

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 17

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
julho / dezembro de 2015

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Prof. Alexandre Ferreira de Assumpção Alves, Prof. Eduardo Henrique Raymundo Von Adamovich, Prof. Eduardo Takemi Dutra dos Santos Kataoka, Prof. Enzo Baiocchi, Prof. Ivan Garcia, Prof. João Batista Berthier Leite Soares, Prof. José Carlos Vaz e Dias, Prof. José Gabriel Assis de Almeida, Prof. Leonardo da Silva Sant'Anna, Prof. Marcelo Leonardo Tavares, Prof. Mauricio Moreira Menezes, Prof. Rodrigo Lychowski e Prof. Sérgio Campinho).

Editores: Sérgio Campinho e Mauricio Moreira Menezes.

Conselho Editorial: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (UERJ), António José Avelãs Nunes (Universidade de Coimbra), Carmem Tibúrcio (UERJ), Fábio Ulhoa Coelho (PUC-SP), Jean E. Kalicki (Georgetown University Law School), John H. Rooney Jr. (University of Miami Law School), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Universidade de Coimbra), José de Oliveira Ascensão (Universidade Clássica de Lisboa), Luiz Edson Fachin (UFPR), Marie-Hélène Bon (Université des Sciences Sociales de Toulouse), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (USP), Peter-Christian Müller-Graff (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg) e Werner Ebke (Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg).

Conselho Executivo: Carlos Martins Neto, Enzo Baiocchi, Leonardo da Silva Sant'Anna, Mariana Campinho, Mariana Pinto e Viviane Perez.

Pareceristas Deste Número: Adem Bafti (UNIVAP), Davi Antônio Gouvêa Costa Moreira (SEUNE), José Carlos Vaz e Dias (UERJ), José Gabriel Assis de Almeida (UERJ), Marcelo Lauar Leite (UFERSA), Milena Donato Oliva (UERJ), Sergio Negri (UFJF), Samuel Max Gabbay (UFRN) e Vitor Monteiro (UFAL).

PATROCINADORES:



MOREIRA MENEZES . MARTINS . MIRANDA
ADVOGADOS

ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — nº 17 (julho/dezembro 2015)

. — Rio de Janeiro: Processo, 2007-.

v.

UERJ

Campinho Advogados

Moreira Menezes, Martins, Miranda Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)

* Publicada no primeiro semestre de 2017.

DAS RAZÕES PARA O RARO ENFRENTAMENTO DE MÉRITO NA AÇÃO SOCIAL *UT SINGULI* NO BRASIL¹

**THE REASONS FOR THE IRRELEVANT NUMBER OF CASES
WITH SUBSTANCIAL EXAM IN DERIVATE SUITS IN BRAZIL**

Thiago Salles Rocha

Resumo: Através de uma pesquisa que se utilizou de métodos histórico, jurídico-interpretativo, comparativo, propositivo e coleta de dados, o presente estudo buscou compreender a razão do irrelevante número de processos com enfrentamento de mérito, pelo judiciário brasileiro, nas ações de responsabilidade de administradores de sociedades anônimas. Utilizando-se do marco teórico de diversos doutrinadores, entre eles Osmar Brina Corrêa Lima, Modesto Carvalhosa e Trajano de Miranda Valverde, e o direito comparado, tendo como parâmetro as legislações italiana, espanhola, francesa, argentina, alemã e portuguesa, o presente trabalho verificou que houve no Brasil um processo gradativo doutrinário e jurisprudencial para que se impusesse o maior número possível de restrições conhecidas à propositura da ação de responsabilidade de administradores. Tratam-se de pressupostos processuais de constituição do processo, sendo os principais, a necessidade de prévia deliberação da assembleia geral para a propositura da ação social, do litisconsórcio necessário de no míni-

1 Artigo recebido em 03.03.2016 e aceito em 12.06.2017.

mo 5% dos acionistas na ação social *ut singuli* e de anulação da assembleia que aprovou contas do administrador. Conclui-se que atualmente se adota uma opção legislativa equivocada na regulação da ação de responsabilidade de administradores de sociedades anônimas, o que cerceia um importante direito de ação, em favor dos acionistas, especialmente os minoritários.

Palavras-chave: Ação. Responsabilidade Civil. Administrador. Sociedade Anônima.

Abstract: Through a survey that used historical, interpretive, comparative and purposeful methods and data collection, this study aimed understand the irrelevant number of cases with substancial exam by the Brazilian judiciary in managers liability action. Using the theoretical framework of several scholars, including Osmar Brina Corrêa Lima, Modesto Carvalhosa and Trajano de Miranda Valverde and comparative law, by the parameters of Italian, Spanish, French, Argentine, German and Portuguese law, this paper found that in Brazil there was a theoretical and jurisprudential gradual process to impose the major number of restrictions known for the filing of the managers liability action. These are procedural assumptions, being the general meeting prior resolution for the filing of derivate suit, the necessary joint of at least 5% of shareholders in derivate suit and the annulment of assembly that approved administrator accounts necessity. This paper concludes that currently Brazilian law adopts a wrong legislative policy in the action of managers liability regulation, that restricts an important right of action in favour of shareholders, especially the minority ones.

Keywords: Action. Civil Liability. Manager. Corporation.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da parca jurisprudência com enfrentamento do mérito nas ações de responsabilidade de administradores de sociedade anônima no Brasil. 3. Das peculiaridades da ação de responsabilidade de administradores de sociedades anônimas. 3.1. Classificação doutrinária das espécies de ações de responsabilidade, segundo a legitimidade ativa. 3.2. Da necessidade de prévia

deliberação da assembleia geral para a propositura da ação social. 3.3. Do litisconsórcio necessário de no mínimo 5% dos acionistas na ação social *ut singuli*, previsto no art. 159, § 4º, da Lei de SAs. 3.4. Da discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito dos efeitos da aprovação de contas dos administradores sem reservas e necessidade de anulação da assembleia viciada. 4. Conclusão.

1. Introdução.

Através de uma pesquisa que se utilizou de métodos histórico, jurídico-interpretativo, comparativo e propositivo, bem como de técnicas de pesquisa teórica, bibliográfica e documental, mediante leitura, interpretação, análise e fichamento de livros, revistas, artigos, legislações, jurisprudência e outros documentos e coleta de dados, o presente estudo buscou compreender a razão do irrelevante número de processos com enfrentamento do mérito das ações de responsabilidade no judiciário brasileiro.

Neste diapasão, a justificativa do estudo é que, aparentemente, trata-se de uma ação muito utilizada pelos acionistas, no exterior, se tratando de uma medida judicial para a defesa dos interesses das minorias, porém isso não se concretizou no Direito brasileiro.

Realizou-se uma pesquisa nos três maiores Estados em participação no PIB brasileiro e constatou-se que o enfrentamento do mérito desse tipo de demanda, pelos respectivos Tribunais de Justiça, até 2012, foi inferior a 10 casos.

Desta forma, o problema que se enfrenta é se a atual opção legislativa é adequada à realidade brasileira e se ela cerceia demasiadamente um relevante direito de ação, fundamental para o exercício da fiscalização e preservação do patrimônio, pelos acionistas minoritários.

Utilizando-se do marco teórico de diversos doutrinadores – entre eles Osmar Brina Corrêa Lima, Modesto Carvalhosa e Trajano

de Miranda Valverde – e o direito comparado, tendo como parâmetro as legislações italiana, espanhola, francesa, argentina, alemã e portuguesa, o presente artigo objetiva demonstrar que atualmente se adota uma política legislativa equivocada na regulação da ação de responsabilidade de administradores de sociedades, o que cerceia um importante direito de ação e descumpre um importante direito fundamental assegurado na Constituição de 1988².

2. Da parca jurisprudência com enfrentamento do mérito nas ações de responsabilidade de administradores de sociedade anônima no Brasil.

Através de pesquisa eletrônica realizada, este trabalho constatou grande rarefação de decisões judiciais de 2º grau com enfrentamento de mérito, até o ano de 2012, nas ações de responsabilidade de administradores de sociedades anônimas.

A coleta consistiu em uma busca com os parâmetros “ação”, “responsabilidade”, “administrador”, “sociedade” e “anônima” nos sítios eletrônicos dos Tribunais de Justiça de Minas Gerais, São Paulo e Rio de Janeiro que, por se localizarem em estados da região Sudeste e conterem as três maiores participações no Produto Interno Bruto – PIB brasileiro³, hipoteticamente seriam aqueles que teriam mais chances de conter um número maior de empresas constituídas na

2 “Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXV — a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito; (...)”

3 Segundo censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE divulgado em 2013, São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais eram os Estados que somavam as maiores participações no PIB brasileiro com 32,6, 11,2 e 9,3, por cento, respectivamente (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Contas regionais do Brasil 2011. *Contas Nacionais*, Rio de Janeiro, n. 40, 2013. Disponível em “ftp://ftp.ibge.gov.br/Contas_Regionais/2011/contas_regionais_2011.pdf”. Acesso em 23 mar. 2017).

modalidade de sociedade anônima – a forma mais complexa de organização empresarial que se tem notícia, sendo indicada a negócios de maior vulto.

No sítio eletrônico do Tribunal de Justiça de Minas Gerais (“www.tjmg.jus.br”), a busca retornou seis resultados. Desses resultados, somente três⁴ se referiam realmente à ação de responsabilidade prevista no artigo 159, da Lei nº 6.404/76 (os demais versaram sobre matéria de responsabilidade tributária). Todos esses três acórdãos decidiram pela impossibilidade de conhecimento do pedido, uma vez que, ou se verificou que não houve deliberação prévia da assembleia geral antes da propositura da ação, ou se reconheceu que a conduta narrada implicava em danos diretos à companhia, não se admitindo o ajuizamento da ação individual, por acionista.

A mesma pesquisa realizada no sítio eletrônico do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro⁵ retornou apenas quinze resultados, sendo que, destes, onze se referiam à ação de responsabilidade de administradores de sociedades anônimas. Apenas três⁶ acórdãos enfrentaram

4 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0024.08.183899-7/001. Décima Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Irmair Ferreira Campos. Data de Julgamento: 29 jan. 2009. Data de Publicação: 17 fev. 2009; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Agravo de Instrumento nº 1.0024.08.232763-6/001. Décima Sétima Câmara Cível. Relator: Des. Irmair Ferreira Campos. Data de Julgamento: 29 jan. 2009. Data de Publicação: 17 fev. 2009; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Apelação Cível nº 2.0000.00.335321-9/000. Décima Segunda Câmara Cível. Relator: Des. Maria Elza. Data de Julgamento: 08 ago. 2001. Data de Publicação: 25 ago. 2001.

5 Endereço eletrônico: “www.tjrj.jus.br”.

6 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2006.001.63659. Décima Quarta Câmara Cível. Relator: Des. Ferdinando do Nascimento. Data de Julgamento: 21 mar. 2007. Data de Publicação: 02 abr. 2007; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 2004.001.07460. Décima Quinta Câmara Cível. Relator: Des. Nilton Mondego de Carvalho Lima. Data de Julgamento: 18 ago. 2004. Data de Publicação: 26 ago. 2004; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Apelação Cível nº 1987.001.01174. Quarta Câmara Cível. Relator: Des. Antônio Assumpção. Data de Julgamento: 05 set. 1989. Data de Publicação: 25 set. 1989.

o mérito da demanda e os outros oito não conheceram da ação por ausência de pressupostos processuais.

Já a pesquisa com o mesmo critério no Tribunal de Justiça de São Paulo⁷ – o tribunal localizado no mais importante estado em relevância econômica do Brasil – registrou 375 resultados, montante que se deveu muito mais à insuficiência do serviço eletrônico daquele tribunal em refinar os parâmetros fornecidos do que à maior utilização da ação de responsabilidade de administradores.

Dos 375 acórdãos encontrados, apenas 27 realmente se referiam à ação de responsabilidade de administradores prevista no artigo 159, da Lei nº 6.404/76. Desses acórdãos, apenas cinco⁸ enfrentaram o mérito da demanda. Os demais 22 acórdãos discutiram questões processuais, que impediram o julgamento de mérito, devendo ser ressaltado que, desse número, quatro discutiram a respeito da existência anterior de aprovação de contas sem reservas⁹ e nada me-

7 Endereço eletrônico: “www.tjsp.jus.br”.

8 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0317114-64.2009.8.26.0000. Sétima Câmara de Direito Privado. Relator: Elcio Trujillo. Data de Julgamento: 10 ago. 2011. Data de Publicação: 18 ago. 2011; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0302873-85.2009.8.26.0000. Nona Câmara de Direito Privado. Relator: Des. João Carlos Garcia. Data de Julgamento: 14 jun. 2011. Data de Publicação: 20 jun. 2011; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 9068311-80.2006.8.26.0000. Primeira Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Elliot Akel. Data de Julgamento: 12 abr. 2011. Data de Publicação: 06 mai. 2011; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 9067575-33.2004.8.26.0000. Quarta Câmara de Direito Privado. Relator: Des. J. G. Jacobina Rabello. Data de Julgamento: 29 set. 2005. Data de Publicação: 09 nov. 2005; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0055390-63.1997.8.26.0000. Quinta Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Boris Kauffmann. Data de Julgamento: 13 ago. 1998. Data de Publicação: 25 ago. 1998.

9 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0046023-87.2012.8.26.0000. Sétima Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Ramon Mateo Júnior. Data de Julgamento: 19 out. 2012. Data de Publicação: 05 nov. 2012; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0280024-51.2011.8.26.0000. Sétima Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Ramon Mateo Júnior. Data de Julgamento: 19 out. 2012. Data de Publicação: 05 nov. 2012; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de

nos que nove acórdãos¹⁰ esbarraram na ausência de prévia deliberação da assembleia da companhia.

Essa realidade demonstra que a legislação brasileira atual protege excessivamente o administrador da sociedade anônima, acabando por cercear o direito a uma ação prevista em lei e fundamental aos interesses dos acionistas. A doutrina e a jurisprudência criticam essa opção legislativa, inadequada à nossa realidade, como será demonstrado a seguir.

Instrumento nº 0362587-73.2009.8.26.0000. Quarta Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Enio Zuliani. Data de Julgamento: 26 ago. 2010. Data de Publicação: 28 set. 2010; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 9022377-80.1998.8.26.0000. Décima Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Marcondes Machado. Data de Julgamento: 16 mar. 1999. Data de Publicação: 15 abr. 1999.

10 BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0132077-27.2010.8.26.0000. Décima Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Data de Julgamento: 16 mar. 1999. Data de Publicação: 15 abr. 1999; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 9066062-88.2008.8.26.0000. Quarta Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Fábio Quadros. Data de Julgamento: 19 mar. 2009. Data de Publicação: 08 abr. 2009; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 9068251-39.2008.8.26.0000. Quarta Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Fábio Quadros. Data de Julgamento: 19 mar. 2009. Data de Publicação: 08 abr. 2009; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 9070420-33.2007.8.26.0000. Oitava Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Caetano Lagrasta. Data de Julgamento: 28 jan. 2009. Data de Publicação: 11 fev. 2009; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 0067455-17.2002.8.26.0000. Sexta Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Percival Nogueira. Data de Julgamento: 07 ago. 2008; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0120735-24.2007.8.26.0000. Quinta Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Carlos Giarusso Santos. Data de Julgamento: 07 mai. 2008. Data de Publicação: 14 mai. 2008; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0093901-23.2003.8.26.0000. Sexta Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Percival Nogueira. Data de Julgamento: 17 fev. 2005. Data de Publicação: 08 abr. 2005; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de Instrumento nº 0093900-38.2003.8.26.0000. Sexta Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Percival Nogueira. Data de Julgamento: 17 fev. 2005. Data de Publicação: 08 abr. 2005; BRASIL. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação Cível nº 9128966-96.1998.8.26.0000. Sexta Câmara de Direito Privado. Relator: Des. Ernani De Paiva. Data de Julgamento: 12 ago. 1999. Data de Publicação: 31 ago. 1999.

3. Das peculiaridades da ação de responsabilidade de administradores de sociedades anônimas.

Um importante instrumento de controle dos atos gerenciais pelos acionistas, especialmente os minoritários, deveria ser a ação de responsabilidade civil de administradores de sociedades anônimas, prevista no artigo 159¹¹, *caput* e parágrafos, da Lei nº 6.404/76. Segundo Lima:

(...) em nenhum outro ponto da Lei nº 6.404, de 1976, manifestou-se de maneira tão clara a ânsia do legislador em proteger o acionista minoritário (não controlador) quanto na disciplinação jurídica dos deveres e responsabilidades dos administradores.¹²

Conforme se verifica do texto do artigo 159, da Lei nº 6.404/76, a ação de responsabilidade civil dos administradores de sociedades anônimas possui algumas peculiaridades processuais que a difere das ações previstas no rito ordinário do Código de Processo Civil.

11 “Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembléia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio. § 1º A deliberação poderá ser tomada em assembléia-geral ordinária e, se prevista na ordem do dia, ou for consequência direta de assunto nela incluído, em assembléia geral extraordinária. § 2º O administrador ou administradores contra os quais deva ser proposta ação ficarão impedidos e deverão ser substituídos na mesma assembléia. § 3º Qualquer acionista poderá promover a ação, se não for proposta no prazo de 3 (três) meses da deliberação da assembléia-geral. § 4º Se a assembléia deliberar não promover a ação, poderá ela ser proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento), pelo menos, do capital social. § 5º Os resultados da ação promovida por acionista deferem-se à companhia, mas esta deverá indenizá-lo, até o limite daqueles resultados, de todas as despesas em que tiver incorrido, inclusive correção monetária e juros dos dispêndios realizados. § 6º O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia. § 7º A ação prevista neste artigo não exclui a que couber ao acionista ou terceiro diretamente prejudicado por ato de administrador.”

12 LIMA, Osmar Brina Corrêa. *O acionista minoritário no direito brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense. 1994, p. 107.

3.1. Classificação doutrinária das espécies de ações de responsabilidade, segundo a legitimidade ativa.

A doutrina classifica a ação de responsabilidade segundo o legitimado a agir. Primeiramente, cabe distinguir a hipótese dos prejuízos serem sofridos pela companhia, da hipótese dos prejuízos serem sofridos pelo acionista, individualmente.

Se quem sofre diretamente o prejuízo decorrente do ato ilícito é a companhia, a ação é denominada “ação social”. É claro que o dano direto à companhia causará prejuízo também aos acionistas detentores de ações. Entretanto, nesse caso, apesar da repercussão ser direta, este prejuízo é considerado indireto.

Determinados atos dos administradores, apesar de não causarem qualquer prejuízo à companhia, causam danos diretos a um acionista, ou grupo deles. É o caso, por exemplo, de não se distribuírem os lucros devidos a um dado acionista. Nesta hipótese, a ação é denominada “ação individual” (artigo 159, § 7º, da Lei nº 6.404/76).

A ação social, por sua vez, se divide em *ut universi* e *ut singuli*.

A ação social *ut universi* é a prevista no *caput* do artigo 159 da Lei nº 6.404/76, na qual a companhia, mediante prévia deliberação da assembleia geral, detém a legitimidade ativa ordinária para a propositura da ação.

Já a ação social *ut singuli* é aquela passível de propositura pelos acionistas em hipótese de legitimação legal extraordinária (§§ 3º e 4º do art. 159 da Lei nº 6.404/76).

3.2. Da necessidade de prévia deliberação da assembleia geral para a propositura da ação social.

O primeiro pressuposto processual da ação social de responsabilidade de administradores de SAs é a necessidade de prévia deli-

beração da assembleia geral para a propositura da ação social *ut universi* (em caso de aprovação) e para a ação social *ut singuli* (em caso de aprovação seguida de inércia da companhia ou desaprovação).

A prévia deliberação da assembleia geral para a propositura da ação de responsabilidade não era prevista anteriormente à Lei nº 6.404/76. O Decreto-Lei nº 2.627/40 continha a previsão da ação de responsabilidade de administradores, não condicionada a qualquer autorização assemblear:

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

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

Ante a omissão da lei acerca da necessidade de prévia deliberação da assembleia geral para a propositura da ação de responsabilidade do administrador e segundo o princípio de direito privado de que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei” seria correto concluir que a legislação de 1940 adotava posicionamento até então singular, no Direito Comparado. De acordo com essa assertiva:

2.7. A lei brasileira (tanto o Decreto 434, de 1981, quanto o Decreto-Lei 2.627, de 1940), no entanto, diferia de ambas as orientações legislativas, porque, de um lado, era omissa, e não determinava nem excluía a necessidade de prévia deliberação assemblear para a propositura da ação social, e, de outro lado, dispunha que a aprovação sem reserva, do balanço e das contas do exercício significa-

va exoneração de responsabilidade para os administradores.

2.8. Dada essa posição singular da legislação brasileira, lícito seria concluir que, à míngua de qualquer referência à prévia deliberação assemblear, o legislador não quis, de forma alguma, tornar a ação social de responsabilidade dependente da vontade da assembléia. Na verdade, a lei simplesmente teria estabelecido o prazo de prioridade ou preferência na sociedade para o exercício da ação, findo o qual todo acionista ficaria legitimado a promover subsidiariamente o feito.¹³

Apesar desse entendimento, Leães assevera que a doutrina e a jurisprudência já vinham construindo posicionamento diverso de que seria razoável e até obrigatório que a assembleia deliberasse previamente à propositura da ação. Segundo o referido autor:

2.5. Essa postura da doutrina brasileira refletia a postura da maioria dos países europeus (salvo a França), onde as leis reservavam (e ainda reservam), expressamente, à assembléia o direito de decidir a propositura da ação social. Assim, na lei do acionariado alemão, as “pretensões da sociedade à indenização” (*Die Ersatzansprüche der Gesellschaft*), contra os membros da diretoria e do conselho de administração, tinham que ser exercidas sempre após prévia deliberação da assembléia geral (§122 e 97, al. 1, do AktG de 1937, reproduzidos pelo § 147 d a AktG de 1965, ora em vigor), se bem que não atribuísse à decisão tomada em assembléia ordinária, ainda que votada a liberação (*Entlastung*) dos administradores, o efeito de renúncia da ação de responsabilidade (§ 84, n. 4, da AktG de 1937, reproduzido pelo § 120, al. 2). A lei italiana também dispunha de preceitos análogos: a propositura da ação social dependia de deliberação da assembléia (art. 152 do CCom. de 1882, ora reproduzido pelos arts. 2.393 e 2.364, n. 4, do Código Civil de 1942), ainda que também a deliberação da assembléia geral ordinária não implicasse

13 LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. A prévia deliberação assemblear como condição de “*legitimatío as causam*” na ação social. *Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro*, São Paulo n. 100, p. 98-104, 1995, p. 102.

na liberação (scarico) dos administradores (art. 2.434). Análogas disposições podiam ser encontradas na lei espanhola das sociedades por ações: a ação social é intentada na dependência de deliberação da assembléia geral, não tendo, porém, a decisão assemblear eficácia liberatória para os administradores, para efeito das pretensões de indenização (art. 80 e 110). (Vide Baumbach-Hueck, *Aktiengesetz-Kurzkomentar*, Munique-Berlin, C. H. Beck, 12^a ed., 1965; Giancarlo Frè, *Società per azioni* (do *Commentario del codice civile*), N. Zanichelli Ed., 1956; Garrigues-Uria, *Comentario a La ley de sociedades anónimas*, Madri, 1953).

2.6. Apenas na França era diferente. A partir do Decreto-lei de 31 de Agosto de 1937, que reformulou a Lei de 1867 sobre sociedades anônimas, a propositura da ação independia totalmente de uma deliberação assemblear, reputando-se inclusive não escrito o pacto estatutário que subordinasse o exercício da ação social ao parecer prévio ou à autorização da assembléia (as chamadas cláusulas d'avis), recusando qualquer eficácia liberatória (décharge), a não ser moral, à aprovação das contas de exercício deliberada pela assembléia geral anual da sociedade (art. 17 reproduzido pelo art. 246 da Lei 66.357, de 1966, atualmente em vigor). Vide Jean Escarra, *Traité théorique et pratique de droit commercial*, vol. IV, Sirey, 1959, Paris; Marcel Haumiut, *La réforme des Sociétés commerciales*, Dalloz, Paris, 1966, tomo II.¹⁴

Assim, a Lei nº 6.404/76, consolidou entendimento que já vinha prevalecendo na doutrina e jurisprudência, instituindo a obrigatoriedade de prévia deliberação da assembleia geral para a proposi-

14 Luiz Gastão Paes de Barros Leães afirma que a maioria da doutrina sustentava que, não obstante a lei ser omissa a respeito, a propositura da ação de responsabilidade civil dos administradores pressupunha e dependia da deliberação da Assembleia Geral. Ele cita, na vigência do Decreto 434/1891, J. X. Carvalho de Mendonça, Spencer Vampre e Alfredo Russel. Na vigência do Decreto-Lei 2.627/1940, ele cita Trajano de Miranda Valverde e o acórdão RE nº 75.884-GB do STF, que segundo ele, adotou “uma curiosa versão, no sentido de “se não resulta de dispositivo expresso, também não nega vigência a qualquer dispositivo federal o acórdão que subordina à prévia autorização da assembléia geral a ação contra diretor de sociedade anônima por atos lesivos contra esta” (Ibidem, p. 101).

tura da ação de responsabilidade do administrador, conforme artigo 159, *caput*, da Lei de SAs.

Osmar Brina Corrêa Lima condena o pressuposto processual da prévia aprovação em assembleia geral para a propositura da ação de responsabilidade de administradores de sociedades anônimas. Segundo ele, “a exigência de prévia deliberação da assembléia geral para a propositura da ação sempre foi um obstáculo a dificultar e desencorajar a propositura da referida ação, no nosso país”¹⁵.

3.3. Do litisconsórcio necessário de no mínimo 5% dos acionistas na ação social *ut singuli*, prevista no art. 159, § 4º, da Lei de SAs.

A norma brasileira prevê ainda, na hipótese da ação social *ut singuli* decorrente de negativa de propositura da ação por deliberação da assembleia geral, que a ação seja proposta por pelo menos 5% dos acionistas. Trata-se de pressuposto processual de constituição do processo, pois, sem a presença desse litisconsórcio obrigatório, a relação jurídica processual sequer pode existir.

Verificando, nesta hipótese, que o polo ativo não contém essa proporção do capital social, o juiz deve extinguir o processo sem julgamento de mérito, nos termos do artigo 267, IV, do CPC de 1973¹⁶.

A Lei nº 6.404/76 foi salutar na regulação do mercado societário brasileiro, mas, em alguns pontos, avançou mais do que o próprio mercado que objetivou regular.

15 LIMA, Osmar Brina Corrêa, op. cit., p. 111.

16 “Art. 267. Extingue-se o processo, sem resolução de mérito: (...) IV — quando se verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; (...)”. O mesmo dispositivo é repetido no Código de Processo Civil de 2015, que prevê: “Art. 485. O juiz não resolverá o mérito quando: (...) IV — verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; (...)”.

A exigência brasileira de litisconsórcio de 5% dos acionistas representativos de capital não tem qualquer razão de ser, já que se trata de uma limitação ao exercício de uma ação cuja lei já prevê inúmeros óbices ao enfrentamento do mérito, prejudicando apenas os acionistas minoritários, que já não possuem muitos direitos assegurados.

As sociedades anônimas brasileiras possuem um controle eminentemente majoritário ou totalitário¹⁷⁻¹⁸.

Por outro lado, nos Estados Unidos da América, onde a *derivative suit* (correspondente da ação social *ut singuli*) encontrou enor-

17 “O controle totalitário é aquele em que o acionista majoritário tem a quase completa titularidade acionária, vale dizer, o controlador da companhia detém uma soma praticamente absoluta do capital da empresa. No Brasil, país onde até bem pouco tempo era vedada a sociedade unipessoal, é muito comum esse tipo de controle, sendo que o sócio majoritário figura na sociedade detendo, muitas vezes, 99% das quotas da sociedade, enquanto um sócio (normalmente pessoa de sua confiança, um familiar) figura detendo ínfimos 1%, muitas vezes, apenas servindo para atender a obrigação legal da existência de 2 pessoas para a constituição da sociedade” (ROCHA, Thiago Salles. Aspectos e consequências do poder de controle no mercado de capitais brasileiro. *Revista de Direito Empresarial*, Curitiba, ano 8, v. 8, n. 2, p. 95-112, jul./dez. 2011, p. 100).

18 Fábio Konder Comparato e Calixto Salomão Filho comentam a realidade de extrema concentração de capital no mercado de capitais brasileiro: “No Brasil, é extrema a concentração acionária. De acordo com dados constantes no *White Paper on Corporate Governance in Latin America*, emitido pela Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE) em 2003, mais da metade (51%) das ações das 459 sociedades abertas pesquisadas estão em mãos de um único acionista, sendo que 65% das ações estão detidas pelos três maiores acionistas. Como indicado no estudo, esses números provavelmente subestimam a real concentração acionária existente no Brasil. Primeiro porque as empresas da amostra tendem a ser menos concentradas que as empresas menores e segundo porque muitas vezes os três maiores acionistas pertencem ao mesmo grupo econômico” (COMPARATO, Fábio Konder; SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008, p. 75). No mesmo sentido, André Carvalhal-da-Silva e Ricardo Leal, constataram que em um universo de 225 empresas da BOVESPA (correspondente a 70% do volume negociado naquela Bolsa de Valores e a 45% do número total de empresas) 108 ou 48% daquelas empresas são controladas por grupos familiares, quase metade do total pesquisado (CARVALHAL-DA-SILVA, André; LEAL, Ricardo. *Corporate governance, market valuation and dividend policy in Brazil*. Coppead Working Paper Series n. 390. New York, nov. 2003, p. 09. Disponível em “<http://ssrn.com/abstract=477302>”. Acesso em: 29 out. 2011).

me aceitação, o mercado é essencialmente pulverizado, com amplos poderes aos administradores das empresas, como assevera Arnoldo Wald:

Após a Segunda Guerra Mundial, as dimensões das empresas aumentaram muito e algumas delas passaram a ter orçamentos superiores aos de alguns pequenos países. Em virtude da pulverização das ações, as diretorias passaram a ter grande autonomia, atuando, algumas vezes, conforme o seu próprio interesse e não no interesse da sociedade. Além disso, devido ao conhecimento especializado necessário para a gestão destas empresas, formou-se uma verdadeira casta, que Galbraith chamaria a 'tecnocracia'.¹⁹

Adolf Berle Jr. e Gardiner Coit Means observaram que a grande pulverização de capital nas corporações americanas gerou dissociação entre a propriedade das ações e o poder de controle. Em um mercado de capitais extremamente pulverizado, os administradores tendem a se perpetuar no governo das companhias à revelia do interesse dos acionistas e até da companhia, no que os referidos autores denominaram *management control*, ou “controle gerencial”:

The fifth type of control is that in which ownership is so widely distributed that no individual or small group has even a minority interest large enough to dominate the affairs of the company. When the largest single interest amounts to but a fraction of one per cent – the case in several of the largest American corporations – no stock-holders in the position through his holdings alone to place important pressure upon the management or to use his holdings as a considerable nucleus for the accumulation of the majority of votes necessary to control.²⁰

19 WALD, Arnoldo. O governo das empresas. *Revista de Direito Bancário*, São Paulo, v. 15, p. 285-336, jan./mar. 2002, p. 313.

20 BERLE, Adolf Augustus; MEANS, Gardiner Coit. *The modern corporation & private property*. New Brunswick: Transaction Publishers, 1968, p. 78.

A grande pulverização de capital no mercado societário daquele país, a acumulação de poder e eventuais abusos cometidos pelos administradores, conjugados com o oportunismo de determinados advogados, geraram o fenômeno das *strike suits*. Segundo Carvalhosa, o advogado Clarence Venner inaugurou este procedimento, que consistia:

(...) em procurar falhas e ilicitudes nas atividades da administração de qualquer companhia, indiscriminadamente. Em seguida, o próprio Venner comprava ações onde havia detectado tais fatos, iniciando processo de responsabilidade contra os seus administradores, com a finalidade de enriquecimento pessoal. Acabava por fazer acordos, mediava a revenda dessas mesmas ações aos administradores, por preço muito acima daquele da aquisição.²¹

Após essa lamentável conduta, as Cortes americanas adotaram a tendência de restringir a admissibilidade das *derivate suits*. Carvalhosa, se fundando em Noyes Leech, cita requisitos de admissibilidade da ação, geralmente exigidos por aquelas:

O acionista deve ser titular de direitos de acionistas à época do ato argüido de ilícito. Trata-se de regra da propriedade contemporânea.

O segundo requisito é aquele em que o acionista tenha esgotado todas as possibilidades de reparação do dano diretamente, ou seja, no âmbito da própria companhia. Conseqüentemente, deve evidenciar, em juízo, que solicitou previamente à administração da companhia essa reparação. É a *demand rule*.

O terceiro requisito é o da caução. Em geral, as leis estaduais prevêm que, se o administrador acusado obtiver ganho de causa, a companhia compro-

21 CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 3, p. 379.

mete-se a indenizá-lo em todas as despesas, incluindo os honorários advocatícios. Diante desse possível encargo, o estatuto normalmente autoriza a companhia a pleitear, em juízo, que o acionista deposite um determinado valor, que poderá ser levantado no caso de improcedência da ação. Essa regra de caução tem constituído, nos últimos tempos, o maior empecilho para que acionistas minoritários ingressem com a *derivate suit*.²²

A tendência a dificultar a propositura dessa ação, como visto, se justifica em um país em que houve, em certo momento, verdadeiro abuso dos acionistas minoritários.

No Brasil, onde se verifica excessivo controle dos acionistas majoritários nas companhias, não faz sentido a opção legislativa de imposição de dificuldades ao exercício da ação. Não se tem notícia, na doutrina ou jurisprudência brasileira, de conduta semelhante promovida por acionistas ou advogados.

3.4. Da discussão doutrinária e jurisprudencial a respeito dos efeitos da aprovação de contas dos administradores sem reservas e necessidade de anulação da assembleia viciada.

O último pressuposto processual analisado no presente trabalho advém da consagração doutrinária e jurisprudencial do entendimento no sentido de que, para a propositura da ação de responsabilidade de administradores de sociedades anônimas, seria necessário anular judicialmente a deliberação assemblear que aprovou as suas contas, em interpretação do artigo 134, § 3º, da Lei nº 6.404/76²³.

22 Ibidem, p. 378.

23 “Art. 134. Instalada a assembléia-geral, proceder-se-á, se requerida por qualquer acionista, à leitura dos documentos referidos no artigo 133 e do parecer do conselho fiscal, se houver, os quais serão submetidos pela mesa à discussão e votação. (...) § 3º A aprovação, sem reserva, das demonstrações financeiras e das contas, exonera de responsabilidade os administradores e fiscais, salvo erro, dolo, fraude ou simulação (artigo 286).”

Já houve intensa discussão doutrinária e jurisprudencial acerca dos efeitos das invalidades ocorridas nas deliberações assembleares de sociedades anônimas. É que o regime de invalidades dos atos e negócios jurídicos ocorridos nas assembleias de sociedades anônimas é diverso do regime jurídico de direito civil²⁴.

A característica mais relevante do “regime jurídico especial de invalidades” das deliberações ocorridas nas assembleias de sociedades anônimas, para o presente trabalho, é que atos inválidos, mesmo os nulos, podem ser sanados (retificados) por assembleia posterior. Nesse sentido, Valverde:

A assembleia geral pode sempre rever as suas próprias deliberações. Pode assim cancelar ou anular deliberação anterior e ratificar todos os atos que interessem à sociedade. Ressalvados, pois, os direitos de terceiros, acionistas ou não, a deliberação atacada é passível, em princípio de revisão e retificação. E a validade desta será indiscutível se teve por fim sanar irregularidades.²⁵

24 Ascarelli assim descreve a diferença entre o regime jurídico de invalidades de Direito Civil e o aplicado às assembleias de constituição de sociedades anônimas, sob a égide do Decreto-Lei 2.627/40, que foi mantida pela Lei nº 6.404/76: “O art. 155, no Decreto-Lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940 (atualmente, art. 285 da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976), fala em prescrição da ação por vícios ou defeitos verificados no ato de constituição. Declarando ser, a ação, prescritível, filia-se, esse dispositivo à orientação, hoje em dia dominante, que, abandonando a clássica distinção entre nulidade e anulabilidade, assenta o sistema dos vícios do contrato social sobre princípios diversos dos adotados no direito comum. Embora sem acolher o princípio peculiar às legislações anglo-saxônicas, em virtude do qual o arquivamento e a publicidade têm eficácia saneadora dos vícios de constituição, o art. 155 do Decreto-Lei nº 2.627 de 26 de setembro de 1940 (v. art. 285 da atual Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976) sujeita todos os vícios desta espécie a um curtíssimo prazo de prescrição. Ademais, conforme o art. 138, a, Decreto-Lei nº 2.627 de 26 de setembro de 1940 (no direito atual, art. 206, II, a, da Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976), a anulação da sociedade acarreta, apenas, a sua liquidação judicial. Portanto, não tem ela, efeito retroativo. Tanto a brevidade do prazo de prescrição como a inexistência de efeito retroativo (em contraste com os princípios do direito comum) visam, afinal, à tutela dos terceiros que contrataram com a sociedade cujos atos constitutivos houverem sido arquivados” (ASCARELLI, Tulio. *Problema das sociedades anônimas e direito comparado*. Campinas: Bookseller, 2001, p. 520).

25 VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedade por ações*: comentários ao Decreto-lei nº 2.627, de 26 de setembro de 1940. 2. ed. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1953, v. 3, p. 74.

A partir dessa linha doutrinária de pensamento, cogitou-se ser desnecessária a anulação da deliberação aprovatória de contas dos administradores prevista no artigo 134, § 3º, da Lei nº 6.404/76, uma vez que, como a assembleia posterior teoricamente poderia retificar assembleia anterior (ao discutir atos ilícitos do administrador, automaticamente a companhia estaria reconhecendo equívocos na aprovação das contas), a própria deliberação prevista no artigo 159, *caput* da referida lei, decidindo pela propositura da ação de responsabilidade, revogaria a anterior aprovação das contas do administrador. Nesse sentido, Carvalhosa:

Quanto à ação social '*ut universi*', seja diretamente proposta pela companhia, seja substitutivamente por acionista, o requisito apartado e prévio de decretação judicial de nulidade também não pode ser admitido. Isto porque, deliberando a assembleia geral acionar os administradores, estará obviamente retificando sua deliberação anterior de aprovação das contas daqueles, já que o pressuposto é o da existência de fraude. Portanto, a deliberação de agir contra os administradores, para responsabilizá-los, automaticamente anula a deliberação anterior de aprovação sem ressalvas. A nulidade, portanto, é requisito já cumprido por ato próprio do órgão competente da companhia. E, com efeito, a assembleia geral é órgão soberano da sociedade, sendo da natureza de suas deliberações revogar as anteriores.²⁶

Entretanto, apesar de se tratar de entendimento que se encontra alinhado ao pleno exercício do direito de ação previsto no artigo 5º, XXXV, da CR/88, constata-se que o entendimento de Carvalhosa é francamente minoritário.

Como restou demonstrado, a exoneração de responsabilidade do Administrador com a aprovação de contas sem reservas, é prevista no artigo 134, § 1º, da Lei nº 6.404/76.

26 CARVALHOSA, op. cit., p. 345.

Alfredo Sérgio Lazzareschi Neto²⁷ ensina que diversas outras legislações preveem expressamente norma diversa, no sentido de que a aprovação de contas não implica em exoneração dos administradores. Ele cita, por exemplo, o direito italiano, espanhol e alemão:

Art. 2.434 do Código Civil Italiano: *L'approvazione del bilancio non implica liberazione degli amministratori, dei direttori generali, dei dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari e dei sindaci per le responsabilità incorse nella gestione sociale.*

Art. 134, 3, da Lei 1.564/1989, Espanha: *La aprobación de estos documentos por la junta no significa el descargo de los administradores por la responsabilidad em que pudieran haber incurrido.*

§ 120 (2) da AktG, Alemanha: Com a deliberação, a assembléia ratifica a gestão da sociedade desempenhada pelos administradores e pelos membros do conselho fiscal. A aprovação não implica renúncia alguma aos direitos de ressarcimento de danos. (tradução livre do original).²⁸

Noutro norte, o mesmo autor também cita o exemplo das legislações argentina e portuguesa, que preveem a exoneração de responsabilidade dos administradores com a aprovação de suas contas pela companhia:

Art. 275 da Lei 19.550 argentina: *La responsabilidad de los directores y gerentes respecto de la sociedad, se extingue por aprobación de su gestión o por renuncia expresa o transacción, resuelta por la asamblea, si esa responsabilidad no es por violación de la ley, del estatuto o reglamento y si no me-*

27 LAZZARESCHI NETO, Alfredo Sérgio. Efeitos da aprovação das contas e das demonstrações financeiras das companhias. *Revista de Direito Mercantil Industrial Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 49, n. 155/156, p. 139-156, ago./dez. 2010, p. 149.

28 Segundo o original, em alemão: “*Durch die Entlastung biligt die Hauptversammlung die Verwaltung der Gesellschaft durch die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats. Die Entlastung enthält keinen Verzicht auf Ersatzansprüche*”.

dia oposición del cinco por ciento del capital social, por lo menos.

Art. 74, 2, do Código das Sociedades Comerciais portuguesas: A sociedade só pode renunciar ao seu direito de indemnização ou transigir sobre ele mediante deliberação expressa dos sócios, sem voto contrário de uma minoria que represente pelo menos 10% do capital social; os possíveis responsáveis não podem votar nessa deliberação.

Verifica-se que a solução dessas duas últimas legislações difere da solução apresentada pelas legislações italiana, espanhola, alemã e brasileira. As legislações argentina e portuguesa admitem a exoneração de responsabilidade, mas conferem às minorias o direito de se opor a uma aprovação de contas que não concordem. Somente se não houver o voto contrário das minorias é que a responsabilidade dos diretores e gerentes é extinta.

Nem mesmo esse direito protetivo dos acionistas minoritários é previsto na lei brasileira. É que o acionista minoritário que não tenha votos suficientes para votar em maioria, não tem condições de aprovar uma reserva à aprovação das contas dos administradores. Nesse sentido, Lazareschi Neto:

Justamente porque constitui ressalva ou protesto, a reserva há de ser expressa, aprovada pela maioria e consignada na ata da própria assembléia geral ordinária, não se admitindo que deliberações tomadas em outras assembléias ou protestos dos minoritários sejam interpretados como tal. Assim já decidiu o Superior Tribunal de Justiça: ‘Enfatizasse que a ressalva na aprovação das contas a que alude o art. 134, § 3º, da Lei n. 6.404/1976 é feita pela assembléia geral, e não pelos votos minoritários (...)’ (STJ, AgRg no Ag 950.104-DF, rel. Min. Massami Yueda, *DJe* 30.3.2009).²⁹

Infelizmente, pela opção legislativa adotada e vigente no Brasil, é imprescindível a prévia anulação das contas dos administrado-

29 LAZARESCHI NETO, op. cit., p. 143.

res, antes do pleito de sua responsabilização, pois, de acordo com a doutrina pacífica, esse ato se configura um ato jurídico perfeito que gera direito adquirido à quitação da responsabilidade dos administradores por eventuais ilícitos. Sempre se sustentou que as demonstrações financeiras e o relatório da administração se tratavam de um projeto, que se torna ato jurídico perfeito após a sua aprovação pela assembleia geral.

Como todo ato jurídico perfeito, ele só pode ser afastado através da sua anulação judicial mediante a prova da existência dos chamados “vícios do ato jurídico”. A doutrina majoritária, desde a vigência do Decreto-Lei 2.627/40, já dava essa caracterização à deliberação aprovatória de contas e previa a necessidade de prévia anulação:

A lei brasileira transformou em regra o que na espanhola é a exceção, com exigir as reservas da aprovação do balanço para que os administradores se exonerem de responsabilidade.

O balanço, aprovado sem reserva, portanto, constitui ato jurídico perfeito anulável, como todo ato jurídico, qual estabelece o art. 147, nº II, do Código Civil, por vício resultante de erro, dolo, coação ou fraude.³⁰

No mesmo sentido a doutrina recente, já sob a égide da Lei nº 6.404/76:

Como se verifica, a lei societária brasileira afastou-se de outros ordenamentos jurídicos nos quais a aprovação do balanço não acarreta a exoneração de responsabilidade dos administradores pelos prejuízos eventualmente causados à companhia.

De acordo com nosso sistema, inspirado na legislação portuguesa, a aprovação do balanço implica necessariamente a desoneração dos administradores.

30 FERREIRA, Waldemar. *Tratado de direito comercial*. São Paulo: Saraiva, 1961, v. 4, p. 393.

Esta regra fundamenta-se no fato de que, conforme anteriormente referido, a análise das demonstrações financeiras e a tomada das contas da administração não configuram deliberações distintas. Ao contrário, as contas, que englobam o exame das demonstrações financeiras e do relatório da administração, são apreciadas em uma única deliberação – quando da realização da assembleia ordinária (artigo 132, inciso D).

Assim, os acionistas, ao analisarem as demonstrações financeiras, não estão apenas verificando a regularidade formal dos lançamentos contábeis efetuados, mas também manifestando a sua concordância com a gestão dos administradores naquele exercício social.
(...)

Em outras palavras, a aprovação sem reservas das contas pressupõe que os acionistas concordaram com a atuação dos administradores, liberando-os de qualquer responsabilidade por eventuais prejuízos causados à sociedade.³¹

A matéria também foi enfrentada pela jurisprudência brasileira, no julgamento do Recurso Especial nº 256.596/SP³². Houve dissenso no julgamento quanto à necessidade ou não da prévia propositura da ação anulatória da assembleia aprobatória de contas dos administradores.

Se fundando expressamente na doutrina de Carvalhosa citada neste trabalho, a Ministra Nancy Andrighi, em seu voto, afirmou, a respeito do artigo 159, da Lei nº 6.404/76: “O dispositivo legal, ao disciplinar a ação social pela própria companhia contra o administrador, não prescreveu a imprescindibilidade de prévia anulação da assembleia geral que aprovou as demonstrações financeiras e contas do administrador”.

31 EIZIRIK, Nelson. *Temas de direito societário*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 111.

32 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 256.596/SP. Terceira Turma. Relatora: Min. Nancy Andrighi. Data de Julgamento: 08 mai. 2001. Data de Publicação: 18 jun. 2001.

Entretanto, o Ministro Revisor, Antônio de Pádua Ribeiro, instaurou a divergência e, se reportando às razões de seu voto proferido anteriormente no Recurso Especial nº 257.573/DF, entendeu ser impossível o ajuizamento da ação de responsabilidade de administrador de sociedade anônima, sem que antes se promovesse a ação anulatória da assembleia que aprovou as contas do mesmo, sem reservas:

E quando nasce o direito da ação de responsabilidade movida contra o administrador que teve as suas contas aprovadas, sem reservas, pela assembleia geral da sociedade? Será possível propor essa ação antes da anulação do ato de aprovação, por achar-se evitado de erro, dolo simulação ou fraude? Creio que não, porque esse ato da assembleia geral não é um ato qualquer, tanto assim que a ata que o contém há de ser arquivada no Registro de Comércio e publicada (art. 134, § 5º).

É um ato jurídico, que não pode ser anulado pela própria assembleia geral, mesmo porque produz efeitos com relação a terceiros.³³

A divergência foi seguida pelo Ministro Vogal Ari Pargendler prevalecendo o entendimento do Ministro Revisor.

Deve-se ressaltar que tanto o Ministro Revisor, quanto o Ministro Vogal, manifestaram sua preocupação com a solução abraçada. Vejamos o que disse o Ministro Ari Pargendler:

De lege ferenda, a solução pode não ser a melhor. Legislações mais modernas – *v.g.*, a espanhola e a portuguesa, como visto – dão outro tratamento à matéria, precisamente porque os acionistas de uma sociedade anônima de porte podem não ter meios de avaliar a gestão dos respectivos administradores no prazo fixado pela lei. Tal como dito

33 “COMERCIAL. PRESCRIÇÃO. SOCIEDADE ANÔNIMA. APROVAÇÃO DAS CONTAS DOS ADMINISTRADORES. A aprovação das contas pela assembleia geral implica quitação, sem cuja anulação os administradores não podem ser chamados à responsabilidade. Recurso especial não conhecido” (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 257.573/DF. Terceira Turma. Relator: Min. Waldemar Zveiter. Data de Julgamento: 14 ago. 2001. Data de Publicação: 10 set. 2001).

nas razões do recurso especial, “A assembléia geral não desce à minudência de cada operação realizada no período do balanço. Inexistem condições materiais e humanas para realizar tal tarefa” (fl. 341). A extinção, ou como diz o texto legal, a exoneração da responsabilidade dos administradores é, nesse contexto, precipitada. Acresce que, como no caso, tratando-se de uma sociedade de economia mista, os eventuais prejuízos causados pelo administrador comprometem o patrimônio público. A exigência de que a ação de responsabilidade civil seja precedida da anulação da deliberação da assembléia geral que aprovou as contas do administrador, dificulta sobremaneira a indenização dos danos, e não se justifica porque constitui uma sobreposição de demandas, à medida que a *causa petendi* de uma e de outra são idênticas. Mas a lei é essa, e, enquanto não for alterada, deve ser aplicada.

Após esse voto, encontramos a matéria pacificada em diversos acórdãos proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça³⁴.

Assim, se conclui que, além dos pressupostos processuais previstos na Lei nº 6.404/76 para a ação social de responsabilidade do administrador de sociedade anônima, é também pressuposto indispensável para o conhecimento do mérito do pedido, que se anule judicialmente a assembleia que aprovou as contas dos administradores, sem reservas, se houver.

4. Conclusão.

Restou demonstrado, pela análise doutrinária e a comparação com o direito estrangeiro, que a opção legislativa brasileira é de ex-

34 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 257.573/ DF. Terceira Turma. Relator: Min. Waldemar Zveiter. Data de Julgamento: 14 ago. 2001. Data de Publicação: 10 set. 2001; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 950.104/DF. Terceira Turma. Relator: Min. Massami Uyeda. Data de Julgamento: 23 abr. 2009. Data de Publicação: 06 mai. 2009; Superior Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 640.050/RS. Quarta Turma. Relator: Min. Luis Felipe Salomão. Data de Julgamento: 19 mai. 2009. Data de Publicação: 01 jun. 2009.

cessiva limitação ao direito da ação de responsabilidade de administradores de sociedades anônimas prevendo inúmeros pressupostos que tornam raríssimo o enfrentamento do mérito, pelas cortes do país.

Houve no Brasil um processo gradativo doutrinário e jurisprudencial para que se impusesse o maior número possível de restrições conhecidas à propositura da ação de responsabilidade de administradores. Se durante o Decreto-Lei 2.627/40, só era prevista a exoneração de responsabilidade mediante a aprovação de contas dos administradores, inexistindo previsão de prévia deliberação assemblear, a doutrina e a jurisprudência foram gradativamente construindo o entendimento de que era recomendável e, posteriormente, necessária a prévia deliberação, fato que culminou com a absorção expressa desse preceito já na Lei nº 6.404/76, adicionando ainda a possibilidade de propositura da ação mesmo que a assembleia deliberasse negativamente, desde que reunidos 5% de acionistas em hipótese de legitimação extraordinária.

O Brasil é um país cujo mercado de capitais é extremamente concentrado, cujo poder de controle é exercido predominantemente sob as formas totalitária e majoritária, não havendo motivos para restrições tão drásticas em um importante meio de controle dos administradores pelos acionistas minoritários.

A rarefação de decisões com enfrentamento de mérito na ação social *ut singuli* demonstra a insuficiência da política legislativa escolhida, restando a sugestão ao legislador para que altere a Lei nº 6.404/76, neste particular, com a efetivação plena dos direitos dos acionistas, o que talvez contribuiria para trazer mais segurança e transparência ao mercado de capitais, corroborando para a captação de um número maior de investimentos e valorização dos papéis das empresas que fazem parte do mesmo.