTJ, com aplicação do direito à espécie. Quanto aos referidos contratos de publicidade, já existia limitação decorrente do acordo de acionistas de conhecimento de todos. Excesso de poder reconhecido. Exegese do art.

118, § 1º, da LSA e do art. 1.154, caput, do Código Civil de 2002.

8. Tendo o acórdão recorrido assentado peremptoriamente que as festas promovidas pelo diretor em nome da companhia eram estranhas ao objeto social, tal conclusão não se desfaz sem reexame de provas.

Incidência da Súmula 7/STJ.

9. Por atos praticados nos limites dos poderes estatutários, o administrador assume uma responsabilidade de meio e não de resultado, de modo que somente os prejuízos causados por culpa ou dolo devem ser suportados por ele. Daí por que, em regra, erros de avaliação para atingir as metas sociais não geram responsabilidade civil do administrador perante a companhia, se não ficar demonstrada a falta de diligência que dele se esperava (art. 153 da LSA).

10. Não obstante essa construção, no caso em exame, segundo apuraram as instâncias ordinárias, não se trata simplesmente de uma gestão infrutuosa - o que seria tolerável no âmbito da responsabilidade civil -, caso não demonstrada a falta de diligência do administrador. Segundo se apurou, tratou-se de gastos com nítidos traços de fraude, como despesas em duplicidade, hospedagens simultâneas em mais de uma cidade, notas fiscais servis a encobrir despesas particulares próprias, de parentes e outros. Incidência, no particular, da Súmula 7/STJ.

11. Recurso especial parcialmente provido.

2.2.1.2 Dever de Lealdade

O dever de lealdade tem *status* de dever principal, devendo ser aplicado ao lado do dever de diligência, consubstanciando a premissa de que deverá o administrador servir à companhia, e não o contrário. Nesse sentido, o artigo 155 da LSA impõe uma série de vedações ao administrador, assim arrolada:

Art. 155. O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado:

I – usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo;

II – omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia;

III – adquirir, para revender com lucro, bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir;

§1º. Cumpre, ademais, ao administrador de companhia aberta, guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários, sendo-lhe vedado valer-se da informação para obter, para si ou para outrem, vantagem mediante compra ou venda de valores mobiliários.

§2º. O administrador deve zelar para que a violação do disposto no §1º. não possa ocorrer através de subordinados ou terceiros de sua confiança.

§3º. A pessoa prejudicada em compra e venda de valores mobiliários, contratada com infração do disposto nos §§ 1º. e 2º., tem direito de haver do infrator indenização por perdas e danos, a menos que ao contratar já conhecesse a informação.

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

Para Marlon Tomazette¹¹ “há que prevalecer sempre o interesse social sobre o interesse individual dos administradores”, não bastando a prática pelos administradores, de atos contrários ao dever de lealdade. A omissão do exercício leal da administração – para defesa da companhia - também enseja a responsabilidade civil do administrador.

2.2.1.3 Dever de Sigilo

O dever de sigilo está previsto no artigo 155, caput da LSA, juntamente com o dever de lealdade.

De forma genérica, o dever de sigilo traduz a necessidade do administrador não divulgar questões relativas aos negócios da sociedade, de caráter confidencial. De forma específica, é aplicável tão somente às companhias de capital aberto, na medida em que deve o administrador guardar sigilo e zelar para que seus subordinados também o façam, sobre toda e qualquer informação que não tenha sido ainda divulgada ao mercado.

Marcelo Vieira Von Adamek¹² ressalta que:

Mesmo que a obrigação não se encontre expressa na lei acionária, é certo que, tanto nas companhias abertas como nas fechadas, os

¹¹ Marlon Tomazette. *Op.Cit.*, p. 564.

¹² Marcelo Vieira Von Adamek. *Op. Cit.*, p. 170.

deveres de lealdade e diligência impõem ao administrador manter reserva ou discrição a respeito das atividades da companhia.

Em que pese o dever de sigilo, não raro as companhias tem a necessidade de prestar informações a terceiros, a fim de viabilizar negócios que trarão benefícios à própria companhia, como, por exemplo, no caso da necessidade de contratação de um advogado, ou mesmo no de aquisição de outra companhia. Nessas hipóteses, constitui praxe estabelecer cláusulas de confidencialidade nos instrumentos contratuais, visando a resguardar essas informações do conhecimento de outros terceiros.

Luis Felipe Spinelli¹³, ao tratar do dever de sigilo do administrador, frisa que:

O dever de sigilo também tem estrita relação (de tensão) com o “duty of disclosure” – apesar de este, como vimos, ter maior aplicação nas companhias abertas, enquanto o dever de manter reserva sobre os dados sigilosos aplica-se às abertas e às fechadas. Neste sentido, ao ter determinadas informações, especialmente aquelas de caráter relevante, deve divulgá-las ao mercado ou se abster de negociar. Cabe ressaltar que aquele não pode praticar o “insider trading” – o que, por si só, não acarreta a quebra do dever de manter reserva sobre as informações da companhia, já que pode utilizar a informação confidencial sem divulgá-la: emprega em benefício próprio quando atua no mercado de capitais.

2.2.1.4 Dever de informar

O dever de informar, previsto no artigo 157, da LSA, está relacionado com o dever de sigilo, na medida em que é aplicável na sua extensão às companhias abertas, desdobrando-se em três modalidades de informação, segundo Marcelo Vieira Von Adamek¹⁴, sendo a declaração no termo de posse, o dever de revelação

¹³Luis Felipe Spinelli. **Conflito de interesses na administração da sociedade anônima**. São Paulo: Malheiros, 2012, p. 173.

¹⁴ Marcelo Vieira Von Adamek. *Op. Cit.*, p.566/567.

à assembleia geral ordinária, e o dever de divulgação ao mercado, conforme expressa a íntegra do artigo 157 da LSA:

Art. 157. O administrador de companhia aberta deve declarar, ao firmar o termo de posse, o número de ações, bônus de subscrição, opções de compra de ações e debêntures conversíveis em ações, de emissão da companhia e de sociedades controladas ou do mesmo grupo, de que seja titular. (Vide Lei nº 12.838, de 2013)

§ 1º O administrador de companhia aberta é obrigado a revelar à assembleia-geral ordinária, a pedido de acionistas que representem 5% (cinco por cento) ou mais do capital social:

a) o número dos valores mobiliários de emissão da companhia ou de sociedades controladas, ou do mesmo grupo, que tiver adquirido ou alienado, diretamente ou através de outras pessoas, no exercício anterior;

b) as opções de compra de ações que tiver contratado ou exercido no exercício anterior;

c) os benefícios ou vantagens, indiretas ou complementares, que tenha recebido ou esteja recebendo da companhia e de sociedades coligadas, controladas ou do mesmo grupo;

d) as condições dos contratos de trabalho que tenham sido firmados pela companhia com os diretores e empregados de alto nível;

e) quaisquer atos ou fatos relevantes nas atividades da companhia.

§ 2º Os esclarecimentos prestados pelo administrador poderão, a pedido de qualquer acionista, ser reduzidos a escrito, autenticados pela mesa da assembleia, e fornecidos por cópia aos solicitantes.

§ 3º A revelação dos atos ou fatos de que trata este artigo só poderá ser utilizada no legítimo interesse da companhia ou do acionista, respondendo os solicitantes pelos abusos que praticarem.

§ 4º Os administradores da companhia aberta são obrigados a comunicar imediatamente à bolsa de valores 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.

§ 5º Os administradores poderão recusar-se a prestar a informação (§ 1º, alínea e), ou deixar de divulgá-la (§ 4º), se entenderem que sua revelação porá em risco interesse legítimo da companhia, cabendo à Comissão de Valores Mobiliários, a pedido dos administradores, de

qualquer acionista, ou por iniciativa própria, decidir sobre a prestação de informação e responsabilizar os administradores, se for o caso.

§ 6o Os administradores da companhia aberta deverão informar imediatamente, nos termos e na forma determinados pela Comissão de Valores Mobiliários, a esta e às bolsas de valores ou entidades do mercado de balcão organizado nas quais os valores mobiliários de emissão da companhia estejam admitidos à negociação, as modificações em suas posições acionárias na companhia. (Incluído pela Lei nº 10.303, de 2001)

Através da leitura do referido artigo, é possível verificar que a transparência perquirida por intermédio do dever de informar visa resguardar, tanto o interesse dos acionistas, como o dos investidores no mercado de capitais. O interesse dos acionistas, em face do dever de informar previsto no art. 157, §§1º. a 3º., da LSA. O interesse do mercado de capitais, nos termos do art. 157, §4º. da LSA, por intermédio da comunicação imediata à bolsa de valores e a divulgação pela imprensa de qualquer deliberação da assembleia geral ou dos órgãos de administração da companhia, ou fato relevante ocorrido nos negócios, que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia.

2.2.1.5 Dever de Vigilância

Em que pese seja um dever genérico implícito, é decorrente do dever de diligência, e está previsto no art. 157, §§1º e 4º, da LSA.

É de suma importância a observância deste dever por todos os integrantes da companhia, inclusive no relacionamento entre os órgãos de diretoria e conselho de administração, sendo aplicável ainda em todas as esferas da companhia, como na relação com subordinados, ainda que não integrantes dos órgãos sociais.

3 – PRESSUPOSTOS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES

São pressupostos da responsabilidade civil do administrador, a conduta antijurídica imputável ao agente, o dano e o nexo de causalidade.

De acordo com o disposto no artigo 158 da LSA, responderá civilmente o administrador quando agir dentro de suas atribuições ou poderes com dolo ou culpa, e/ou com violação da lei ou do estatuto. Deste dispositivo legal, emanam três inferências: 1) que o administrador não terá responsabilidade civil quando realizar atos regulares de gestão; 2) que o administrador terá responsabilidade civil por comportamento antijurídico, quando dentro das suas atribuições agir com dolo ou culpa ou quando agir com violação à lei ou ao estatuto.

Para que se possa aferir a culpa do administrador, será necessário apreciar o caso em concreto, de acordo com as particularidades do caso, com foco no cumprimento do dever de diligência. O ônus da prova cabe ao autor da ação indenizatória, nos termos do art. 333, do CPC.

Responderá também o administrador quando proceder com violação da lei ou do estatuto. Nesta hipótese, em que pese haver entendimento doutrinário no sentido de admitir a possibilidade de estabelecer presunção de culpa do administrador, com a consequente inversão do ônus da prova, tal entendimento não prospera frente ao que dispõe a Lei das S/A, que está calcada na doutrina da culpa.

Já, o nexo de causalidade refere-se à causa e o efeito entre a conduta do administrador e o dano sofrido pela companhia, acionistas ou terceiros, não bastando a simples existência do dano para caracterizar a responsabilidade civil. Para Sérgio Cavalieri Filho¹⁵, “o conceito de nexo causal não é jurídico; decorre das

¹⁵ Sérgio Cavalieri Filho. **Programa de responsabilidade civil**. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 49.

leis naturais. É o vínculo, a ligação ou relação de causa e efeito entre a conduta e o resultado.”

É imprescindível que o dano tenha ocorrido em decorrência da conduta ilícita do administrador, em correlata relação de causa e efeito, devendo se tomar todo o cuidado para que não seja impingido a qualquer pessoa aleatoriamente, o dever de indenizar. Foram então concebidas diversas teorias sobre o nexos causal, dentre as quais, a da equivalência das condições (qualquer uma das causas é considerada suficiente para a ocorrência do dano), a da causalidade adequada (a responsabilidade deve ser proporcional à causa, e não ser agravada por situação adicional), e a da causalidade imediata (é necessário que entre o fato e o dano exista relação de causa e efeito, direta e imediata). No Brasil, a doutrina majoritária sustenta a aplicabilidade da teoria da causalidade imediata, cabendo ao juiz, diante do caso concreto, verificar qual das teorias aplicar.

O ônus da prova cabe ao autor da ação, não sendo suficiente a mera possibilidade de existência de nexos causal. Haverá que se comprovar cabalmente o nexos de causalidade.

O dano causado pelo administrador é elemento imprescindível à caracterização da responsabilidade civil e não pode ser presumido. Não se faz necessário fixar o exato valor do prejuízo patrimonial, sendo imprescindível demonstrar a existência do prejuízo em si.

O ônus da prova da existência do dano cabe ao autor da ação, e deverá ocorrer sempre no transcurso do processo de conhecimento, não cabendo cogitar de inversão do ônus da prova. É possível, contudo, quantificar o dano na fase de liquidação da ação.

Marcelo Vieira Von Adamek¹⁶, citando Giuseppe Ferri, salienta que o fundamento da responsabilidade do administrador “é a violação de uma obrigação, o

¹⁶ Marcelo Vieira Von Adamek. *Op. Cit.*, p. 234.

não cumprimento de um dos seus deveres, e não o resultado mais ou menos favorável do ato por ele realizado.”



4. CAUSAS EXTINTIVAS DA RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES NOS TERMOS DO ART. 159, §6º. DA LSA

As causas extintivas da responsabilidade civil dos administradores estão previstas segundo a doutrina, no art. 159, §6º. da LSA. São elas a renúncia, a remissão e a transação; a prescrição; e a liberação resultante da aprovação sem reservas do balanço e das contas.

O artigo 134, §3º. da LSA prevê que “a aprovação, sem reserva, das demonstrações financeiras e das contas, exonera de responsabilidade os administradores e fiscais, salvo erro, dolo, fraude ou simulação.” É de competência privativa dos acionistas, em assembleia geral ordinária, a aprovação das contas e das demonstrações financeiras da gestão passada (*quitas*), o que se dá por maioria simples dos presentes, nos termos do art. 132, I, da LSA. Não há direito de oposição por parte da minoria.

A redação deste dispositivo legal trouxe várias críticas da doutrina, quanto ao efeito liberatório do “*quitas*” concedido aos administradores neste formato, uma vez que nem sempre as demonstrações financeiras expressam a situação patrimonial da companhia e suas correspondentes mutações no decorrer do exercício, fragilizando a confiabilidade dos documentos; ou mesmo, no sentido de que, em regra, os acionistas não possuem conhecimentos técnicos aptos a interpretar as demonstrações financeiras.

Nesse sentido, a assembleia geral ordinária deverá deliberar distintamente sobre as demonstrações financeiras e sobre a gestão social dos administradores. As deliberações poderão ser em sentido diverso de uma em relação à outra.

Poderá o administrador ajuizar uma ação declaratória negativa de existência de pretensão indenizatória, caso a companhia deixe de conceder o “*quitus*” ao administrador por qualquer razão, na medida em que não tem este, o direito subjetivo ao “*quitus*”.

Marcelo Vieira Von Adamek¹⁷ questiona qual o alcance objetivo e subjetivo da liberação do acionista, esclarecendo que o alcance objetivo se dá de forma ampla, não se restringindo à responsabilidade sobre vícios incorridos na elaboração das demonstrações financeiras, mas sim, sobre os atos de gestão. Quanto ao alcance subjetivo, esclarece que produz efeitos tão somente perante a companhia. A diversidade de natureza e a titularidade das pretensões permitem que o acionista que votou pela aprovação das contas, possa propor ação individual contra os administradores. A ação social, por outro lado, somente terá cabimento, se as demonstrações financeiras e as contas não foram aprovadas sem reservas.

Nesse aspecto, para propor a ação, será necessário que os acionistas desconstituam a deliberação assemblear outrora aprovada. O prazo prescricional da ação indenizatória não é reaberto em razão da necessidade de desconstituição da assembleia anterior. A ação a ser ajuizada é a ação constitutiva negativa autônoma ou cumulada com condenatória (ação proposta simultaneamente contra a companhia e administradores, porém sem autorização assemblear para tal).

As deliberações das assembleias poderão ser invalidadas nas hipóteses de erro, dolo, fraude ou simulação. Nos casos que implicarem em nulidade, tem legitimidade qualquer interessado e também o Ministério Público. Nos casos que implicarem em anulabilidade, haverá que se fazer um estudo do caso concreto, uma vez que ao acionista que de forma válida votou favoravelmente à deliberação, não é concedido o direito de impugná-la, pois poderia tê-lo feito no momento da assembleia.

¹⁷ Marcelo Vieira Von Adamek. *Op. Cit.*, p. 263/264.

Poderá a assembleia retificar os atos já aprovados. Para poder responsabilizar os administradores, a companhia deverá anular o *quitus* anteriormente concedido, o que judicialmente não teria poderes para fazê-lo. A fim de produzir efeitos contra terceiros, em face das repercussões causadas pela aprovação indevida de atos assembleares, deverá propor a ação anulatória contra os administradores beneficiados pelo ato revogado.

Cumpra transcrever adiante a ementa de decisão proferida pela Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça de São Paulo¹⁸, no sentido de que a aprovação das contas por todos os administradores impede a propositura de ação de responsabilidade, nos seguintes termos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO Ação de *responsabilidade* Insurgência contra decisão que indeferiu a preliminar de ilegitimidade passiva dos réus e inépcia da inicial e deferiu a prova pericial contábil, transferindo a análise da necessidade de produção prova testemunhal - Alegação de que a aprovação das contas em Assembleia implica em quitação aos *administradores*; necessidade de anulação das contas; a aprovação das contas por todos os *administradores* impede a propositura de ação de *responsabilidade*; foi outorgada quitação ao sócio Luiz que se estende a todos os sócios Nos termos do art. 134, § 3º, da *Lei6404/76*, a aprovação, sem reserva, das demonstrações financeiras e das contas, exonera de *responsabilidade* os *administradores* e fiscais, salvo erro, dolo, fraude ou simulação A aprovação da propositura da ação de *responsabilidade* permite concluir que as atas anteriores em que houve aprovação de contas foram anuladas administrativamente pela assembleia - Quitação das contas de um dos sócios dada pela Volo do Brasil, sociedade diversa, que não se aproveita os demais sócios da VarigLog Decisão mantida - Recurso improvido.

O prazo decadencial é de 2 (dois) anos, contados da publicação da ata deliberatória, para anular a deliberação. O prazo prescricional é de 3 (três) anos. Visando a não perder o prazo para o ajuizamento da ação, é indicado que o interessado cumule os pedidos de invalidação deliberatória, com o de condenação dos administradores.

¹⁸Tribunal de Justiça de SP. Agravo de Instrumento n. 0280024-51.2011.8.26.0000. Sétima Câmara de Direito Privado, Relator Ramon Mateo Junior, Julgado em 17 out. 2012 (Disponível em www.tjsp.jus.br/busca - acessado em 29/04/2015).

Não é admitida a renúncia à pretensão de responsabilizar o administrador por danos causados ao patrimônio social, no direito brasileiro. Caso viesse a ocorrer, repercutiria na responsabilidade civil dos acionistas por voto abusivo e manifestamente contrário ao interesse social.¹⁹ Também não é admitida a remissão, pelos mesmos fundamentos.

A transação é possível mediante aprovação em assembleia geral. Não há previsão legal neste sentido. No entanto, é indicado proceder deste modo a fim de ressaltar responsabilidades.

O artigo 159, §6º. da LSA, estabelece a possibilidade de exclusão judicial da responsabilidade, quando o juiz se convencer de que o administrador agiu de boa fé e visando ao interesse da companhia. A doutrina majoritária entende que não é possível esta justificação de forma extrajudicial, no âmbito da assembleia geral, em face da expressa disposição legal.

A prescrição, como causa extintiva da pretensão indenizatória, merece atenção especial, na medida em que estabelece prazos diferentes, dependendo do caso. O artigo 206, §3º, VII do Código Civil revogou a disposição do art. 287, II, b, 2, da LSA. O prazo é de 3 (três) anos contados da apresentação do balanço referente do exercício em que a violação tenha sido praticada, ou da assembleia geral que dela deva tomar conhecimento. Esta regra se aplica tanto às sociedades quanto aos acionistas. Há exceções quanto ao prazo e ao início da contagem, como é o caso da hipótese de falência, que é de 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da sentença de encerramento da falência, que se submete à regra do LRF, art. 82.

¹⁹ Marcelo Vieira Von Adamek. *Op. Cit.*, p. 285.

5. ANÁLISE ECONÔMICA DA RESPONSABILIZAÇÃO DO ADMINISTRADOR DE S/A E O SEGURO D&O.

A responsabilidade dos administradores foi construída a partir de um conceito de transferência parcial e em pequena escala dos riscos da atividade do negócio, pelos sócios.

A evolução da sociedade para uma cada vez maior responsabilização dos administradores demonstra que o modelo inicial, que até a pouco se restringia responsabilização por participação em fraudes e pela realização de atos com extrapolação de poderes, já não é mais suficientemente aceito pelas sociedades anônimas, sejam elas abertas ou fechadas.

Segundo Bruno Meyerhof Salama²⁰, na obra “O Fim da Responsabilidade Limitada no Brasil”, é possível transferir-se o risco empresarial em maior escala aos administradores, por meio de três mecanismos jurídicos, quais sejam “inversão do ônus probatório, expansão da culpabilidade e objetivação da responsabilidade.”

Veja-se que a inversão do ônus da prova estabelece de antemão uma presunção relativa de culpa dos administradores, que por sua vez passam a ter de provar a ausência de culpa nos ilícitos praticados pela empresa. A dificuldade em produzir prova de ausência de culpa é tão extrema, que o efeito prático sentido pelos administradores é como se fosse o de uma responsabilidade objetiva. A esfera tributária brasileira é rica em exemplos neste sentido.

A transferência do risco da atividade aos administradores ocorre também na medida em que são ampliados os seus poderes de escolha e fiscalização dos profissionais com os quais a companhia se relaciona. Assim, estendidos esses

²⁰ Bruno Meyerhof Salama. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil: história, direito e economia*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 474.

poderes, agem com culpa *in eligendo* e/ou culpa *in vigilando* os administradores sempre que houver algum tipo de irregularidade em seus ofícios. Levado ao extremo, este conceito também poderá levar os administradores a responderem quase que objetivamente pelos atos da empresa.

O outro aspecto é a responsabilidade objetiva, mas esta responsabilização independente de culpa do administrador impacta de tal forma na companhia, que o profissional, ao assumir o encargo, passa imediatamente a suportar com o seu patrimônio pessoal os riscos do negócio, quase como um avalista, ou porque não se dizer, um sócio.

As justificativas econômicas apresentadas para esta ampliação da responsabilidade dos administradores se dão no sentido de que esses profissionais teriam melhores condições de suportar o risco do negócio do que outros credores, uma vez que conhecem o *modus operandi* da empresa e suas formas de prever e mitigar eventuais prejuízos. Além deste fator, há também o fato de que quanto mais vinculado estiver o profissional, maior será o grau de zelo no desempenho de suas tarefas, ensejando em uma melhor gestão empresarial.

Há que se ponderar que nas grandes companhias, notadamente nas de capital aberto, as figuras dos administradores estão totalmente dissociadas das figuras dos acionistas, expressando desproporcionalidade entre os incentivos à boa administração frente aos ônus gerados pela falta de êxito no ditame profissional.

As medidas de ampliação de responsabilidade dos administradores por vezes poderão repercutir em efeitos nefastos às companhias, caso estes passem a adotar medidas muito mais tendentes a lhes resguardarem patrimonialmente do que de investirem no desenvolvimento econômico e tecnológico das empresas. Até mesmo profissionais com perfis ótimos ao empreendedorismo poderão se sentir tolhidos na minguia de tanto conservadorismo. No cume de todos esses riscos estará a dificuldade extrema de contratar profissionais que estejam abertos a assumir encargos tão nefastos ao seu patrimônio pessoal.

Como forma de incentivar os administradores a agirem de acordo com a lei, surge a figura da corresponsabilização, onde, segundo Bruno Meyerhof Salama²¹:

As empresas precisarão compensar os administradores que arcam com riscos de responsabilização ou então terão que lhes custear apólices de seguro. Poder-se-ia argumentar que, por si só, o pagamento de maiores salários ou de cobertura securitária não é um problema. Afinal, tanto a maior remuneração do administrador quanto a existência de cobertura securitária reforçam a posição patrimonial dos administradores enquanto garantidores implícitos dos credores da empresa.

Há que se ponderar a evidente onerosidade gerada à empresa pela corresponsabilização, seja pelo reflexo do aumento da remuneração dos administradores, seja pelo custo do contrato de seguro, circunstâncias que, em que pesem os esforços financeiros envidados pelas companhias, não traduzem a esperada garantia total aos credores.

Os contratos de seguro de responsabilidade civil dos administradores são denominados contratos de seguro *D&O*, que é a abreviação da expressão americana *Directors and Officers Liability Insurance*, cujo objetivo é proteger a todos os executivos que tem poder de gestão, representando as companhias perante terceiros.

O seguro *D&O* foi lançado no Brasil na década de 90, passando a ter maior receptividade no âmbito das corporações no Brasil com a entrada em vigor do Código Civil de 2002, que passou a fazer previsão da desconsideração da personalidade jurídica em seu artigo 50, estabelecendo maior rigidez na imposição de responsabilidade aos administradores das empresas, independentemente de culpa. Esta receptividade reside na conclusão de que, ainda que o administrador seja responsabilizado civilmente, não há garantias de que terá ativos pessoais suficientes disponíveis à reparação de danos.

²¹ Bruno Meyerhof Salama. *Op. Cit.*, p. 479.

Por outro lado, há que se ter presente as dificuldades sentidas pelos acionistas minoritários das sociedades anônimas abertas, ao buscar demandar contra seus administradores ou contra a própria companhia, posto que a Lei 6.404/76, em seus artigos 158 e 159 estabelecem quórum de deliberação, comprovação de culpa ou dolo dos administradores, entre outros, situações essas que por regra estão muito distantes do conhecimento dos acionistas minoritários. Vencidas essas dificuldades, é possível que o seguro *D&O* reflita como um mecanismo capaz de efetivar a garantia dos direitos dos acionistas, pela defesa do patrimônio da companhia.

Práticas como as de governança corporativa são muito bem recebidas pelas companhias seguradoras, ao serem cotadas pelas empresas interessadas em contratar o seguro *D&O*, uma vez que as seguradoras podem perfeitamente não aceitar firmar contrato com determinadas empresas, seja pela falta de boas práticas de governança, seja pela conclusão negativa a partir de monitoramentos realizados, podendo inclusive aceitar o contrato, precificando o prêmio de forma mais onerosa, de acordo com o grau de risco assumido.

Segundo Ana Carolina Rodrigues²², a importação do seguro *D&O* para o mercado brasileiro trouxe algumas falhas, sendo uma delas quanto à cobertura dos sinistros, que se voltam essencialmente ao custeio das despesas judiciais e dos honorários de advogados, ficando excluídas as indenizações pelos danos sofridos às vítimas.

Entretanto, este tipo de seguro é importante tanto para evitar que danos a terceiros eventualmente fiquem sem reparação, como a proteção do patrimônio pessoal dos administradores e da própria companhia, por meio de suporte a indenizações vultosas e despesas processuais inesperadas, causadas por atos de gestão.

²² Ana Carolina Rodrigues. **A responsabilidade civil e o seguro *D&O***. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Ano 15. Vol. 58. Out-dez/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Pág. 452.

De modo geral, é possível afirmar que o seguro *D&O* contribui positivamente para a prática de governança corporativa pelas empresas, trazendo reflexos na efetividade da responsabilidade civil.

Uma particularidade da apólice é que esta é destinada a cobrir danos de natureza eminentemente patrimonial, de tal forma que constituem riscos habitualmente excluídos, os danos extrapatrimoniais ao meio ambiente ou danos morais, que até poderão ser contratados à parte, mediante elevada contraprestação pecuniária, frente à sua imprevisibilidade.

Em que pesem essas possibilidades de exclusões de coberturas de riscos, ainda assim constitui boa prática de governança corporativa, que a empresa forneça aos seus administradores, os meios de proteção patrimonial na esfera pessoal.

Vale apresentar ementa de decisão judicial proferida pela Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul²³, no sentido de condenar subsidiariamente o sócio o administrador a pagar à companhia pelas praticas adotadas na administração da empresa e que resultaram na diminuição dos respectivos resultados e na falta de capital de giro.

DISSOLUÇÃO DE SOCIEDADE ANÔNIMA. LIQUIDAÇÃO E NOMEAÇÃO DE LIQUIDANTE. DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE LIMITADA. APURAÇÃO DE HAVERES. RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR POR IRREGULARIDADES NA CONTABILIDADE DA EMPRESA. Agravos retidos não conhecidos, porquanto não reiterados na conformidade do art. 523, § 1º, do CPC. Pedido de redução do valor dos haveres do filho do sócio falecido que não merece prosperar, porquanto apurados através de perícia e na conformidade com o patrimônio

²³Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 70014711725, Quinta Câmara Cível, Relator Leo Lima, Julgado em 22/11/2006 (disponível em www.tjrs.jus.br/busca - acessado em 29/04/2015).

líquido da sociedade e com as respectivas quotas sociais. Juros moratórios, no percentual de 6% ao ano, fixados desde a citação, consoante o art. 219, do CPC e correção monetária pelo IGP-M. Pleito de abatimento, no valor dos haveres do autor, do valor referente às despesas com a liquidação da S.A. demandada improcedente. Valor do patrimônio líquido da Policlínica Central Ltda. que não guarda relação com a liquidação da S.A. Condenação subsidiária do sócio da Policlínica Central Ltda. ao pagamento dos haveres relativos ao filho do sócio falecido que não merece alteração, tendo em vista as irregularidades praticadas na administração da empresa e que resultaram na diminuição dos respectivos resultados e na falta de capital de giro. Restando demonstrado, pela prova constante dos autos, que o demandado, enquanto da Policlínica Central Ltda., praticou irregularidades que causaram prejuízo à e, por consequência, ao autor, deve responder pela indenização daí decorrente. Valor da indenização que, no entanto, deve ser apurado em liquidação de sentença. Nomeação de liquidante isento para a liquidação da S.A., de acordo com o art. 209, parágrafo único, da nº 6.404/76 e com o art. 657, § 2º, do CPC/39. Pagamento dos haveres do filho do sócio falecido que deve ser feito de forma parcelada, sob pena de inviabilizar a continuidade da empresa. Apelo dos demandados desprovido e recurso adesivo do autor provido em parte.

No caso expresso na ementa acima transcrita, verifica-se uma há uma condenação subsidiária do administrador em relação à empresa, sem qualquer menção sobre contrato de seguro *D&O*, não significando necessariamente que o administrador não esteja assegurado por este tipo de contrato. Isto poderia se verificar diante da análise dos contratos firmados entre as partes, no caso concreto.

Alfredo Lamy Filho e José Bulhões Pedreira²⁴ salientam a importância da previsão legal do art. 159 da Lei 6.404/76, que trata da ação social, referindo que:

A ação para haver do administrador a reparação do dano que causou ao patrimônio da companhia é dita social, porque pertence à sociedade; a que cabe ao acionista para haver indenização causada diretamente ao seu patrimônio é individual.

A ação social cabe à companhia, como pessoa jurídica que sofreu o prejuízo a ser reparado. Tratando-se de procedimento contra os próprios administradores, a lei reserva à Assembleia Geral a competência para deliberar sobre a conveniência de sua propositura,

²⁴ Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira. *A lei das S.A.*, 2º. Vol., parte III, 2ª. Ed, Rio de Janeiro: Renovar, 1996, pág. 407.

mas admite que seja exercida por acionista como meio de corrigir a omissão ou o abuso de poder de administradores ou da maioria dos acionistas.

Neste sentido, há possibilidade de cobertura securitária tanto para os diretores e administradores, quando a gestão estiver em desacordo com o objeto social, por culpa, como também para a própria sociedade, quando a gestão estiver em desacordo com o estatuto ou com os interesses sociais. Em qualquer dos casos, não haverá cobertura de seguro *D&O* para os casos dolosos, fraudulentos ou com foco nos interesses pessoais.

Roberta Mauro Medina Maia e Leonardo Joseph Burman²⁵ esclarecem que há dois tipos de apólice de seguro *D&O*, de acordo com o momento do sinistro indenizável:

Normalmente, o evento incerto previsto na apólice *D&O* é qualquer ação judicial ou procedimento extrajudicial, incluindo também casos submetidos à arbitragem. Previstos no contrato de seguro como “reclamações”, esses eventos devem ter por escopo a reparação de perdas e danos a que o segurado tenha dado causa. Quando o contrato de seguro determina que o sinistro representa o momento em que esta “reclamação” é proposta, diz-se que a apólice é do tipo *claimsmade*, ou à base de reclamações. Trata-se de contrato através do qual o ente segurador se compromete a arcar com os prejuízos decorrentes de demandas propostas contra o segurado durante a vigência da apólice ou até um período específico após a sua expiração. Assim, a garantia conferida pela seguradora limita-se a “reclamações” futuras contra o segurado.

Na modalidade de contrato *claims made basis*, tanto o dano como a reclamação terão que ocorrer no período de vigência contratual, sob pena de não haver direito à cobertura securitária.

²⁵ Roberta Mauro Medina Maia; Leonardo Joseph Burman. **Apontamentos sobre o seguro de responsabilidade civil por atos de gestão de administradores ou diretores de empresas (D&O)**. Revista Trimestral de Direito Civil. V. 30. abril/junho 2007. Rio de Janeiro: Padma, 2000. Pág. 151.

Por outro lado, na modalidade de contrato com cláusula *occurrence basis*, a cobertura da apólice ocorrerá sempre que o dano ocorrer durante a sua vigência, independentemente da “reclamação”.

Há que se observar com cuidado a questão atinente às coberturas, posto que abrangem tanto as despesas com custas e honorários de advogados, como também com a condenação indenizatória em si, não sendo raro ocorrer casos em que o valor da cobertura securitária se esgota com o pagamento das custas e honorários de advogados, restando a indenização a descoberto. Nesta hipótese, caso o administrador tenha patrimônio apto a fim de cobrir a condenação, este arcará com o respectivo valor. Caso o administrador não tenha patrimônio suficiente, ficará o terceiro prejudicado (vítima) sem o correspondente ressarcimento.

Neste aspecto, ao contratar o seguro *D&O*, empresa e corretor devem analisar acuradamente os riscos e custos envolvidos e a capacidade financeira da empresa, a fim de contratar a maior cobertura possível.

No tocante às limitações do contrato de seguro *D&O*, Clara Beatriz Lourenço de Faria²⁶ apresenta algumas constatações atinentes à matéria ambiental, que adiante se transcreve, *in verbis*:

(i) Nas ações propostas por terceiros, não estão cobertas as indenizações por lesões corporais; (ii) as indenizações em alguns casos estão submetidas a limite definido na apólice; e (iii) por ser a apólice à base de reclamações, o seguro não garante proteção ao administrador face à imprescritibilidade.

Contudo, nada impede que a empresa faça a contratação do seguro *D&O* de riscos ambientais, sendo notório que à exceção dos casos de multas aplicadas

²⁶ Clara Beatriz Lourenço de Faria. **O seguro *D&O* e a proteção ao patrimônio dos administradores**. São Paulo: Almedina, 2011, p. 99.

no âmbito criminal e as despesas com despoluição ambiental, todos os demais casos são passíveis de contratação de seguro *D&O*.

Assim, é possível constatar que se por um lado a efetivação da responsabilidade civil do administrador de S.A. ganhou muita força com o advento dos contratos de seguro *D&O*, por outro, de nada adiantará a falsa sensação de segurança, caso as empresas deixem de contratar as coberturas adequadas, ou mesmo, caso as seguradoras fiquem se utilizando de subterfúgios tendentes a eximi-las de pagar o sinistro.

6 - CONCLUSÃO

Nas sociedades anônimas, os administradores são considerados fiduciários, considerando o poder que possuem sobre o patrimônio da sociedade e dos acionistas, exercido no interesse social, em prevalência quanto ao interesse pessoal.

Independentemente do órgão acionário de que faça parte o administrador, este deverá perquirir a consecução do objeto social da companhia, visando a obtenção da partilha de lucros entre os acionistas. Assim estará atuando em conformidade com os interesses da companhia, com as exigências do bem público, e com a função social da empresa.

Em que pese o acerto do legislador em estabelecer a responsabilidade civil subjetiva do administrador de S/A, atrelada aos deveres fiduciários explícitos e implícitos na Lei 6.404/76 e desvinculada da obrigação de resultado no final do exercício, este regramento não tem se mostrado suficiente para coibir a má conduta de administradores no exercício dos seus cargos. Outro aspecto é a dificuldade de efetivação do direito, tendo em vista a dificuldade em comprovar o dano, o nexo de causalidade, e o comportamento antijurídico do administrador. O próprio esvaziamento da ação judicial pela ausência de bens do administrador, livres e suficientes para indenizar dos prejuízos causados, pode servir de estímulo ao descumprimento da lei.

Realizada a análise, há que se considerar a necessidade de aprimoramento da LSA, no que tange à extinção do efeito extintivo do *quitus*, e à ampliação das possibilidades de ajuizamento de ações indenizatórias por ato faltoso do administrador.

Como medida de boa governança corporativa, as empresas passaram a buscar meios de proteção ao patrimônio dos seus administradores que exercem

funções de gestão, via seguro *D&O*, onde a seguradora contratada pagará a indenização de todos os riscos cobertos pela apólice, a menos que constem como expressamente excluídos. Este seguro pode ser contratado pelas empresas, no intuito de fornecer garantias em ações ajuizadas pelas empresas contra o administrador, como pelos acionistas minoritários, ou mesmo por terceiros, de tal forma que, em que pese o seguro apresente algumas vulnerabilidades, como o caso da limitação de valor de cobertura ou da limitação do próprio tipo de cobertura, ainda assim vem se revelando um bom instrumento de proteção patrimonial aos administradores de sociedades anônimas.

7 - REFERÊNCIAS

- ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A: e as ações correlatas*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- AZEVEDO, Antônio Ivanir de. *Responsabilidade civil do administrador*. Revista dos Tribunais. Vol. 653. Ano 79. Março 1990. – São Paulo: RT, 1990.
- BERNARDES, Lucas Petri. *Responsabilidade civil do administrador de instituição financeira: uma análise de direito e economia*. Revista da Procuradoria-Geral do Banco Central. Vol.5. Número 1. Junho 2011 – Brasília: BCB, 2011.
- BONELLI, Franco. *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*. Milano: Giuffrè, 1992.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Recurso Especial n. 1349233/SP*. Quarta Turma. Rel. Ministro Luis Felipe Salomão. Julgado em 06/11/2014. (Disponível em www.stj.jus.br/scon/pesquisar.jsp - acessado em 29/04/2015).
- CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *A nova lei das sociedades anônimas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- _____. *Comentários à lei de sociedades anônimas, 2º. Volume: artigos 75 a 137*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*. São Paulo: Malheiros, 2000.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *Manual de direito comercial: direito de empresa*. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. *Direito & economia*. Tradução Luis Marcos Sander, Francisco Araújo da Costa. 5ª. Ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.
- FARIA, Clara Beatriz Lourenço de. *O seguro D&O e a proteção ao patrimônio dos administradores*. São Paulo: Almedina, 2011.
- LAMY FILHO, Alfredo E Pedreira; BULHÕES, José Luiz. *A lei das S/A*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- LAZZARESCHI NETO. Alfredo Sérgio. *Lei das sociedades por ações anotada*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- MAIA, Roberta Mauro Medina; BURMAN, Leonardo Joseph. *Apontamentos sobre o seguro de responsabilidade civil por atos de gestão de administradores ou diretores de empresas (D&O)*. Revista Trimestral de Direito Civil. V. 30. abril/junho 2007. Rio de Janeiro: Padma, 2000.
- RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Apelação Cível Nº 70014711725*. Quinta Câmara Cível. Relator Leo Lima. Julgado em 22/11/2006. (Disponível em www.tjrs.jus.br/busca - acessado em 29/04/2015).
- RODRIGUES, Ana Carolina. *A responsabilidade civil e o seguro D&O*. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais. Ano 15. Vol. 58. Out-dez/2012. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. *O fim da responsabilidade limitada no Brasil: história, direito e economia*. São Paulo: Malheiros, 2014.
- SÃO PAULO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Agravo de Instrumento n. 0280024-51.2011.8.26.0000*. Sétima Câmara de Direito Privado. Relator Ramon Mateo Junior. Julgado em 17/10/2012. (Disponível em www.tjsp.jus.br/busca - acessado em 29/04/2015).

SPINELLI, Luis Filipe. *Conflito de interesses na administração da sociedade anônima*. São Paulo: Malheiros, 2012.

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

WARDE JUNIOR, Walfrido Jorge; JUNQUEIRA NETO, Ruy de Mello. *Direito societário aplicado: baseado nos precedentes das câmaras reservadas de direito empresarial do tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*. São Paulo: Saraiva, 2014.