



FACULDADE BAIANA DE DIREITO

CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

PABLO OLIVEIRA MARCHESINI

**APLICAÇÃO DO *BUSINESS JUDGMENT RULE* À
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADMINISTRADOR NA
SOCIEDADE LIMITADA**

Salvador

2014

PABLO OLIVEIRA MARCHESINI

**APLICAÇÃO DO *BUSINESS JUDGMENT RULE* À
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADMINISTRADOR NA SOCIEDADE
LIMITADA**

Monografia apresentada ao curso de graduação em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito
parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Salvador

2014

TERMO DE APROVAÇÃO**PABLO OLIVEIRA MARCHESINI****APLICAÇÃO DO BUSINESS JUDGMENT RULE À
RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADMINISTRADOR NA SOCIEDADE
LIMITADA**

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito,
Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/2014

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus, antes de tudo, por ter sempre iluminado o meu caminho.

À minha querida avó Maria Anália, por ter ensinado que a humildade é uma das principais qualidades do homem.

Aos meus pais, pelos ensinamentos éticos e morais que tanto contribuíram para formação do meu caráter.

Ao professor Ruy Andrade, que ensinou a *business judgment rule* em sala de aula e que fez brotar em mim a ideia de levantar tal projeto monográfico e ter me orientado durante o processo.

À Jessica Winbaum, pela paciência e carinho em me ensinar inglês durante meu período no Canadá. Certamente esses ensinamentos foram essenciais para o estudo dos artigos estrangeiros durante esse projeto.

Ao meu irmão Ícaro e meus amigos Davi Bittencourt, Renata Campos e Yuri Teixeira, por ter me ajudado na revisão dos meus textos e formatação do projeto.

Por fim, aos meus amigos da faculdade e da Aiesec, pela paciência em me ajudar durante a monografia.

OBRIGADO A TODOS!!

PABLO MARCHESINI

“I’m gonna make him an offer he can’t refuse.”

— Don Vito Corleone, O Poderoso Chefão

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo aferir a possibilidade de aplicação da *business judgment rule* à responsabilidade civil do administrador na sociedade limitada. Essa regra tem origem nos Estados Unidos e já é tratada há mais de um século pelos tribunais e doutrina norte-americana. A *business judgment rule* procura assegurar um “porto-seguro” aos administradores no exercício da sua atividade, sobretudo quando suas decisões se revelam desastrosas e, eventualmente, causam prejuízos à sociedade empresária. Para realizar isso, a regra tem como objetivo limitar a atuação dos tribunais quando essas decisões gerenciais são posteriormente questionadas. Relata-se, ainda, a presença dessa regra estrangeira no regime de sociedade de capitais no Brasil. Para realizar o estudo da obra, foram realizadas pesquisas em diversos artigos acadêmicos de doutrinadores ianques sobre o *business judgment rule* e, também, como essa regra é seguida no ordenamento brasileiro. Além disso, foram realizados estudos acerca da regra geral da responsabilidade civil, bem como esse instituto é empregado aos administradores da sociedade limitada.

Palavras-chave: Direito Societário. Sociedade Limitada. Responsabilidade Civil. Responsabilidade do Administrador. *Business Judgment Rule*.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ALI	<i>American Law Institute</i>
art.	artigo
CC/2002	Código Civil de 2002
CF/88	Constituição Federal da República
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
IBGC	Instituto Brasileiro de Governança Corporativa
LSA	Lei das Sociedades Anônimas
PCG	<i>Principles of Corporate Governance</i>

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	RESPONSABILIDADE CIVIL	Erro! Indicador não definido.1
2.1	RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA	Erro! Indicador não definido.2
2.2	RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – CULPA LATU SENSU	Erro! Indicador não definido.6
2.2.1	Culpa em sentido estrito	Erro! Indicador não definido.9
3	PODERES E RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR DA LIMITADA	...21
3.1	NOÇÕES GERAIS DE SOCIEDADE LIMITADA	Erro! Indicador não definido.2
3.2	LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À SOCIEDADE LIMITADA	Erro! Indicador não definido.4
3.3	ADMINISTRAÇÃO DA SOCIEDADE LIMITADA	Erro! Indicador não definido.5
3.3.1	Natureza jurídica da relação entre o administrador e a sociedade	Erro! Indicador não definido.7
3.3.2	Nomeação e Destituição dos Administradores	Erro! Indicador não definido.0
3.3.3	Responsabilidades do Administrador	30
3.3.4.1	Responsabilidade do Administrador pelas Obrigações Tributárias	35
4	A BUSINESS JUDGMENT RULE	Erro! Indicador não definido.8
4.1	DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO	Erro! Indicador não definido.1
4.2	CENÁRIO ATUAL DO BUSINESS JUDGMENT RULE	Erro! Indicador não definido.7
5	APLICAÇÃO DO BUSINESS JUDGMENT RULE À RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADMINISTRADOR	Erro! Indicador não definido.1

5.1	OS DEVERES DOS ADMINISTRADORES NA SOCIEDADE ANÔNIMA E AS MARGENS DE APLICAÇÃO DA BUSINESS JUDGMENT RULE À LUZ DA DOCTRINA DE JÚLIO CÉSAR DE LIMA RIBEIRO ...	Erro! Indicador não definido.	3
5.2	APLICAÇÃO DA REGRA NA SOCIEDADE LIMITADA	Erro! Indicador não definido.	3
6	CONCLUSÃO		677

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho monográfico tem como tema “A Aplicação do *Business Judgment Rule* à Responsabilidade Civil do Administrador na Sociedade Limitada” e pretende analisar a hipótese de exclusão da responsabilidade civil dos administradores nas sociedades limitadas através da aplicação da *business judgment rule*.

Examinada há mais de um século nos Estados Unidos, essa regra tem como objetivo limitar a sindicância realizada pelos tribunais das decisões tomadas pelos diretores no desempenho das suas atividades. Procura-se determinar se o procedimento da decisão pelo gestor foi razoável e bem-informado diante de cada caso concreto.

Esse posicionamento, por sua vez, revela-se válido quando contextualizado em um ambiente de crescentes escândalos empresarias. Diante desse cenário, a pretensão de oferecer um “porto-seguro” aos administradores que agiram conforme os ditames legais e éticos na tomada de suas decisões encontra apoio na regra norte-americana na medida em que reivindica a exclusão da responsabilidade civil pelas decisões pautadas na boa-fé, mesmo que essas se revelem posteriormente desastrosas.

A *business judgment rule* é relativamente nova no nosso ordenamento pátrio, se comparado com o seu país de origem. Sabe-se que essa regra encontra-se atualmente presente na Lei de Sociedade Anônima como hipótese de exclusão da responsabilidade civil do administrador, porém sem previsão expressa nas demais espécies societárias.

Diante do tema proposto, o trabalho monográfico procura inserir a *business judgment rule*, definir e demonstrar a sua importância no mundo corporativo, bem como identificar a sua influência na legislação pátria. Nesse diapasão, pretende-se, também, abordar o regime jurídico da responsabilidade civil no Brasil, revelar também como esse regime de responsabilidade é aplicado aos administradores da sociedade limitada para, então, abordar a possibilidade de adoção de uma interpretação alternativa do art. 1.016 do CC/2002 à regra da *business judgment rule*.

Para realização e conclusão desse trabalho, incontáveis horas de pesquisas realizadas em livros, revistas, artigos, dissertações, teses acadêmicas e obras estrangeiras foram necessárias para promover a construção de uma humilde - porém aventureira- teoria.

O primeiro capítulo da monografia procura abordar o instituto da responsabilidade civil, demonstrando a sua definição, a subdivisão em responsabilidade subjetiva e objetiva, uma breve explicação da evolução histórica desse instituto, além de, especificamente, versar de questões atinentes à culpa *latu sensu*.

O segundo capítulo pretende analisar os poderes e responsabilidades do administrador da sociedade limitada. Inicia-se com noções introdutórias da sociedade limitada para, posteriormente, tratar da administração dessa espécie societária, sobretudo quanto à sua natureza jurídica, responsabilidades e seus poderes no desempenho da sua atividade.

O terceiro capítulo almeja ilustrar a regra do *business judgment rule*, expondo a sua conturbada tentativa de definição, seu desenvolvimento histórico nos tribunais estadunidenses, sua importância para o meio corporativo e, por fim, seu atual cenário nos Estados Unidos.

O quarto capítulo compreende no experimento do tema proposto por este trabalho. Aqui será discutida a interpretação alternativa ao art. 1.016 do CC/2002, de modo que seja aplicada a *business judgment rule*. Para se chegar a isso, serão realizadas breves considerações acerca da tomada de decisões por gestores, a fundamental análise dos deveres dos administradores da sociedade anônima e as margens de aplicação da *business judgment rule*. A partir dessa leitura, haverá a tentativa de aproveitamento dessa regra à responsabilidade civil do administrador da sociedade limitada.

O trabalho, por fim, está longe de exaurir esse complexo debate no sistema jurídico pátrio. A proposta aqui adotada não anseia trazer conclusões definitivas, mas apenas assentar o tema em pauta de posteriores debates a fim de que sejam trazidas uma gama de conclusões.

2. RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é um dos temas mais estudados e controversos da atualidade jurídica. Reflexo das atividades humanas e das evoluções tecnológicas, o instituto é intensamente estudado pelos operadores do direito quando essas relações originam um desequilíbrio de ordem moral ou patrimonial. Na medida em que isso ocorre, uma natural busca por remédios e saídas é gradativamente aguardada pelos seus agentes, para que sanem tais lesões e restaurem um *status quo ante*.¹

Com um espírito de curiosidade, Álvaro Villaça Azevedo sustenta que a origem da palavra “responsabilidade” deriva do verbo latino *respondere*, de *spondeo*. Realmente, cabe ao direito romano, como afirma o autor, a primitiva obrigação de natureza contratual, “pela qual o devedor se vincula ao credor nos contratos verbais, por intermédio de pergunta e resposta (*spondesne mihi dare Centum? Spondeo*; ou seja, prometes me dar um cento? Prometo) ”.²

A definição de responsabilidade pode vir acompanhada por diversas conotações. É inegável que, em um plano vulgar, o termo pode ser sinônimo de diligência e cuidado³.

¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 19 e 20

² AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Responsabilidade Civil**. Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica jurídica. Ano 55, nº 353, março de 2007, Porto Alegre, p. 14

³ FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 2

Dizer que um indivíduo é responsável, traz uma conotação que essa pessoa é diligente e cautelosa perante algo ou alguém.

Por outro lado, no sentido estritamente técnico-jurídico - o qual, de certa forma, assemelha-se com seu sentido etimológico⁴ -, a responsabilidade civil pode ser designada como medidas adotadas para obrigar alguém a reparar um dano proveniente de um dever jurídico originário⁵, como bem aponta Sergio Cavalieri Filho:

A essência da responsabilidade está ligada à noção de desvio de conduta, ou seja, foi ela engendrada para alcançar as condutas praticadas de forma contrária ao direito e danosas a outrem. Designa o dever que alguém tem de reparar o prejuízo decorrente da violação de um outro dever jurídico. Em apertada síntese, responsabilidade civil é um dever jurídico sucessivo que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário⁶.

Esse dever jurídico originário representa o ato ilícito, o qual define-se como violação de um direito preexistente, vale dizer, uma conduta contrária ao direito⁷.

Cabe esclarecer, entretanto, que a responsabilidade vai ser gerada se o ato ilícito ocasionar um dano. Cumpre, por ora, designar o dano como outro elemento importante, haja vista que este é o prejuízo ou detrimento causado à vítima, o qual sem esse não há que se falar em responsabilidade civil.⁸

Revela-se, nesse sentido, a responsabilidade civil como uma instituição assecuratória de direito aos que foram injustiçados por uma relação jurídica originária. Esse instituto não é uma obrigação originária, mas uma consequência desta, gerando, portanto, um direito de reparação⁹.

Nesta senda, a responsabilidade civil é a necessidade de indenizar o dano moral ou patrimonial, “decorrente de inadimplemento culposo, de obrigação legal ou contratual, ou imposta por lei, ou ainda, decorrente do risco para os direitos de outrem”.¹⁰

⁴ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 154

⁵ *Ibidem*, p. 155

⁶ FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 2

⁷ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 156

⁸ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 77

⁹ STOCO, Rui. *Op. Cit.*, p. 155

¹⁰ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Responsabilidade Civil. **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica jurídica**. Ano 55, nº 353, março de 2007, Porto Alegre, p. 14

Daí ser possível dizer que a responsabilidade tem como função a retratação de um conflito, tratando-se de “uma regra elementar de equilíbrio social”.¹¹

2.1 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA E OBJETIVA

Assim, acolhida a sua definição, a Responsabilidade Civil será analisada, em breve esforço, classificando-as entre as seguintes espécies: *subjetiva* e *objetiva*¹².

Parece mais correto primeiramente compreender a sua evolução histórica. O Código Civil de 1916 abordava a responsabilidade proveniente de uma conduta culposa, assim, acolhia a teoria subjetiva para o arranjo das regras jurídicas acerca da responsabilidade civil. Esse posicionamento, além disso, coexistiu naturalmente com a responsabilidade objetiva, a qual é baseada no risco e não na culpa.¹³

Seguindo esse rumo, houve situações em que a lei atribuiu a responsabilidade ao causador do dano independentemente de culpa¹⁴. Todo esse progresso da vigente legislação deve-se, sobretudo, à contínua e progressiva ampliação e transformação histórica da tecnologia, bem como da intensa mecanização da vida moderna¹⁵. Por essa razão, ficou cada vez mais difícil identificar o autor da conduta culposa.

Seria mais vantajoso, para uma economia em princípios de expansão, descuidar a segurança das pessoas do que sacrificar os interesses da empresa. Esta deveria tomar a seu cargo apenas os custos dos danos por si culposamente provocados, pois de outra forma, entrar-se-ia o processo de industrialização, designadamente porque se desincentivaria o empreendimento de novas atividades e a utilização de novas máquinas e processos de fabrico. Com o desenvolvimento industrial, contudo, aumentou assustadoramente o número de eventos danosos. A utilização de meios técnicos cada vez mais complexos e sofisticados, aliada à organização do trabalho em grupo, fez com que o acidente surgisse com a marca do anonimato. As teorias do risco conquistaram definitivamente seu lugar, e verificou-se que o crescimento das empresas já permitia a estas suportarem os riscos de sua atividade, sem necessidade de serem “subsidiadas” à custa de suas vítimas.¹⁶

¹¹ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 47

¹² Advertimos, preliminarmente, que a modalidade *objetiva* será superficialmente estudada nesse subcapítulo porquanto esta não seja objeto principal do nosso tema.

¹³ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade Pressuposta: Evolução de Fundamentos e de Paradigmas da Responsabilidade. **Temas de Direito Civil Contemporâneo**. Editora JusPodivm. Salvador, 2009, p. 405

¹⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 59

¹⁵ J.J. Calmon de Passos *apud* STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p.215

¹⁶ MONTEIRO, Antonio Pinto. Princípios Gerais da Responsabilidade Civil. **Revista da Escola Nacional da Magistratura**. Ano II, nº 3, Abril 2007, p. 107-108

Marcos Bernardes de Mello¹⁷ lembra que o desenvolvimento econômico e industrial ocorrido no século anterior provocou significativas mudanças no cenário social. O autor destaca fenômenos como a complexidade das grandes metrópoles decorrente do aumento das populações urbanas, a criação de novos meios de transportes - tais como trens, automóveis e aviões - e a produção em larga escala de bens de consumo e de bens duráveis, os quais ensejaram “a possibilidade cada vez mais crescente de que ocorressem danos a terceiros, sem que seus autores tenham qualquer vontade em impingir-los, ou mesmo que tenham atuado com negligência ou imprudência”.

O autor conclui constatando que essa complexidade das relações de convivência social resultou na crescente ocorrência de conflitos intersubjetivos, pelos quais a teoria subjetivista não oferecia soluções satisfativas. Essa insegurança conduziu à criação e aprimoramento da teoria da responsabilidade civil objetiva ao decorrer do século XX.¹⁸

Foi com o Código Civil de 2002, entretanto, que a responsabilidade civil ganhou maior respaldo, como descreveu Giselda Hironaka:

O Código Civil de 2002, e no cerne da estruturação legislativa da responsabilidade civil, introduziu uma regra geral bem distinta daquela que se continha na legislação anterior. Vale dizer, introduziu a imputação do dever de indenizar por atribuição meramente objetiva, sendo que não o fez pontualmente, em situações individualizadas, delimitadas, mas o fez como sistema geral, transmutando o caráter da responsabilidade objetiva - até então meramente excepcional - em regra, isto é, em preceito legal geral. O art. 927 e parágrafo único do novo Código destacam assim, em vivas letras, aquilo que é uma necessidade crescente entre nós: o dever de indenizar *independentemente de culpa*, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, grande risco para os direitos de outra pessoa.¹⁹

Ao priorizar a proteção da vítima, o parágrafo único do art. 927 do Código Civil criou as hipóteses de responsabilidade sem culpa - responsabilidade objetiva -, no “exercício de atividade perigosa e de risco, quando esse perigo seja inerente à própria

¹⁷ MELLO, Marcos Bernardes de. Responsabilidade Civil do Produtor e do Fornecedor por vício ou defeito do produto ou do serviço: uma revisão de conceitos. **Temas de Direito Civil Contemporâneo**. Editora JusPodivm. Salvador, 2009, p. 485-86

¹⁸ MELLO, Marcos Bernardes de. Responsabilidade Civil do Produtor e do Fornecedor por vício ou defeito do produto ou do serviço: uma revisão de conceitos. **Temas de Direito Civil Contemporâneo**. Editora JusPodivm. Salvador, 2009, p. 485-86

¹⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade Pressuposta: Evolução de Fundamentos e de Paradigmas da Responsabilidade. **Temas de Direito Civil Contemporâneo**. Editora JusPodivm. Salvador, 2009, p. 405

atividade, independente do modo de seu exercício e, ainda, desimportando que essa atividade seja legítima ou ilegítima.”²⁰

Daí se dizer que a responsabilidade objetiva fundamenta-se no risco. A conduta do agente não se reduz à culpa, apenas a apuração do dano é suficiente para constituir um dever ressarcitório, até porque “aquele que lucra com uma situação deve responder pelo risco ou pelas desvantagens dela resultantes”.²¹

Anderson Schreiber ainda complementa que a cláusula geral de responsabilidade objetiva diante do novo ordenamento mira basicamente as atividades perigosas, isto é, as atividades que oferecem alto potencial lesivo ou as atividades com alto grau de risco inerente - o autor cita exemplos como material radioativo, controle de recursos hídricos, manipulação de energia nuclear etc. Para o dispositivo legal, pouco importa se essa atividade é organizada sob a forma empresarial ou não, a norma aplicar-se-á de qualquer maneira.²²

De fato, a tese merece aplausos, posto que sua fundamentação encontra-se no *risco* intrínseco à atividade desempenhada pelo agente que o exerça. Isto é, mesmo que esta atividade seja lícita e todos os cuidados sejam tomados, haverá sempre um potencial perigo de causar danos a terceiros, sejam eles usuários ou não.²³

A responsabilidade objetiva, portanto, decorreu dos casos concretos que não encontravam amparo satisfatório no ordenamento jurídico relacionado à teoria clássica da culpa. Diversas foram as críticas doutrinárias quanto às suas limitações, não restando para a jurisprudência outra saída senão a ampliação do conceito de culpa com a inserção da teoria do risco.²⁴

²⁰ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 216

²¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 68

²² SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 25

²³ O pensamento do autor acima, Marcos Bernardes de Mello, ainda cita situações as quais foram amparadas pela responsabilidade civil objetiva, quais sejam: a responsabilidade pelo fato da coisa ou do animal, a do Estado pelos seus danos causados por seus agentes, a das empresas de transporte por danos a passageiros e cargas, aos produtores e distribuidores de energia elétrica e, notadamente, a decorrente do dano atômico e radiológico. MELLO, Marcos Bernardes de. Responsabilidade Civil do Produtor e do Fornecedor por vício ou defeito do produto ou do serviço: uma revisão de conceitos. **Temas de Direito Civil Contemporâneo**. Editora JusPodivm. Salvador, 2009, p. 486-487

²⁴ AZEVEDO, Álvaro Villaça. Responsabilidade Civil. **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica jurídica**. Ano 55, nº 353, março de 2007, Porto Alegre, p. 19

Cabe esclarecer, entretanto, que não houve extinção da responsabilidade subjetiva diante da inovação da responsabilidade objetiva. As duas formas de responsabilidade, como afirmado por Miguel Reale, se conjugam e se dinamizam a depender da estrutura ou natureza de um negócio jurídico²⁵. O autor da conduta deve ser responsabilizado por sua ação ou omissão empregando a responsabilidade subjetiva, portanto, como norma. Porém, a responsabilidade objetiva deve ser levada em consideração diante dos riscos inerentes a certas atividades empresariais, restando dispensável a manifestação do culpado.

O ponto fulcral desse entendimento é perceber, como bem esclarece Sérgio Cavaliere Filho, que o Código de 1916 era subjetivista, enquanto que o ordenamento subsequente estima, sobretudo, a responsabilidade objetiva. O autor também alerta, entretanto, que não houve a extinção da responsabilidade subjetiva, apenas uma maior prevalência pela responsabilidade objetiva, concluindo que a responsabilidade subjetiva “terá espaço sempre que não tivermos disposição legal expressa prevendo a responsabilidade objetiva.”²⁶

À vista dessa bifurcação, a teoria subjetiva - também denominada de teoria da culpa - designa a prova de culpa do agente como fator essencial para responsabilização deste²⁷. Isto é, o causador do dano apenas irá ser responsável pela sua conduta se houver comprovação que o mesmo agiu com culpa; caso contrário, a vítima do dano irá arcar exclusivamente pelos prejuízos decorrentes do dano.²⁸

Endossando a tese sustentada, Giselda Hironaka utiliza o termo culpabilidade - também chamada de culpa em sentido amplo - para designar a conduta do agente contrária à lei, isto é, pelo comportamento legalmente reprovado. A autora aponta que, mesmo presente o dano, o instituto da responsabilidade civil não será acionado caso não esteja presente o elemento culpa, “pois a imputação da responsabilidade derivada de sua causação depende da conduta culposa do agente”²⁹.

²⁵ Miguel Reale *apud* GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 61

²⁶ FILHO, Sérgio Cavaliere. *Perspectivas da Responsabilidade Civil*. **Direito & Justiça Social: Por uma Sociedade Mais Justa e Solidária**. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 536

²⁷ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Responsabilidade Civil**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 59

²⁸ FILHO, Sergio Cavaliere. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 30

²⁹ HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. *Responsabilidade Pressuposta: Evolução de Fundamentos e de Paradigmas da Responsabilidade*. **Temas de Direito Civil Contemporâneo**. Editora JusPodivm. Salvador, 2009, p. 413

Satisfaz, por ora, compreender que o termo “culpa” assume o seu sentido amplo, *lato sensu*, sentido esse composto por seu sentido estrito - culpa *stricto sensu* - como também o dolo, os quais serão melhores abordados no subcapítulo seguinte.

Desse modo, pode-se concluir que há duas espécies de Responsabilidade: a subjetiva e a objetiva. A primeira tem a culpa como pressuposto para responsabilização de um dano, enquanto que na segunda - a objetiva -, a responsabilização prescinde de culpa. A primeira, entretanto, será alvo de estudo do nosso trabalho, como observado a seguir.

2.2 RESPONSABILIDADE SUBJETIVA – CULPA *LATU SENSU*

É possível imaginar que a culpa é um elemento nuclear da responsabilidade civil oriunda dos juristas da Modernidade. Anderson Schreiber³⁰, mais uma vez, realiza uma digressão histórica para mostrar que a teoria clássica da culpa estava em consonância com um pensamento liberal e individualista da época. O autor lembra que a fundamentação do sistema de responsabilidade se baseava no mau uso da liberdade individual, haja vista a permissão de um amplo espaço à atuação dos particulares. A responsabilidade, portanto, era intrinsecamente lastreada na liberdade.

Schreiber³¹ ainda recorda que a culpa, tal como idealizada pelos juristas da Modernidade, tinha forte conotação moral advinda da ideologia cristã. O cristianismo proveniente da Idade Média influenciou fortemente na conotação moral da culpa, na medida em que demarcou sua extensão em critérios éticos e morais, fundamentalmente relacionadas à ideia do livre-arbítrio e de sua má utilização pelos fiéis.

Essa infração moral conferida à culpa, como bem destaca o autor, ainda hoje contribui para definir a noção jurídica de culpa, utilizando de “elementos psicológicos ou anímicos, típicos de uma avaliação moral e subjetiva da conduta individual”.³²

³⁰ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 12-15

³¹ SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013, p. 12-15

³² Anderson Schreiber demonstra essa avaliação moral e subjetiva da culpa exemplificando a definição dada por autores, como ele mesmo descreve: “Assim, refere-se Chironi à culpa como um *stato d’animo* do agente que se pretende responsável. Salemi refere-se expressamente à relação entre a *psiche* e o ato lesivo, como característica da culpa. Stoppato alude à culpa como “*diffeto della intelligenza*”. Pontes de Miranda trata da culpa como “falta de devida atenção”. José de Aguiar Dias refere-se à

Pois bem, passada essas considerações históricas, é possível propor que a culpa é um pressuposto elementar da responsabilidade subjetiva. No entanto, em que consiste essa culpa?

Para tanto, cabe apontar, primeiramente, que a conduta voluntária - que é o elemento primário de todo ilícito – compreende-se na ação ajustada em elementos internos: discernimento, intenção e liberdade³³. As ações de um indivíduo são reflexos de anseios psíquicos trazidos à tona através de condutas.

Luiz Roldão de Freitas Gomes revela que a culpa é a conexão psicológica ou moral entre a conduta ilícita e o agente, atribuindo a primeira à segunda e, assim, causando efeitos legais sancionatórios. Em síntese, a culpa representa um juízo de reprovação, pois “a mera circunstância de a conduta na sua materialidade ou objetividade se mostrar contrária ao direito não coloca o sujeito em situação de responsabilidade se não se puder dizer, no caso concreto, que ele *devia* ter procedido por outra forma”. Sem essa censura ético-jurídica, afirma o autor, não há, portanto, culpabilidade.³⁴

Essa conduta voluntária, todavia, nem sempre terá seu resultado previsível ou controlado, ou seja, nem sempre o resultado será querido³⁵.

Surge, então, a noção de culpa em sentido amplo (*lato sensu*), dispondo-o como gênero composto por duas espécies: dolo e culpa no sentido estrito.

A primeira emprega na conduta voluntária a intenção de produzir um resultado ilícito, isto é, a culpa gravíssima “é a consciência e vontade dirigidas a um fim ou resultado sempre ilícito e desconforme com o direito”³⁶. Em outras palavras, o dolo pode ser compreendido como uma intenção maléfica voltada à provocação de um dano.

Maria Helena Diniz, com esse mesmo espírito, argui que a culpa em sentido amplo - essa entendida como transgressão de uma obrigação jurídica, imputável a alguém e

previsibilidade do resultado como elemento indispensável ao conceito. Karl Larenz menciona, além da previsibilidade, um “ineludível” juízo de valor do agente sobre seu próprio comportamento. ” *Ibidem*, *Loc. Cit.*

³³ Atílio Anibal Alterini *apud* STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 179

³⁴ GOMES, Luiz Roldão de Freitas. A responsabilidade civil subjetiva e objetiva no novo Código Civil. **Aspectos Controvertidos do novo Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 454-455.

³⁵ FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 30.

³⁶ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 183.

proveniente de uma conduta intencional ou omissiva - é compreendida em duas espécies: o dolo, que é a conduta intencional no sentido de violar o dever jurídico; e a culpa em sentido estrito, decorrente de uma imperícia, imprudência ou negligência, ou seja, o dano não foi querido pelo agente, mas haverá a sua responsabilidade na medida em que este não se atentou para as proporções de suas consequências.³⁷

A culpa *strictu sensu*, por seu turno, encerra em uma conduta visando um resultado lícito, porém, a inobservância a um dever de cuidado provoca um resultado indesejado e ilícito. O agente da conduta tem um objetivo lícito, no entanto, a falta de diligência provoca um resultado contrário ao direito³⁸.

Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona observam que esta culpa derivará de uma conduta com negligência ou imprudência concretizada pelo seu agente. Neste caso, o agente responde pela própria culpa, tendo em vista o nascimento, à parte prejudicada, de um fato constitutivo do direito à reparação.³⁹

Percebe-se, dessa forma, que a responsabilidade subjetiva está atrelada à noção de culpa, na qual engloba a culpa em sentido estrito (negligência, imprudência e imperícia) e o dolo.

Há forte tendência doutrinária, todavia, em entender que a distinção entre dolo e culpa não possui muita utilidade prática, uma vez que “o agente responde igualmente pelas consequências da sua conduta, nem se indagar se o resultado danoso entrou nas cogitações do infrator, ou se a violação foi especialmente querida”.⁴⁰

Feita essa abordagem inicial entre as duas espécies, cabe agora oferecer maior enfoque na culpa *strictu sensu*, porquanto esta seja o principal foco deste capítulo.

2.2.1 Culpa em sentido estrito

³⁷ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil, 7º Volume – Responsabilidade Civil**. 25ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p.30-31

³⁸ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 184.

³⁹ GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil, 3º Volume – Responsabilidade Civil**. 11ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013, p. 57-58

⁴⁰ FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 31

A concepção de culpa (em sentido estrito) emprega o critério objetivo de culpa, qual seja, um comportamento contrário a um padrão de conduta. Embora a culpa decorra de elementos psicológicos, como demonstrado anteriormente, não há que se falar em uma ponderação da conduta do agente quanto ao seu estado psíquico. Isto é, não são analisadas as particularidades e vicissitudes do indivíduo⁴¹.

De outra banda, o que se leva em consideração na conduta culposa é justamente a violação objetiva de uma regra de conduta, de um parâmetro pré-fixado⁴². O que melhor explica-se nas palavras de Cristiano Chaves:

Não se trata de atingir um comportamento psicologicamente culposo, mas de reagir a um ato objetivamente disforme a um padrão de conduta diligente, um agir no qual se infere um rebaixamento de certo nível comportamental. O sujeito que possui um comportamento disforme a estes cânones será responsabilizado, mesmo que tenha feito o máximo para evitar o dano.⁴³

Não muito distante, Cavalieri Filho⁴⁴ traz o termo dever de cuidado objetivo, no qual a conduta culposa está justamente ligada à infração desse dever. Ao trazer a definição desse dever, o autor assegura que a conduta de um indivíduo deve ser pautada em uma cautela, para evitar danos a bens jurídicos de terceiros.

O agente tem a pretensão de praticar um ato lícito, porém, a falta de diligência em sua ação provoca um ato ilícito, um dano involuntário, porém previsto ou previsível. É o que o autor chama de erro de conduta, posto que o agente visou um fim lícito, entretanto, sua inadequada conduta originou um dano.⁴⁵

Nota Antunes Varella que essa modalidade de culpa abarca as situações em que falta aquela intenção, porém não há como evitar a censura por tal comportamento. A imprevisibilidade de um dano, portanto, requer um juízo de reprovação na medida em que a constituição de um dano requer a sua reparação, por mais leve que seja essa culpa.⁴⁶

⁴¹ FARIAS, Cristiano Chaves de Farias. **Curso de Direito Civil**. 1 ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 211 e 212

⁴² FARIAS, Cristiano Chaves de Farias. **Curso de Direito Civil**. 1 ed. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 211 e 212

⁴³ *Ibidem*, *Loc. Cit.*

⁴⁴ FILHO, Sergio Cavalieri. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 34

⁴⁵ *Ibidem*, *Loc. Cit.*

⁴⁶ Antunes Varella *apud* GOMES, Luiz Roldão de Freitas. A responsabilidade civil subjetiva e objetiva no novo Código Civil. **Aspectos Controvertidos do novo Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 455

Percebe-se, portanto, que a culpa em sentido estrito possui basicamente três elementos: a) conduta voluntária com resultado involuntário; b) previsão ou previsibilidade; e c) falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção.

A falta de cautela, por fim, surge através da imprudência, negligência ou imperícia. A primeira é a falta de cautela, o agir precipitado por conduta comissiva; a negligência é a falta de cuidado, o descaso por conduta omissiva, isto é, exigia-se do agente uma ação, porém ele não o fez; a imperícia, por fim, é a escassez de uma habilidade técnica no exercício de uma atividade a qual exige do seu agente tal habilidade. Sua identificação pode ser por uma ação ou omissão⁴⁷.

Após a construção desse capítulo, faz-se necessário fazer a seguinte indagação: haveria a possibilidade de um indivíduo, agindo de boa-fé, objetivando um resultado lícito, tomando as cautelas necessárias para uma decisão e ainda assim gerar um prejuízo a outrem, ser responsabilizado culposamente pela sua conduta? À luz das teorias aqui expostas, sobretudo sob o critério objetivo de culpa, nos parece positiva essa resposta.

O interesse, porém, seria questionar se não há ressalvas a esse instituto. Seria essa culpa decorrente de “violação objetiva de um parâmetro pré-fixado” necessariamente geradora de responsabilidade? Vale dizer, há possibilidade de flexibilização dessa regra em situações onde o risco seja um fator inerente e natural de uma decisão? A conclusão desse questionamento será posteriormente estudada neste trabalho.

⁴⁷ STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 184 e 185

3. PODERES E RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR DA LIMITADA

O administrador é um membro importante para o funcionamento de uma sociedade empresária. A sua atuação representa os pilares para alcançar os objetivos para os quais a sociedade foi criada. Os administradores procuram estabelecer diretrizes para atuação de mercado, organizam seus recursos para execução dos planos previamente estabelecidos e controlam as operações necessárias à concretização do objeto social. Enfim, adotam medidas para se atingirem os altos níveis de eficiência da empresa.

Neste capítulo serão analisados os poderes e as responsabilidades do administrador da sociedade limitada. Ademais, para uma melhor compreensão do tema, serão expostos breves exames acerca da conceituação da sociedade limitada, bem como da respectiva legislação aplicável.

3.1 NOÇÕES GERAIS DE SOCIEDADE LIMITADA

É certo afirmar que a Sociedade Limitada é amplamente difundida, sendo a mais comum das formas societárias existentes no Brasil. A simplicidade, a flexibilidade e o baixo custo⁴⁸ (relativo) para a sua implantação tornam a sociedade limitada a mais procurada forma societária no país, dentre as pequenas e médias iniciativas⁴⁹.

Ives Gandra Martins Filho realiza um breve apanhado histórico apontando para o Direito Inglês a origem das sociedades limitadas, o qual denominou de *companies limiteds*. A sua formatação originária apresentava semelhanças com as sociedades anônimas, embora fossem notadamente mais simplificadas, limitando a responsabilidade dos sócios à sua participação no capital social, conforme os *Companies Acts* de 1844, 1855, 1856 e 1857. Entretanto, continua o autor, o modelo atual de sociedade limitada recebeu maior influência do Direito alemão, em 1892, quando instituiu as *Gesellschaften mit beschraenkter Haftung*, a qual estimulou “as empresas de indivíduos mais do que de capitais, atribuindo àqueles a limitação de responsabilidade própria destas”.

No cenário brasileiro, por sua vez, o Decreto n. 3.708, de 10 de janeiro de 1919, foi o primeiro diploma a disciplinar as sociedades por quotas de responsabilidade limitada no Brasil, recebendo direta influência da legislação francesa de 1863 e pela lei portuguesa de 1901.⁵⁰

A Sociedade Limitada é a atividade empresarial desempenhada por dois ou mais sócios, que cooperam com moeda ou bens avaliáveis em dinheiro para formação do capital social e do patrimônio inicial da sociedade. A responsabilidade dos sócios é restrita ao valor do capital social: os sócios respondem no limite dos valores integralizados no capital social⁵¹, como observado no seguinte artigo do Código Civil:

Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.⁵²

⁴⁸ BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 13 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 130

⁴⁹ As sociedades limitadas são responsáveis por mais de 90% das sociedades empresárias e não empresárias no Brasil. TOMAZETTE, Marlon. **Direito Societário**. 2 ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 156

⁵⁰ MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. As Sociedades Empresárias. **O Novo Código Civil – Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003, p. 870-871.

⁵¹ TOMAZETTE, Marlon. **Direito Societário**. 2 ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 159.

⁵² http://www.dji.com.br/codigos/2002_lei_010406_cc/010406_2002_cc_1052_a_1054.htm

Neste sentido, Fábio Ulhoa Coelho⁵³ lembra que a principal obrigação do sócio, ao assinar o contrato social, é de investir nesta sociedade. A principal proposta na formação de uma sociedade é justamente a obrigação de disponibilizar recursos para facilitar a execução do negócio que desejam explorar.

Dessa forma, o autor ressalta a importância de os sócios acordarem, durante a formação da sociedade, o montante de recursos necessários à implantação da empresa, bem como o *momento* em que esses recursos deverão ser entregues à sociedade - seja no momento da assinatura do contrato social ou posteriormente.⁵⁴

Além dos recursos, a formação da sociedade é também o momento para definir a distribuição de capital entre os sócios. Procura-se aqui determinar as quotas para cada um dos sócios, sendo estas o montante pelo qual o sócio se compromete a subscrever junto ao capital social⁵⁵.

Endossando a tese sustentada, Adalberto Simão Filho complementa afirmando que a quota é um bem móvel e direito pessoal do sócio. É possível se falar, ainda, de reflexos patrimoniais sobre esse direito de crédito, porquanto há percepção de lucros oriundos da atividade comercial da sociedade, bem como na participação da partilha quando a sociedade passa por um processo de liquidação.⁵⁶

Ademais, Ricardo Fiuza conclui que a divisão das quotas podem ocorrer de forma igual ou desigual, como demonstrado abaixo:

As quotas podem ser divididas de modo igualitário, isto é, quando todos os sócios sejam titulares do mesmo número de quotas, ou de modo desigual, quando algum sócio possua um número de quotas superior àquelas pertencentes aos demais, apresentando-se este, assim, como sócio majoritário ou controlador. Se as quotas da sociedade limitada forem repartidas igualmente entre os sócios, nessa situação, temos a divisão do capital em quotas iguais. Contudo, se um sócio detiver maior quantidade de quotas do que os demais, então, nesse caso, a divisão das quotas será desigual.⁵⁷

Vale registrar que o artigo acima aponta a responsabilidade dos sócios como limitada à integralização do capital social. Ou seja, caso um dos sócios não integralize a sua

⁵³ COELHO, Fábio Ulhoa. **A Sociedade Limitada no Novo Código Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 1-2.

⁵⁴ *Ibidem*, *Loc. Cit.*

⁵⁵ ABDALA, Vantuil. As Sociedades Limitadas. **O Novo Código Civil – Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003, p. 887-889.

⁵⁶ SIMÃO FILHO, Adalberto. **A Nova Sociedade Limitada**. Barueri: Manole, 2004, p. 104.

⁵⁷ Ricardo Fiuza *apud* ABDALA, Vantuil. As Sociedades Limitadas. **O Novo Código Civil – Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003, p. 888.

correspondente cota, os demais responderão solidariamente pela integralização em questão.

Vale lembrar que esta solidariedade entre os sócios ocorre como uma garantia em face de credores da sociedade, pois em situações como, por exemplo, falência, os credores poderão exigir de qualquer dos sócios a integralização do capital para efeitos de penhora⁵⁸.

Nota-se, dessa forma, que a responsabilidade dos sócios é limitada, porém susceptível de flexibilização quando o capital não estiver totalmente integralizado. “Assim, se algum sócio não integralizar a sua cota, todos os demais responderão, de forma solidária e subsidiária, pela respectiva integralização”⁵⁹.

3.2 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À SOCIEDADE LIMITADA

Até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a limitada era regida pelo Decreto 3,708, de 10 de janeiro de 1919. Alvo de diversas críticas, essa lei de 1919 pecava pela falta de conteúdos fundamentais à sociedade limitada⁶⁰, de modo que as omissões eram tratadas pelo Código Comercial de 1850 e pela Lei de Sociedades Anônimas (LSA).

O surgimento do CC02, entretanto, trouxe significativa mudança às Sociedades Limitadas. As matérias acerca dessa forma societária passaram a serem regidas pelos seus arts. 1.052 a 1.087. Além disso, o novo ordenamento ainda prevê a aplicação supletiva da regras da sociedade simples ou da anônima em casos de omissão legislativa da sociedade anônima (art. 1.053).

A escolha pela LSA para regência supletiva, contudo, está sujeita a contratualidade da matéria, isto é, apenas se concretizará mediante previsão no contrato social; caso

⁵⁸ BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 13 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 124 e 125

⁵⁹ *Ibidem*, p. 125

⁶⁰ Na Lei das Limitadas de 1919 encontrava-se “regras relativas à formação do nome empresarial, proibição de sócio de indústria, responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, responsabilidade do sócio-gerente, delegação de poderes de gerência, retirada do sócio dissidente, responsabilidade dos sócios por deliberações contrárias à lei ou ao contrato social e algumas outras de eficácia nenhuma. Como se pode perceber dessa pequena lista, grande parte das relações internas e externas da sociedade limitada não se encontrava disciplinada na lei de 1919 (...) nas matérias atinentes à constituição ou dissolução, era pelo Código Comercial de 1850”. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 2: sociedades**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.377

contrário, as omissões serão regidas pelas normas de sociedade simples, independente de previsão no contrato social⁶¹.

Tal remissão à lei das sociedades simples, todavia, gera um certo desconforto doutrinário, haja vista que essas sociedades não se dirigem à uma atividade empresarial, o que se revela um verdadeiro “contra-senso em buscar nas sociedades simples soluções para as sociedades limitadas”⁶².

3.3 ADMINISTRAÇÃO DA SOCIEDADE LIMITADA

A administração da sociedade limitada era denominada de gerência, pela legislação anterior ao Código Civil de 2002. Atualmente, a administração é comumente chamada de diretoria. Esta, por sua vez, consiste em um órgão da sociedade limitada, composta por uma ou mais pessoas físicas, com a função de administrar a empresa, no plano interno, e manifestar os interesses da pessoa jurídica no seu plano externo.⁶³

Os administradores serão identificados no contrato social ou em ato apartado, no qual serão escolhidos mediante o *quórum* de deliberação, conforme o instrumento de designação, podendo ele ser sócio ou não.⁶⁴

Quanto aos poderes do administrador, o contrato social disporá sobre os seus limites. Na ausência desses, os diretores terão amplos poderes para atuar, desde que tais atos entejam em conformidade com o objeto social da sociedade, além da limitação contida no art. 1.015 do CC 2002 de vedar a oneração e alienação de bens imóveis.⁶⁵

Irineu Maiani, de forma mais precisa, procura desdobrar os poderes do administrador em duas espécies: comuns e especiais. A primeira decorre do simples fato de ser administrador. Salvo restrição contratual, os poderes comuns são para consecução dos atos normais de administração, quais sejam, por exemplo, os atos relativos ao objeto social, admitir, demitir empregados, etc.

⁶¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 2: sociedades**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.377 e 378

⁶² Marlon Tomazette aponta a sociedade anônima como a mais adequada à remissão, porquanto a mesma é que melhor coaduna com a natureza das atividades desenvolvidas na limitada. TOMAZETTE, Marlon. **Direito Societário**. 2 ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 159

⁶³ COELHO, Fábio Ulhoa. **A Sociedade Limitada no Novo Código Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003, p. 49.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 50.

⁶⁵ LUCENA, José Waldecy. **Das Sociedades Limitadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 416-419.

Os poderes especiais, por outro lado, apenas ocorrem mediante outorga expressa, ultrapassando os limites das normas de gestão ou administração. Nesta esteira, o autor ainda divide os poderes especiais em três espécies: a) “outorga geral ou *por matéria* e que o contrato ou ato constitutivo *não proíbe*, por exemplo, prestar fiança e aval”; b) outorga específica, isto é, o poder para concretização do ato decorre de uma prévia decisão dos sócios – por exemplo, a oneração ou venda, salvo se constituir objeto da sociedade; c) outorga *vetada*, ou seja, atos terminantemente proibidos até mesmo com a prévia decisão dos sócios – por exemplo, operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade. Neste caso, é facultada à sociedade a exclusão da sua responsabilidade perante terceiros, conforme o art. 1.015, parágrafo único, III do CC/2002.⁶⁶

Outro palco iluminado é a possibilidade da sociedade ser administrada por pessoa jurídica. Adriana Ribeiro Koser, com a finalidade de evitar qualquer equívoco interpretativo, nota que a administração da sociedade limitada não pode ser exercida por pessoa jurídica. O tema já era bastante controverso na legislação anterior e, com o Código Civil de 2002, a restrição tomou maiores contornos. A autora ressalta que o art. 1.060 do novo diploma legal prevê que a administração da limitada será exercida por sócio ou não sócio, não havendo, portanto, menção expressa à pessoa jurídica para atuação como administrador.

A indefinição legal acima mencionada, continua a autora, apenas reforça a tese de manter restrita a atuação da administração às pessoas físicas sócias ou não sócias. Segundo Koser, percebe-se, ainda, uma tendência das Juntas Comerciais do país em acatar essa interpretação restritiva na medida que o tema não é pacífico na doutrina, além de encontrar maior respaldo na disposição legal.⁶⁷

3.3.1 Natureza Jurídica da Relação Entre o Administrador e a Sociedade

⁶⁶ MARIANI, Irineu. Responsabilidade Civil dos Sócios e dos Administradores de sociedades empresárias (à luz do novo Código Civil). **Revista dos Tribunais**, Ano 94, v. 834. São Paulo, 2005, p. 62-63.

⁶⁷ KOSER, Adriana Ribeiro. Administração da Sociedade Limitada no Novo Código Civil: Possibilidade do seu exercício por pessoa jurídica. **Novos Nomes em Direito Civil – Volume 1**. Salvador, 2004, p. 37-41.

As ações tomadas em nome da sociedade em face de terceiros são comumente chamadas pela doutrina e pela própria lei de *representação legal*. Essa representação opera-se pela exteriorização de vontade das pessoas jurídicas, através da figura dos administradores, para constituição de direitos e obrigações à sociedade.

Essa opção terminológica, todavia, traz certo desconforto doutrinário, porquanto o termo *representação*, na relação entre administrador e sociedade, não propriamente assemelha-se à do representante. A figura do administrador, à luz da crítica doutrinária, radica-se com melhor precisão perante o termo *presentante legal*, “porque lhe incube tornar presente a vontade da sociedade empresária”⁶⁸. As medidas tomadas pela diretoria da pessoa jurídica são apenas a execução da vontade desta.

Nesse sentido, não há representação legal uma vez que a pessoa jurídica não é incapaz. Daí a forte tendência doutrinária de afirmar que a figura da diretoria é *presentante* da limitada, como já pregava Pontes de Miranda em suas lições:

Quando o órgão da pessoa jurídica pratica o ato, que há de entrar no mundo jurídico como ato da pessoa jurídica, não há representação, mas apresentação. O ato do órgão entra, no mundo jurídico, como ato da pessoa, que é o órgão, ou das pessoas que compõem o órgão. Entra no mundo jurídico como ato da pessoa jurídica, porque o ato do órgão é ato seu. Ainda há apresentação, e não representação, conforme já aprofundamos no Tomo I, se a pessoa física ou o órgão da pessoa jurídica pratica o ato, através de mensageiro ou de aparelho automático.

O pagamento é ato-fato jurídico. Não se precisa de outorga de poder de representação para que alguém efetue pagamento que outrem devia efetuar (outrem, devedor ou terceiro, arts. 930 e 931). O terceiro, que paga, sem ser interessado, e o faz ‘em nome e por conta do devedor’, não representa, - é nuncio, ou órgão. Se representa, tal representação é *plus*, elemento supérfluo. O banco que paga a dívida do cliente, por ordem desse, adimple a ordem de pagamento; não representa o cliente, salvo se tem de assinar por ele a quitação. Não há representação para especificar; nem para tomar posse de coisa, nem para fazer livro, estátua, ou pintar quadro, nem achar coisa perdida; nem para abandonar posse; nem para abandonar propriedade imobiliária.⁶⁹

Corroborando com a afirmação acima, Marlon Tomazetti nota o equívoco de usar o termo *representação legal* ou *convencional* para qualificar a natureza jurídica entre o administrador e a sociedade, já que a pessoa jurídica não é um incapaz. Além disso, continua o autor, não há uma relação de subordinação entre eles, uma vez que a função do órgão à sociedade é essencial para a manutenção da mesma. Dessa forma,

⁶⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 2: sociedades**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.459.

⁶⁹ MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado, Parte Geral, Tomo 3**. 2 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954, p.233

se não há uma relação de subordinação, não há em que se falar também de mandato, tendo em vista a independência inerente ao exercício do administrador.⁷⁰

Fábio Ulhoa Coelho, lembra que de fato existe uma relação de subordinação, embora seja completamente diferente dos moldes da relação de emprego. Afirma o autor que há uma subordinação societária, de órgão para órgão, porém não se configura como uma subordinação pessoal, típica de uma relação de emprego.⁷¹

Posicionamento semelhante segue, também, o Tribunal Superior do Trabalho, como observado:

TST Enunciado nº 269: **Empregado Eleito para Ocupar Cargo de Diretor - Contrato de Trabalho - Relação de Emprego - Tempo de Serviço.** O empregado eleito para ocupar cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço deste período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego.⁷²

Parece mais correto entender, portanto, que a concepção organicista é a que melhor amolda à natureza jurídica da relação entre o administrador e a sociedade. Isso por que os administradores são órgãos ou representantes da sociedade, “na medida em que o ato praticado por eles dentro dos seus poderes é um ato da própria sociedade. Seus poderes decorrem da lei e são um consectário da existência da própria companhia.”⁷³

Esse posicionamento traz consequências, por exemplo, em situações como a incapacidade ou a morte do administrador. Não haverá prejuízos à existência e validade dos atos praticados por este, vez que tais atos são ações da sociedade, apenas expressados pela figura do administrador.⁷⁴

3.3.3 Nomeação e Destituição dos Administradores

⁷⁰ TOMAZETTE, Marlon. A teoria da aparência e as sociedades. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XII, n. 65, jun 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6153>. Acesso em 02 out 2014.

⁷¹ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 2: sociedades**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 464

⁷² Disponível em: <http://www.dji.com.br/normas_inferiores/enunciado_tst/tst_0269.htm>. Acesso em 02 set 2014.

⁷³ TOMAZETTE, Marlon. *Op. Cit.*

⁷⁴ TOMAZETTE, Marlon,. **Direito Societário**. 2 ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 176

O órgão responsável pela administração da sociedade limitada é chamado de Diretoria. Esta pode ser formada por uma ou mais pessoas físicas, bem como por pessoas jurídicas as quais serão designadas no contrato social ou em ato apartado. A sua escolha ocorrerá mediante maioria societária qualificada, resultando na alteração do instrumento de designação (contrato social ou ato apartado).⁷⁵

Em caso de o sócio ser indicado administrador, o mesmo deverá ser eleito por três quartos dos sócios titulares do capital para ser designado no contrato social (art. 1076, I), ou pela metade dos representantes do capital social, caso seja nomeado em ato apartado⁷⁶.

Com o Código Civil de 2002, a dinâmica de gestão da sociedade limitada é modificada com a expressa nomeação de terceiros estranhos ao quadro social para Diretoria da pessoa jurídica, possibilitando, assim, a profissionalização da gestão. Para tanto, a indicação de não sócio para o exercício da administração carecerá de ser eleito pela unanimidade dos sócios, caso o capital social não ~~estiver~~ esteja inteiramente integralizado, ou por dois terços dos sócios, após sua completa integralização, independentemente do instrumento utilizado⁷⁷.

O mandato dos administradores pode ser por prazo indeterminado ou determinado. Caso opte pela segunda, o mandato será renovado ou escolhido um substituto quando vencido o prazo. De qualquer sorte, os administradores poderão ser destituídos a qualquer momento, haja vista que os mesmos exercem uma posição de confiança dos sócios.

A destituição do administrador-sócio nomeado no contrato social ocorrerá mediante o quórum correspondente a, no mínimo, dois terços do capital social, salvo disposição diversa no contrato social, como estabelece o art. 1.063, § 1º do CC/02. O administrador não-sócio, designado no contrato social, será destituído pelo mesmo quórum responsável pela alteração do contrato social, qual seja, três quartos do capital social, como previsto nos arts. 1.071, V e 1.076, I.

⁷⁵ BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 13 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 131 e 132

⁷⁶ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 2: sociedades**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.452

⁷⁷ TOMAZETTE, Marlon. *Op. Cit.*, p. 177

Situação diversa ocorre se o administrador, seja ele sócio ou não, for nomeado em ato separado do contrato social. Nos termos dos arts. 1.071, III e 1.076, II, o administrador designado em ato separado será destituído pela maioria do capital social.

Ademais, a diretoria pode apresentar mais de um membro. Nessas circunstâncias, o contrato social deve deixar expresso se essas pessoas têm poderes individuais de representação ou se exige atuação em conjunto para cumprimento de uma obrigação. A clareza das condições de investidura assegura a terceiros a validade das suas obrigações perante a sociedade.⁷⁸

3.3.4 Responsabilidades do Administrador

A atividade dos administradores, conforme o art. 1011 do Código Civil de 2002 (aplicado de forma complementar às limitadas, nos termos do art. 1.053 do mesmo código) é pautada nos deveres de diligência, lealdade e cuidado, os quais delimitam os parâmetros de desempenho dos diretores da limitada. A inobservância a esses deveres resulta, conseqüentemente, na sua responsabilização.⁷⁹

Preliminarmente, cabe pontuar que atuar com diligência significa observar “os preceitos da tecnologia da administração de empresas, fazendo o que esse conhecimento recomenda, e deixando de fazer o que ele desaconselha. O paradigma do administrador diligente é o gestor com competência profissional”⁸⁰. Não se fala, assim, de um critério objetivo para observância dos deveres de diligência - como, por exemplo, a realização de um curso superior de administração de empresa -, porém se manter informado das técnicas e conhecimentos gerenciais são importantes para uma manutenção saudável do empreendimento.

Cumprir o dever de lealdade, por sua vez, denota uma observância aos costumes gerais de honestidade. Não é possível aproveitar-se de informações privilegiadas para

⁷⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 2: sociedades**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.453

⁷⁹ ERNLUND, Daniela Ballão. **A Responsabilidade dos Sócios, Gerentes e Administradores nas Sociedades Empresárias Perante o Novo Código Civil**. Revista de Direito Empresarial, N.2 – Julho/Dezembro 2004, p.53

⁸⁰ COELHO, Fábio Ulhoa. *Op. Cit.*, p.454

se beneficiar, ou beneficiar a terceiros, em prejuízo da sociedade. “Não pode, também, utilizar-se de recursos humanos e materiais da empresa para propósitos particulares. Não pode, finalmente, concorrer com a sociedade, ou envolver-se em negócios, quando presente virtual conflito de interesses”.⁸¹

Como demonstrado anteriormente, o Código Civil de 2002 inovou significativamente no que tange à responsabilidade civil do administrador. Surgiu a possibilidade de responsabilização do administrador não-sócio, isto é, o administrador não sócio poderá ser responsabilizado civilmente pelos seus atos, responsabilidade que antes era restrita aos sócios. Luiz Delgado afirma, entretanto, que essas inovações limitou a liberdade contratual e impôs uma maior reponsabilidade pela prática de seus atos.⁸²

Adalberto Simão Filho, por sua vez, elenca as principais situações de responsabilidade pessoal do administrador:

- a) Responsabilidade pessoal e solidária com a sociedade pelos atos que praticar antes de requerer a averbação, no órgão registrário, do instrumento de nomeação para a função de administrador quando esta tenha sido feita em separado ao contrato social (art. 1.012);
- b) Responsabilidade pelas perdas e danos com a sociedade quando o administrador realizar operações em desacordo com a vontade da maioria (art. 1.103, parágrafo 2º);
- c) Responsabilidade solidária perante a sociedade e os terceiros prejudicados quando tenham os administradores agido com culpa no desempenho das suas funções (art. 1.016);
- d) Responsabilidade por prejuízos decorrentes da aplicação de créditos ou bens sociais em proveito próprio ou de terceiros, devendo restituí-los à sociedade com todos os lucros resultantes (art. 1.017);
- e) Sanções quando os administradores tomem parte em deliberações, nas quais tenham interesse contrário à sociedade (parágrafo único do art. 1.017);
- f) Responsabilidade ilimitada ao administrador sócio quando aprovar expressamente deliberar com infração do contrato ou da lei (art. 1.080);
- g) Responsabilidade solidária e ilimitada dos administradores quando, após a dissolução da sociedade, praticarem novas operações em nome dela (art. 1.036);
- h) Distribuição de lucros ilícitos ou fictícios, gerando a responsabilidade solidária dos administradores que a realizaram e dos sócios que os receberam quando conheciam ou deviam a ilicitude do fato (art. 1.009).⁸³

^{81 81} COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 2: sociedades**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.455

⁸² O autor cita legislações que já previam a responsabilidade objetiva e pessoal do administrador não-sócio, tais como O Código Tributário Nacional (art. 135, III), a Lei Antitruste (Lei 8.884/94, arts. 20 e 23) e o Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 75. DELGADO, Mário Luiz. **A Responsabilidade Civil do Administrador Não- Sócio. Questões Controvertidas no Novo Código Civil – Série Grandes Temas de Direito Privado – Vol. 2**. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 308.

⁸³ SIMÃO FILHO, Adalberto. **A Nova Sociedade Limitada**. Barueri: Manole, 2004, p. 161-162.

Nesse contexto, a sociedade limitada é responsável, via de regra, pelas obrigações e atos de gestão realizadas pela figura do administrador. Contudo, essa regra comporta exceções, quando o administrador atua de forma culposa ou há violação da lei ou estatutária.

A culpa e o dolo desvirtuam o ato praticado, dando ao mesmo uma finalidade diversa daquela que o interesse social exigia; o ato, que devia satisfazer a todos, passa a representar vantagem para quem o praticou ou para terceiros, havendo, em consequência, prejuízo para a sociedade. Por outro lado, violando a lei ou o estatuto, o administrador estará agindo além dos poderes e atribuições que a lei lhe confere, donde os atos que tal caso praticar serem de sua responsabilidade pessoal, não da sociedade⁸⁴.

Nesse diapasão, ocorre a aplicação da teoria do ato *ultra vires*⁸⁵, o qual os atos praticados além dos limites da representação - ou apresentação, conforme os ensinamentos de Pontes de Miranda - serão nulos, havendo a responsabilização pessoal do administrador por tais atos.⁸⁶

Impende notar que o Código Civil de 2002 trouxe um novo entendimento quanto a responsabilização do administrador. Anterior a este código, os atos praticados pelos administradores eram analisados à luz da teoria da aparência: a pessoa jurídica era responsabilizada exclusivamente pelas ações dos administradores. Priorizava-se, dessa forma, a proteção dos interesses dos terceiros de boa-fé que contratavam com as sociedades.

E a sociedade se vincula por tais atos? A sociedade terá responsabilidade perante os terceiros, e posteriormente responsabilizará o administrador que extrapolou seus poderes? Ou a responsabilidade será exclusiva dos administradores? Entendia-se antes do advento do Código Civil de 2002 que as meras restrições contratuais aos poderes de gerência não são oponíveis perante terceiros de boa-fé, uma vez que não se pode obrigar que os terceiros toda vez que forem contratar com a sociedade, examinem o seu contrato social, para verificar os exatos limites dos poderes de gerência. A dinâmica

⁸⁴ Fran Martins *apud* ERNLUND, Daniela Ballão. **A Responsabilidade dos Sócios, Gerentes e Administradores nas Sociedades Empresárias Perante o Novo Código Civil**. Revista de Direito Empresarial, N.2 – Julho/Dezembro 2004, p.53

⁸⁵ O surgimento da *ultra vires doctrine* coincide com a criação, na Inglaterra, do sistema de liberdade de constituição para as sociedades por ações. A partir de 1856, a personalização das companhias e a limitação da responsabilidade dos acionistas passou a depender, no direito inglês, não mais de específico ato de outorga do poder real ou parlamentar, mas apenas do registro perante a repartição pública competente. O documento constitutivo, registrado, delimitava o objeto da sociedade. Para os atos relacionados à atividade econômica abrangida no objeto social, vigoravam os efeitos do registro, isto é, a personalidade jurídica próprias da sociedade e a limitação da responsabilidade dos acionistas. COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 2: sociedades**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.459 e 460

⁸⁶ DIAS, Rui Belford. **A Responsabilidade dos Administradores e as Alterações Promovidas no Âmbito da Responsabilidade Civil no Novo Código Civil, de uma Forma Geral**. Revista de Direito Mercantil, n. 128 – Out.- Dez 2002, p.152

das relações contratuais, aliada à proteção da boa-fé, impõe a aplicação da teoria da aparência, para vincular a sociedade.⁸⁷

O Código Civil de 2002 trouxe, também, no capítulo referente às sociedades simples, uma norma *inspirada* nos atos *ultra vires*, estabelecendo que “a prática de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade pode ser oposta ao credor como excesso de poderes do administrador (art. 1.015, parágrafo único, III)”⁸⁸. Dessa forma, nota-se que os atos não relacionados ao objeto social não poderão ser vinculados à pessoa jurídica.

Confere-se pois, uma interpretação um pouco distinta da teoria *ultra vires* em seu molde original. Havia, nesta teoria, o reconhecimento da *nulidade* do ato excessivo praticado pelo gestor. Entretanto, o art. 1.015 do Código Civil não prevê necessariamente a nulidade do ato, mas sim a isenção do cumprimento da obrigação pela sociedade. Ou seja, os atos praticados pelo gestor que extrapolem os limites do objeto social poderão gerar oposição da sociedade em face de terceiros.⁸⁹

Desse modo, admite-se, pelo ordenamento pátrio, a proteção das sociedades pelos atos abusivos praticados pelo seu administrador. Procura-se, assim, oferecer à sociedade a faculdade de não adimplir um compromisso assumido pelo seu representante durante a sua gestão, recaindo sobre o administrador a responsabilidade pela sua conduta. Tal posicionamento, como visto anteriormente, encontra lastro no art. 1.015 do Código Civil, bem como influência da doutrina *ultra vires societatis*.

De fato, o dispositivo merece algumas críticas. Marlon Tomazette lembra que esse posicionamento se opõe à tendência mundial de proteção dos terceiros de boa-fé e também não abarca a intensidade e celeridade pelas quais as empresas concretizam suas negociações no panorama contemporâneo.

O autor, a princípio, alerta que tal teoria prejudica a própria sociedade, uma vez que haverá a necessidade de analisar o contrato da sociedade, afim de verificar a extensão dos poderes dos administradores. Em um cenário de intensas negociações entre empresas, a investigação a respeito do status de todos os documentos necessários,

⁸⁷ TOMAZETTE, Marlon. **Direito Societário**. 2 ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004, p. 180

⁸⁸ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 2: sociedades**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.461

⁸⁹ SIMÃO FILHO, Adalberto. **A Nova Sociedade Limitada**. Barueri: Manole, 2004, p. 104.p. 152-158.

inviabilizará o andamento célere da transação. Além disso, a discussão acerca do ato está ou não dentro do objeto social apenas tende a prejudicar a sociedade.

Em razão disto, continua o autor, há um entendimento hoje no sentido de garantir a boa-fé de terceiros em face de meras restrições contratuais, “uma vez que não se pode obrigar que os terceiros toda vez que forem contratar com a sociedade examinem o contrato social da mesma, para verificar os exatos limites dos poderes de gerência.”⁹⁰

Cumpra, por ora, assentar que os administradores das limitadas não são responsabilizados pessoalmente pelos atos pertinentes à gestão da sociedade e contraídos em proveito desta. Respondem, contudo, segundo a legislação vigente, pelas violações de leis, do contrato social ou pelas ações provenientes do excesso de poder sempre que *“a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade; for conhecida por terceiros ou se se tratar de ato estranho ao objeto social”*⁹¹.

Pois bem, diante dessas considerações, merece especial atenção o art. 1.016 do referido código, o qual prevê responsabilidade solidaria do administrador perante a sociedade e os terceiros prejudicados quando o mesmo age com culpa.

Art. 1.016. Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções.⁹²

Nesse sentido, cabe ainda lembrar que, se a administração for ocupada por mais de uma pessoa, todas elas serão solidariamente responsáveis perante os demais sócios e terceiros, pelos seus atos ilícitos culposos. Também merece referência a expressão “culpa”, empregada pelo artigo, na medida em que a mesma abarca tanto o sentido estrito da culpa - imprudência, negligência e imperícia - quanto do dolo.⁹³

⁹⁰ TOMAZETTE, Marlon. As Sociedades Simples no Novo Código Civil. **Jus Navigandi**, a.7, n.62, Teresina, fev.2003. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/3691/as-sociedades-simples-no-novo-codigo-civil/2#ixzz33uKoVn6c>> Acessado no dia 03/06/2014

⁹¹ DELGADO, Mário Luiz. A Responsabilidade Civil do Administrador Não- Sócio. **Questões Controvertidas no Novo Código Civil – Série Grandes Temas de Direito Privado – Vol. 2**. São Paulo: Editora Método, 2004, p. 310

⁹² http://www.dji.com.br/codigos/2002_lei_010406_cc/010406_2002_cc_1010_a_1021.htm

⁹³ WIERZCHÓN, Silvana Aparecida. Aspectos relevantes do direito de empresa à luz do Novo Código Civil. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 2008, XI, n. 52. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2700&revista_caderno=8>. Acesso em 5 out 2014.

Gladston Mamede conclui afirmando que o art. 1.016 compreende a responsabilidade civil em sua regra mais clássica, qual seja, a subjetiva. Há, nesse sentido, a necessidade de remeter o tema ao regime geral da responsabilidade civil, regressando, portanto, aos arts. 186 e 927 do CC/2002. Confere-se, como abordado no capítulo anterior, a necessidade do autor da demanda comprovar a coexistência entre o dano, nexos causal, a ilicitude e a culpa para responsabilizar o agente.⁹⁴

Nesse sentido, é atribuída ao administrador da sociedade (sócio ou não) a responsabilidade pelos atos que praticar, cabendo a sua responsabilidade pessoal por todos os atos que causem prejuízos à sociedade.

3.3.4.1 Responsabilidade do Administrador pelas Obrigações Tributárias

Um tema bastante controverso decorre da responsabilidade do administrador pelas dívidas tributárias. Nesta seara, o art. 135, III do CTN, estabelece que o administrador é pessoalmente responsabilizado pelos créditos referentes a obrigações tributárias, se seus atos foram eivados de excesso de poderes, decorrentes de infração a lei, contrato social ou estatutos.

Art. 135 do CTN - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:
III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.⁹⁵

Percebe-se que a responsabilização é subjetiva, porquanto há a necessidade do elemento culpa ou dolo na ação do administrador. Isto demonstra que nem toda inadimplência tributária ocasionará responsabilidade tributária.⁹⁶

Paulo Ulhoa Coelho destaca situações como inadimplemento e sonegação fiscal. Na primeira, a empresa não dispõe de numerário para adimplir as dívidas fiscais. A sonegação, por seu turno, há o montante financeiro para o pagamento do tributo, mas

⁹⁴ MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro volume 2 - direito societário: sociedades simples e empresárias**. São Paulo: Atlas, 2004, p. 145-146.

⁹⁵ http://www.dji.com.br/codigos/1966_lei_005172_ctn/134a135.htm

⁹⁶ CALMON, Eliana. **Responsabilidade Tributária e Penal dos Administradores**. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 14, n. 2, p. 107-231, Jul/Dez. 2002 Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/publicacao seriada/index.php/informativo/article/viewFile/227/223> >

o administrador o destina para coisa diversa. O autor acredita que há aplicação do art 135, III do CTN somente nos casos de sonegação.

O administrador é responsável tributário pelas obrigações da sociedade limitada quando esta possuía o dinheiro para o recolhimento do tributo, mas aquele o destinou a outra finalidade, como antecipação de lucro, pagamento de pro labore aos sócios, aplicações financeiras. Não haverá, porém, responsabilidade se o inadimplemento da obrigação tributária decorreu da inexistência de numerário no caixa da sociedade, por motivo não imputável à gerência.⁹⁷

Em outras palavras, o mero inadimplemento das obrigações tributárias não configura infração legal, impossibilitando a responsabilização do administrador na ausência de provas que comprovem a ilegalidade nos atos por ele praticados ou o descumprimento das estipulações do contrato social. Assim, com o inadimplemento do tributo, o administrador não será responsabilizado por mera falta de caixa ou insuficiência de bens da empresa para a cobertura do débito. Tal posicionamento tem suporte jurisprudencial, como é observado abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA DO SÓCIO GERENTE. ALEGAÇÃO DE NÃO PAGAMENTO DO TRIBUTO E APARENTE INSUFICIÊNCIA DE BENS DA EMPRESA. IMPOSSIBILIDADE DE EXTENSÃO DA INDISPONIBILIDADE DOS BENS.

1. A jurisprudência desta Corte assente, no sentido de que "O redirecionamento da execução fiscal, e seus consectários legais, para o sócio-gerente da empresa, somente é cabível quando reste demonstrado que este agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, ou na hipótese de dissolução irregular da empresa". 2. A Primeira Seção desta Corte, por ocasião do julgamento do REsp 1104900/ES, Rel. Min. Denise Arruda, no sistema do novel art. 543-C do CPC, trazido pela Lei dos Recursos Repetitivos, pacificou o entendimento já adotado por esta Corte. 3. Agravo regimental não provido.⁹⁸

Ademais, cabe apontar a súmula 430 do STJ com posicionamento semelhante, como segue:

Súmula 430: O inadimplemento da obrigação tributária pela sociedade não gera, por si só, a responsabilidade solidária do sócio-gerente⁹⁹

Assim, e em conclusão, os administradores das limitadas podem responder pelas obrigações tributárias se essas decorrerem de infração de lei, contrato social ou do

⁹⁷ COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 2: sociedades**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p.457

⁹⁸https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=5514064&sReg=200802001857&sData=20090623&sTipo=5&formato=PDF

⁹⁹http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=s%FAmula+430&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO

excesso de poder. O simples inadimplemento, contudo, não faz azo à responsabilização, como estabelecido pela doutrina e jurisprudência.

4 A BUSINESS JUDGMENT RULE

O instituto da responsabilização do administrador certamente não se exime ao ordenamento pátrio. Em verdade, esse tema é bastante discutido e disseminado em diversos outros países, dentre eles os Estados Unidos, onde essas discussões ocorrem com maior vigor em razão da sua dimensão e maturidade econômica.

Nos EUA, esse instituto é uma matéria há muito analisado pelos seus juristas e julgadores. A responsabilização do administrador é amplamente tratada pelas premissas da *Business Judgment Rule* (ou regra da decisão empresarial), decorrente de uma evolução jurisprudencial vista desde o século XIX.

Apesar das controvérsias e debates que cercam a sua definição pela doutrina norte-americana, pode-se afirmar que a *business judgment rule* é uma doutrina construída pelos tribunais norte-americanos a fim de proteger os administradores das decisões por eles tomadas em nome da empresa.

Douglas Branson explica que, apesar do termo “rule”, a *business judgment rule* não é, propriamente dita, uma regra no seu sentido imperativo do termo, vez que não

apresenta uma norma obrigatória a qual os administradores devem seguir. Ao contrário, essa regra configura-se como um padrão de revisão judicial (*standard of judicial review*), o qual sugere uma sucinta avaliação das decisões negociais.

O autor afirma ainda que, alternativamente –como será apresentado mais adiante–, a *business judgment rule* pode ser também denominada de padrão de não-revisão (*standard of non-review*) do mérito de uma decisão empresarial.¹⁰⁰

As decisões empresariais exigem do conselho de administração a realização de julgamentos sobre o futuro das corporações. Como o futuro é incerto, os diretores não podem ser mantidos a um nível que os sujeitariam a uma responsabilidade pessoal pelas decisões que acabam causando prejuízos. A *business judgment rule* permite que os diretores assumam calculados riscos empresariais sem medo de incorrer em responsabilidade pessoal. A regra atinge o seu fim impedindo que os tribunais revisem as decisões de mérito empresariais tomadas com o devido cuidado e com base na crença de boa fé que as decisões serviram os melhores interesses da corporação. (tradução livre)¹⁰¹

Elizabeth Nowicki¹⁰² contextualiza melhor o tema: a autora afirma que as corporações não são necessariamente administradas pelos seus titulares, porém por diretores que não possuem as titularidades destas. Há, portanto, uma relação fiduciária entre os diretores e a corporação/acionistas, na qual aqueles obedecem a exigentes padrões de conduta a fim de que atuem pelo melhor interesse da empresa.

Entretanto, continua Nowicki, a história tem demonstrado diversas situações em que o gestor, apesar dos exigentes padrões de conduta, atuou em desconformidade com a posição de confiança que lhe foi garantida e, assim, originou prejuízos cruciais às corporações.¹⁰³

Lori McMillan lembra, ainda, que diante de um cenário de crescentes escândalos corporativos e frequentes crises financeiras decorrentes de negligência administrativa,

¹⁰⁰BRANSON, Douglas M. The Rule that Isn't a Rule – The Business Judgment Rule. **Valparaiso University Law Review**. 2002, v. 36, p. 630. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=346080%20> Acesso em: 04 set. 2014.

¹⁰¹"Business decisions require boards to make judgments about the future of corporations. Because the future is uncertain, directors cannot be held to a standard that would subject them to personal liability for decisions that turn out badly. The business judgment rule allows boards to take calculated business risks without fear of incurring personal liability. The rule accomplishes this end by preventing courts from reviewing the substantive merits of business decisions made with due care and based on a good-faith belief that the decisions would serve the corporation's best interests." FURLOW, Clark W. Good Faith, Fiduciary Duties, and the Business Judgment Rule in Delaware. **Utah Law Review**. 2009, n° 3, p. 1083

¹⁰²NOWICKI, Elizabeth. Corporate Governance, Director Liability, and Good Faith. **Washington & Lee School of Law**. 2007, p. 2. Disponível em: <http://works.bepress.com/elizabeth_nowicki/1>. Acesso em: 07 set. 2014.

¹⁰³*Ibidem*, Loc. Cit.

é preciso diferenciar e conseqüentemente afastar a responsabilidade pessoal dos administradores que agiram conforme os ditames legais e éticos na tomada de suas decisões.

Em outras palavras, a *business judgment rule*, segundo o autor, procura proteger os administradores pelas suas decisões pautadas na boa-fé, mesmo que essas revelem-se posteriormente desastrosas.¹⁰⁴

Um pouco mais além, Júlio César de Lima Ribeiro afirma que essa regra procura dirimir a responsabilidade da decisão tomada pelo administrador caso “foram prolatadas sem conflito de interesses (entre administrador e sociedade); respeitaram um procedimento de tomada da(s) decisão (ões) (devidamente informado); e se revelaram racionais.”¹⁰⁵

Nesse sentido, como também expõe Stephen M. Bainbridge, essa regra enseja uma presunção de que as decisões tomadas pelos administradores foram eivadas de boa-fé, fundamentadas em informações, as quais os mesmos racionalmente acreditam representar os melhores interesses da sua companhia.¹⁰⁶

Justifica-se a adoção da *business judgment rule* pelos seguintes motivos:

- a) mesmo os administradores mais diligentes são capazes de tomar decisões que, julgadas posteriormente, podem parecer negligentes por terem causado danos à sociedade;
- b) a assunção de riscos é inerente às decisões empresarias;
- c) seria prejudicial à própria sociedade que as decisões tomadas pelos administradores pudessem ser constantemente questionadas pelos sócios; e
- d) os juízes, por não possuírem experiência empresarial, não estão aptos a substituir os administradores em sua função de gestão dos negócios sociais.¹⁰⁷

Nesse diapasão, Pedro Caetano Nunes aponta alguns motivos subjacentes à regra. Primeiro afirma que a análise de mérito das decisões gerenciais realizadas pelos juízes poderiam se revelar desastrosas em razão da sua falta de formação específica

¹⁰⁴MCMILLAN, Lori. The Business Judgment Rule as an Immunity Doctrine. **William & Mary Business Law Review**. 2013, v.4, p. 521. Disponível em: < <http://scholarship.law.wm.edu/wmblr/vol4/iss2/5>>. Acesso em: 04 set. 2014.

¹⁰⁵RIBEIRO, Júlio César de Lima. A Transposição da *Business Judgment Rule* para o regime da Responsabilidade Civil de Administradores em Portugal e no Brasil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.937, 2013, p. 393.

¹⁰⁶BAINBRIDGE, Stephen M. The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine. **Law & Economics Research Paper Series**. 2003, p. 6 e 7. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=429260>. Acesso em: 04 set. 2014.

¹⁰⁷PARENTE, Flávia. **O Dever de Diligência dos Administradores de Sociedades Anônimas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 72-73.

na área de gestão empresarial. Ademais, uma análise do mérito realizada posteriormente à decisão pode ser mal compreendida se comparada com os seus resultados. Uma decisão malsucedida, assim, pode ser compreendida como uma ótima decisão no momento de sua criação.¹⁰⁸

O autor ainda cita a ausência de modelos de comportamento satisfatoriamente definidos para a atividade profissional de gestão empresarial. Essa carência dificulta no momento de avaliação da razoabilidade das decisões, bem como no exercício de defesa dos administradores quando os resultados das suas decisões se revelam negativas.¹⁰⁹

Nesta senda, a diminuição de responsabilidade do gestor possibilita a tomada de decisões mais arriscadas pelo mesmo, o que, eventualmente, causará maiores lucros à empresa. Percebe-se, portanto, que o *business judgment rule* tem como motivação garantir maior eficiência à gestão empresarial.¹¹⁰

4. 1 DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

Como mencionado acima, a *business judgment rule* tem sua origem em meados do século XIX oriunda dos tribunais estadunidenses. No decorrer da história até o seu estágio atual, essa regra foi sendo desenvolvida e aprimorada pela doutrina norte-americana e “por institutos ligados a uniformização e ao estudo do direito societário naquele país, bem como em litígios judiciais ocorridos, sobretudo, no estado do *Delaware* – onde há a maior concentração das *public companies* do país”.¹¹¹

Apesar de ser de longa data, a *business judgment rule* é pouco entendida pela comunidade jurídica em seu país de origem. Henry Manne, em seu clássico artigo, afirmou que essa regra é “one of the least understood concepts in the entire corporate

¹⁰⁸ Pedro Caetano Nunes *apud* ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as ações correlatas**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.130.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p.130.

¹¹⁰RIBEIRO, Júlio César de Lima. A Transposição da *Business Judgment Rule* para o regime da Responsabilidade Civil de Administradores em Portugal e no Brasil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.937, 2013, p. 394

¹¹¹*Ibidem*, *Loc. Cit.*

field”, na medida em que esta foi estudada por diversos doutrinadores e juízes e ainda assim não foi desvendada por completo.¹¹²

Lori Mcmillan, não muito diferente, procura identificar alguns das causas dessa incerteza. A princípio, o autor atribui isso à falta de consenso entre as cortes e às complexas transações pelas quais as empresas estão envolvidas. Noutras palavras, além das divergências jurisprudenciais, os intrincados instrumentos financeiros utilizados pelas corporações são dificilmente compreendidos pela grande maioria da população, inclusive pelos magistrados durante a análise do mérito.¹¹³

O autor ainda aponta a tensão interna existente entre os diretores e acionistas das empresas. Há um interesse, segundo Mcmillan, em manter a responsabilidade pessoal do administrador pelas decisões realizadas em nome da empresa.¹¹⁴

Percebe-se, então, que a *business judgment rule* é um tema ainda não totalmente compreendido, apesar da sua longa história nos Estados Unidos. Tanto os tribunais, quanto o complexo ambiente empresarial movido por constantes inovações não contribuem para uma definição uníssona da regra.

Ademais, o tema ainda é alvo de divergências por diversos personagens, desde os juízes pela inabilidade de analisar substancialmente as complexas decisões corporativas, aos acionistas que desejam incluir os seus administradores no rol de responsáveis pelas suas decisões adotadas.

A aplicação dessa regra, todavia, encontra essa imprecisão na margem atribuída aos tribunais para análise do mérito das decisões. A consequência disso está nas duas principais correntes de pensamento que permeiam a aplicação da regra: a *abstention doctrine* e a *standart of liability*.¹¹⁵

¹¹²MANNE, Henry G. Our Two Corporation Systems: Law and Economics. **Virginia Law Review**. 1967, v.53, p. 263. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1071435?uid=2&uid=4&sid=21104738088957>>. Acesso em: 04 set. 2014.

¹¹³MCMILLAN, Lori. The Business Judgment Rule as an Immunity Doctrine. **William & Mary Business Law Review**. 2013, v.4, p. 526. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmblr/vol4/iss2/5>>. Acesso em: 04 set. 2014.

¹¹⁴MCMILLAN, Lori. The Business Judgment Rule as an Immunity Doctrine. **William & Mary Business Law Review**. 2013, v.4, p. 526. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmblr/vol4/iss2/5>>. Acesso em: 04 set. 2014.

¹¹⁵RIBEIRO, Júlio César de Lima. A Transposição da *Business Judgment Rule* para o regime da Responsabilidade Civil de Administradores em Portugal e no Brasil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.937, 2013, p. 394

A princípio, Júlio Ribeiro define a *abstention doctrine* como uma corrente na qual a revisão do mérito de uma decisão judicial é apenas realizada pelo tribunal em situações especiais, tais como constatada a ilicitude ou em decorrência de falha grave no processo de tomada de decisões.¹¹⁶

Stephen Bainbridge nota que a *abstention doctrine* procura evitar a análise do mérito das decisões empresariais, salvo se o acionante –supostamente o acionista da corporação- provar que o diretor violou gravemente a boa-fé. Em outras palavras, essa doutrina suscita uma presunção de não revisão das decisões gerenciais pelo judiciário.¹¹⁷

Dessa forma, essa corrente adota um posicionamento significativamente favorável ao administrador, dado a impossibilidade de análise do mérito da decisão empresarial pelos tribunais, salvo grosseira violação da boa-fé.

Adotada em diversas decisões judiciais nas cortes estadunidenses, a *abstention doctrine* é acentuada no emblemático caso *Shlensky v. Wrigley*, como revelado abaixo:

A resposta que os tribunais dão para tais demandas é que não é a sua função resolver questões de política e gestão de negócios para as corporações. Os diretores são escolhidos para passar sobre tais questões e seu julgamento, a menos que mostrado para ser maculada com a fraude, é aceito como final. [...] Em uma pura concepção empresarial os diretores têm autoridade para conduzir os negócios da empresa de maneira absoluta, se agirem conforme a lei. O tribunal, dessa forma, estará sem autoridade para substituir o julgamento realizado pelos diretores. Essa posição não quer dizer que essa decisão dos administradores foi a correta. Isso está além da nossa competência e capacidade. Estamos basicamente afirmando que a decisão foi tomada pelos diretores e que os motivos alegados na queixa não revelaram nenhuma fraude, ilegalidade ou conflito de interesses por partes dos mesmos.¹¹⁸

¹¹⁶RIBEIRO, Júlio César de Lima. A Transposição da *Business Judgment Rule* para o regime da Responsabilidade Civil de Administradores em Portugal e no Brasil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.937, 2013, p. 395

¹¹⁷BAINBRIDGE, Stephen M. The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine. **Law & Economics Research Paper Series**. 2003, p. 8. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=429260>. Acesso em: 04 set. 2014.

¹¹⁸The response which courts make to such applications is that it is not their function to resolve for corporations questions of policy and business management. The directors are chosen to pass upon such questions and their judgment unless shown to be tainted with fraud is accepted as final. [...] In a purely business corporation the authority of the directors in the conduct of the business of the corporation must be regarded as absolute when they act within the law, and the court is without authority to substitute its judgment for that of the directors. By these thoughts we do not mean to say that we have decided that the decision of the directors was a correct one. That is beyond our jurisdiction and ability. We are merely saying that the decision is one properly before directors and the motives alleged in the amended complaint showed no fraud, illegality or conflict of interest in their making of that decision. Disponível em: <http://www.businessentitiesonline.com/Shlensky_v_Wrigley.pdf> Acesso em: 04 set. 2014.

Como observado, os tribunais não procuram tratar as circunstâncias pelas quais as decisões foram tomadas. Isso cabe apenas aos diretores, que são os mais adequados para aferir uma decisão diante do complexo ambiente empresarial. A exceção ocorre, entretanto, quando o procedimento decisivo é eivado de ilegalidade, conflito de interesses ou fraude por parte dos envolvidos.

De forma mais precisa, Lyman Johnson aponta que, sob essa corrente, a regra do *Business Judgment Rule* gera uma presunção de boa-fé ao diretor, constituindo o ônus da prova ao acionante que protestar a decisão do administrador. Ou seja, há a necessidade do reclamante comprovar a violação dos deveres fiduciários pelo diretor para sua responsabilização pessoal.¹¹⁹

Nesse cenário, segundo o autor, duas situações procedimentais podem acontecer: se o acionante não evidenciar qualquer violação do dever fiduciário do administrador, a regra será aplicada para proteger o mesmo pela sua decisão; em sentido diverso, caso o autor da demanda demonstre a violação de qualquer dos deveres pelo autor da ação judicial, a regra da *Business Judgment Rule* será afastada e o ônus da prova recairá sobre o acionado.¹²⁰

Entretanto, foi no caso *Smith v. Van Gorkom* que a corrente a *abstention doctrine* ganhou maior destaque quando o judiciário ianque decidiu pela exclusão da regra por uma falha grave no procedimento de tomada da decisão, como exposto abaixo:

O caso Van Gorkom é importante porque sustenta que a decisão do conselho de recomendar a fusão não foi fruto de uma avaliação devidamente informada e investigada. Os tribunais consideraram que a ação do conselho foi feita sem aviso prévio, sem a devida consideração, sem suporte da sua equipe, sem informações do valor adequado e sem uma compreensão completa dos termos do acordo de fusão. Como resultado, foi negada aos diretores a proteção da *business judgment rule*. O tribunal focou sua decisão em como os diretores, sobretudo Van Gorkom, chegaram ao valor de US \$ 55 por cada quota acionária. Supostamente, não teria sido o valor de US\$ 55 se os diretores fizessem uma razoável e adequada avaliação empresarial realmente adequada à oferta. Já que o Caso Van Gorkom trata de uma fusão empresarial, a função da Corte seria a de monitorar o objetivo de determinados tipos de ofertas de fusão, nomeadamente as ofertas precipitadas e decididas em curto espaço de tempo. Olhando desta forma, a decisão se enquadra facilmente com a jurisprudência recente do Delaware¹²¹

¹¹⁹ JOHNSON, Lyman. The Modest Business Judgment Rule. **The Business Lawyer**. 2002, v. 55, p. 627. Disponível em: < <http://www.jstor.org/stable/40687937>>. Acesso em: 04 set. 2014.

¹²⁰JOHNSON, Lyman. The Modest Business Judgment Rule. **The Business Lawyer**. 2002, v. 55, p. 627. Disponível em: < <http://www.jstor.org/stable/40687937>>. Acesso em: 04 set. 2014.

¹²¹The Van Gorkom case is important because it holds that the board's decision to recommend the merger was not the product of informed business judgment. The courts found the board's action was

Constata-se, portanto, que a corrente da *abstention doctrine* não confere uma liberdade plena aos administradores. A aplicação da regra estadunidense não se aplica de forma desenfreada a fim de proteger o administrador a qualquer custo. O caso Van Gorkom claramente segue essa corrente, dado que o diretor responsável pela fusão agiu de forma negligente ao não se informar adequadamente às tratativas da transação.

R. Franklin Balotti e James J. Hanks, todavia, dizem ser desnecessária a criação de uma doutrina para atribuir o ônus ao reclamante quando este ônus já existia.¹²²

A *standart of liability*, por outro lado, garante maior margem para um exame do mérito da decisão. Isto é, a simples comprovação, pelo demandante, da violação de um dos três deveres fiduciários pelo administrador, tais como atuação de má-fé ou negligência grosseira, resultaria no afastamento do *business judgment rule* e consequente responsabilidade do gestor.¹²³

Para melhor compreensão do tema, é preciso, de antemão, explicar em que consiste a Tríade dos Deveres Fiduciários¹²⁴. É certo afirmar que essa *triad* envolve o conjunto de deveres para os quais o administrador de uma corporação deve atentar durante a sua gestão, vale dizer, o dever de cuidado, boa-fé e lealdade.

Clark Furlow facilita a compreensão afirmando que o dever de lealdade é *o que* os diretores procuram atingir – o melhor interesse da empresa, cita ele; o dever de cuidado seria *como* eles atuariam para atingir esse objetivo – similar ao cuidado que um homem comum e prudente apresentaria diante de circunstâncias parecidas; e a

taken without notice, without adequate consideration, without supporting staff work, without adequate valuation information, and without a complete understanding of the terms of the merger agreement. As a result, the directors were denied the protection of the business judgment rule. The court focused on how the directors, and particularly Van Gorkom, arrived at the \$55 per share figure. Presumably, the \$55 amount would not have been questioned had the directors made a reasonably proper business judgment as to the adequacy of the \$55 offer. Since Van Gorkom essentially is a takeover case, the court's function is to monitor the target's response to certain types of takeover bids, namely "rush" offers with short time fuses. Seen in this light, the decision fits easily with the other recent Delaware decisions. HARTMANN, Charles J.; ROGERS, Pamela Gayle. The Influence of Smith v. Van Gorkom on Director's and Officer's Liability. **The Journal of Risk and Insurance**. 1991, v. 58, p. 528. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/253407>>. Acesso em: 05 set. 2014.

¹²²BALOTTI, R. Franklin; HANKS, James J. Rejudging the Business Judgment Rule. **The Business Lawyer**. 1993, v. 48, p. 1340. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/40687428>>. Acesso em: 04 set. 2014.

¹²³RIBEIRO, Júlio César de Lima. A Transposição da *Business Judgment Rule* para o regime da Responsabilidade Civil de Administradores em Portugal e no Brasil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.937, 2013, p. 394-395

¹²⁴Triad of fiduciary duties

Boa-fé, a qual expõe o estado de mente (*state of mind*) do diretor que opera em conformidade com o seu dever de lealdade.^{125_126}

Não é demais salientar que os naturais destinatários desses deveres são os próprios administradores, em razão da sua condição de gestores do patrimônio social. As empresas, por sua vez, podem ser consideradas os sujeitos tutelados pelos *fiduciary duties*, posto que essas serão as principais prejudicadas pela inobservância desses deveres. Um diretor, por exemplo, que executa um negócio em nome da empresa objetivando um ganho pessoal, incorrerá na violação do dever de lealdade e, conseqüentemente, prejudicará diretamente a empresa.

Carlos Klein Zanini ressalta, ainda, que os destinatários dos *fiduciary duties* não se limitam apenas aos administradores. O autor, absorvendo na fonte da doutrina estadunidense, acrescenta os acionistas majoritários como destinatários de tais deveres, quando se trata de sociedades de capital. Ou seja, há uma extensão dos deveres fiduciários aos acionistas quando estes têm acentuada ingerência na companhia.¹²⁷

Nesse sentido, uma decisão devidamente informada e em conformidade com os interesses da empresa não resultará na responsabilidade do diretor, isto é, este será amparado pelo *business judgment rule*. Por outro lado, caso o demandante queira refutar a decisão negocial, buscando, assim, estender a responsabilidade ao diretor, o acionante precisará demonstrar que o gestor violou os deveres fiduciários de boa-fé, lealdade e devido cuidado.¹²⁸

¹²⁵FURLLOW, Clark W. Good Faith, Fiduciary Duties, and the Business Judgment Rule in Delaware. **Utah Law Review**. 2009, No. 3, p.1063. Disponível em: <<http://epubs.utah.edu/index.php/ulr/article/viewArticle/249>>. Acesso em: 07 set. 2014

¹²⁶Elizabeth Nowicki, discorrendo de forma mais clara sobre dever de boa-fé em um contexto empresarial, afirma que “good faith definitions include some common themes, such as demanding honesty, lack of ill-intentions, fairness, full disclosure, sincere attempts to honor an obligation. [...] includes the obligation to protect the interests of the person being served or to use all of one’s “power, influence, and skill” to serve one’s principal [...] in the best interests of the shareholders”. NOWICKI, Elizabeth. Corporate Governance, Director Liability, and Good Faith. **Washington & Lee School of Law**. 2007, p. 12. Disponível em: <http://works.bepress.com/elizabeth_nowicki/1>. Acesso em: 07 set. 2014.

¹²⁷ZANINI, Carlos Klein. A Doutrina dos “Fiduciary Duties” no Direito Norte-Americano e a Tutela das Sociedades e Acionistas Minoritários Frente aos Administradores das Sociedades Anônimas. **Revista de Direito Mercantil – Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, 1998, n. 109, p. 140-141.

¹²⁸MCMILLAN, Lori. The Business Judgment Rule as an Immunity Doctrine. **William & Mary Business Law Review**. 2013, v.4, p. 530-531. Disponível em: <<http://scholarship.law.wm.edu/wmblr/vol4/iss2/5>>. Acesso em: 09 set. 2014.

O tema é melhor retratado no emblemático caso *Cede & co. v. Technicolor, inc.*, como demonstrado abaixo:

Para refutar a regra, o acionista autor da demanda assume o ônus da prova de demonstrar as evidências de que o diretor, no momento da tomada da decisão, violou um dos deveres fiduciários—boa-fé, lealdade ou devido cuidado. Caso o acionista demandante falhar em demonstrar essas evidências, a *business judgment rule* será aplicada afim de proteger o(s) director(es), bem como sua(s) decisão(ões), e a nossa corte não irá “second-guess” as decisões tomadas por eles. Por outro lado, caso a regra seja refutada, a presunção do ônus da prova muda para os diretores acionados, aqueles que tomaram a questionada decisão gerencial, para provar que a transação foi fundada na “entire fairness” e em favor da sociedade.¹²⁹

Essa corrente, entretanto, é criticada por Stephen Bainbridge, o qual alerta para o fato do *standart of liability* oferecer maior margem de sindicância ao mérito da decisão pelo tribunal. Isso, conforme o autor, seria um retrocesso posto que essa análise, através de juízes tecnicamente aquém de conhecimentos técnico-negociais, poderia influenciar negativamente a atuação do diretor e, conseqüentemente, a própria regra.

Bainbridge ainda questiona o risco dessa corrente diminuir a inovação e, sobretudo, a tomada de decisões arriscadas, dado que a revisão judicial, à posteriori e com elementos que, à época, eram desconhecidos pelo diretor, causaria uma equivocada interpretação da decisão gerencial.¹³⁰

Para melhor compreensão do tema, as duas correntes se diferenciam quanto ao limite da sindicabilidade do mérito da decisão do administrador pelo julgador. Isto é, a margem de análise da decisão gerencial pelo judiciário influenciará na adoção de estratégias mais -ou menos- arriscadas pelo administrador.¹³¹

Dessa forma, o *business judgment rule* pode ser interpretada pela *standart of liability*, na qual o tribunal realiza uma análise objetiva do mérito da decisão tomada pelo

¹²⁹“To rebut the rule, a shareholder plaintiff assumes the burden of providing evidence that directors, in reaching their challenged decision, breached any one of the triads of their fiduciary duty—good faith, loyalty or due care. If a shareholder plaintiff fails to meet this evidentiary burden, the business judgment rule attaches to protect corporate officers and directors and the decisions they make, and our courts will not second-guess these business judgments. If the rule is rebutted, the burden shifts to the defendant directors, the proponents of the challenged transaction, to prove to the trier of fact the “entire fairness” of the transaction to the shareholder plaintiff.”
http://www.leagle.com/decision/1993979634A2d345_1976

¹³⁰BAINBRIDGE, Stephen M. The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine. **Law & Economics Research Paper Series**. 2003, p. 12-13. Disponível em: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=429260>. Acesso em: 04 set. 2014.

¹³¹RIBEIRO, Júlio César de Lima. A Transposição da *Business Judgment Rule* para o regime da Responsabilidade Civil de Administradores em Portugal e no Brasil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.937, 2013, p. 395-396

diretor; ou a regra também pode ser explicada como um princípio de abstenção, segundo o qual a corte se recusa a revisar as decisões do gestor, desde que condições prévias sejam atendidas.¹³²

4.2 CENÁRIO ATUAL DO *BUSINESS JUDGMENT RULE*

Diversas foram as tentativas de regular e unificar a regra no judiciário estadunidense¹³³, entretanto, o *Principles of Corporate Governance* (PCG)¹³⁴, criada pela *American Law Institute* (ALI)¹³⁵, é o regramento mais estimado pelos estudiosos e tribunais daquele país, posto que melhor estabelece “as principais bases de delimitação dos elementos para a aplicação da regra”¹³⁶.

Publicado em 1994, o PCG foi criado com o intuito de reunir os principais princípios referentes à *corporate law*, bem como uma tentativa de unificar a legislação societária no país. Esse regramento, nesse sentido, disciplina uma série de elementos do mundo

¹³² *Ibidem, Loc. Cit*

¹³³Franklin Balotti e James Hanks apontam os três principais regramentos acerca do *business judgment rule*, quais sejam, *Delaware Corporate Law* – baseado em casos jurisprudenciais; o *Model Business Corporation Act* (MBCA) – criado pela *American Bar Association* (ABA); e o *Principles of Corporate Governance* (PCG) – criada pela *American Law Institute* (ALI). BALOTTI, R. Franklin; HANKS, James J. Rejudging the Business Judgment Rule. **The Business Lawyer**. 1993, v. 48, p. 1337-1339. Disponível em: <<http://www.jstor.org/stable/40687428>>. Acesso em: 15 set. 2014.

¹³⁴Fazem-se curiosos os comentários de Marcelo Adamek quando diz “De fato, a partir dos anos 1980, estudiosos e profissionais norte-americanos reuniram-se e prepararam, sob os auspícios do *American Law Institute*, o documento que viria a ser oficialmente adotado e promulgado em 13 de maio de 1992, denominado *Principles of corporate governance*, no qual foram consolidadas regras, práticas e providências de boa administração, tendentes a fazer com que a gestão das companhias abertas seja mais objetiva, transparente e tenha em conta os interesses dos investidores. Apoiada sobre o conceito de “agency”, essa corrente de pensamento busca revalorizar o poder jurídico dos acionistas nas sociedades, a fim de permitir o melhor sancionamento da *performance* dos dirigentes. Esse movimento, é claro, suscitou reações diversas e variadas não só nos Estados Unidos da América, como também mundo afora.” ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as ações correlatas**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.116.

¹³⁵“The ALI is perhaps the most elite group of lawyers in the United States. Selected from the ranks of distinguished scholars and practitioners, the Institute is best known for drafting “Restatements of the Law” in various areas. These Restatements provide lawyers and judges with carefully formulated descriptions of the law and traditionally have served as authoritative guides for both legal briefs and judicial opinions.” MACEY, Jonathan R. The Transformation of the American Law Institute. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**. 1993, p. 1216. Disponível em: <http://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1604>. Acesso em: 15 set. 2014.

¹³⁶RIBEIRO, Júlio César de Lima. A Transposição da *Business Judgment Rule* para o regime da Responsabilidade Civil de Administradores em Portugal e no Brasil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.937, 2013, p. 400.

corporativo, entre eles os deveres e responsabilidade dos gestores e, sobretudo, sobre a *business judgment rule*.¹³⁷

Segundo o PCG, mais precisamente na Seção 4.01, o administrador tem sua atuação vinculada ao cumprimento do *duty of care* (dever de cuidado), de forma a acreditar que sua atuação está alinhada aos melhores interesses da empresa; e com o *due care* (devido cuidado) que um homem comum teria em situações semelhantes.¹³⁸

Júlio Ribeiro, de forma mais cirúrgica, assevera que esse dever de cuidado é dividido pela doutrina em quatro subdeveres: dever de monitorar (*duty to monitor*); dever de informar-se (*duty of inquiry*); dever de comportar-se razoavelmente durante o processo de formação da decisão; e o dever de tomar decisões razoáveis.¹³⁹

A codificação do *business judgment rule*, por sua vez, é vista na Seção 4.01, alínea c, na medida em que prevê uma decisão conforme o dever de cuidado quando: (1) não houver interesse pessoal na decisão; (2) estiver devidamente informado a fim de que seja a escolha mais acertada diante das circunstâncias; e (3) racionalmente acreditar que a decisão tomada foi a melhor para a empresa.

Seguindo o raciocínio acima, não há que se falar em violação do dever de cuidado caso a conduta do diretor siga os critérios acima mencionados. Se o demandante, todavia, comprovar a violação desses critérios, a *business judgment rule* será afastada e o gestor responderá pelas suas decisões.¹⁴⁰

A sindicância da decisão, portanto, é respaldada na razoabilidade do processo durante a tomada da decisão e na própria razoabilidade da decisão, posto que “se o *diretor* realmente acreditar que sua decisão está de acordo com os melhores interesses da *corporation* e essa crença for racional, o dever, para efeito de aplicação da *business judgment rule*, estará cumprido.”¹⁴¹

¹³⁷ *Ibidem*, p. 397.

¹³⁸EISENBERG, Melvin Aron. An Overview of the Principles of Corporate Governance. **Berkeley Law Scholarship Repository**. 1993, p. 1280-1281. Disponível em: <<http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs/2024>>. Acesso em: 18 set. 2014.

¹³⁹RIBEIRO, Júlio César de Lima. *Loc. Cit.*, p. 398.

¹⁴⁰KNOWLES, Marjorie Fine; FLANNERY, Colin. The ALI Principles of Corporate Governance Compared with Georgia Law. *Mercer Law Review*. 1995, v.47, p. 18. Disponível em: <<http://www2.law.mercer.edu/lawreview/getfile.cfm?file=47101.pdf>>. Acesso em: 18 set. 2014.

¹⁴¹RIBEIRO, Júlio César de Lima. A Transposição da Business Judgment Rule para o regime da Responsabilidade Civil de Administradores em Portugal e no Brasil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.937, 2013, p. 400.

A *business judgment rule*, para conclusão desse capítulo, tem sua origem na jurisprudência norte-americana e sua aplicação pautada no sentido de limitar, nos tribunais, a sindicância das decisões tomadas pelos administradores. Nesta senda, os tribunais procuram evitar a análise do mérito das decisões gerenciais, de modo que foquem a sua atenção, diante das circunstâncias do caso concreto, no procedimento pela qual foi tomada esta decisão.

Esse processo decisório, por sua vez, deve observar os deveres fiduciários inerentes na atividade do administrador, em especial o dever de diligência e boa-fé. Sendo essa decisão imune de interesses pessoais, devidamente informada e assumida na honesta crença de estar atendendo aos melhores interesses da empresa, revelam-se, portanto, os requisitos necessários para aplicação da regra e, conseqüentemente, exclusão da responsabilidade do administrador.

Há, diante dessa linha de raciocínio, a constatação de que a *business judgment rule* seria um desdobramento do próprio sistema de responsabilidade civil dos administradores.¹⁴²

¹⁴² ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as ações correlatas**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.131.

5 APLICAÇÃO DA REGRA À RESPONSABILIDADE CIVIL DO ADMINISTRADOR

Como abordado anteriormente, a atividade do administrador de empresas é fundamental para a manutenção e desenvolvimento de um empreendimento. Sua atividade voltada à implantação de diretrizes, organização de recursos e execução de planos são importantes para atingir altos índices de eficiência da empresa.

Como principal função do gestor, a tomada de decisões é considerada uma das ações mais importantes da sociedade. Esta é designada como um processo de identificação de problemas e planejamento, bem como a análise de alternativas e seus possíveis índices de eficiência. Em outras palavras, uma decisão consiste em sopesar as vantagens e desvantagens de cada alternativa para, ao final, escolher àquela que melhor contribuirá para o desempenho da empresa.¹⁴³

Um dos fatores que mais contribuem para o processo decisório é a incerteza. Essa pode ser definida no meio empresarial como uma estimativa do grau de risco à realização de resultados futuros. Desse modo, admite-se que o risco decorre da incerteza de se antever os resultados futuros.

Nesse meio de incertezas, o processo de tomada de decisão se torna algo desafiador para o administrador, na medida que exige habilidades gerenciais que resultem em vantagens competitivas para a empresa. Daí a necessidade de desenvolver tais habilidades a fim de fortalecer a sua capacidade analítica de identificação e solução de problemas. Esse processo de decisão, portanto, se apresenta como uma tarefa

¹⁴³ MARY, Mychella. **A importância da tomada de decisão.** Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/negocios/a-importancia-da-tomada-de-decisao/57388/>> Acesso em: 15 out. 2014.

árdua para o gestor, vez que são várias as nuances a serem analisadas nesse complexo ambiente organizacional.¹⁴⁴

Não é despidendo, portanto, fazer menção à Renato Ventura Ribeiro ao afirmar que “a decisão do administrador nada mais é do que uma opção, dentre duas ou mais possibilidades, na qual se deve decidir pelo melhor da sociedade, calculando-se o risco e a possibilidade de retorno”.¹⁴⁵

Percebe-se, dessa forma, que o poder e discricionariedade dos administradores são fundamentais para o desempenho de suas funções. No entanto, também é preciso vislumbrar determinados limites na atuação do gestor, sobretudo quando esse extrapola a razoabilidade de seus poderes.

É neste cenário que o regime da responsabilidade civil do administrador adentra a discussão. A princípio, o tema é tratado pela sua regra geral, conforme os arts. 927 e 186 do CC/2002 e em dispositivos especiais, variando para cada espécie societária.

No que cabe à sociedade limitada, o art. 1.016 do CC/2002 prevê responsabilidade solidaria do administrador perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho das suas funções. O gestor, portanto, responde pessoalmente pelos prejuízos causados quando atua com culpa, aplicando subsidiariamente o regime geral de responsabilidade civil, como abordado no capítulo três deste trabalho.

Questiona-se aqui se o art. 1.016 do CC/2002 teria um caráter rígido ou se haveria a possibilidade de uma interpretação diferenciada, de modo que permita uma exclusão da responsabilidade civil do administrador.

Verifica-se, então, oportunidade para tratar o tema foco dessa monografia, qual seja, a aplicação do *business judgment rule* à responsabilidade civil do administrador na sociedade limitada.

Como visto no capítulo anterior, a *business judgment rule* é uma regra de origem estadunidense a qual suscita a possibilidade de exclusão da responsabilidade do

¹⁴⁴ PORTO, Maria Alice. **Tomadas de Decisão nas Organizações**. Disponível em: <<http://www.artigos.com/artigos/sociais/administracao/tomadas-de-decisao-nas-organizacoes-3412/artigo/#.VE69IPIdXXU>> Acesso em: 15 out. 2014.

¹⁴⁵ Renato Ventura Ribeiro apud RIBEIRO, Júlio César de Lima. A Transposição da Business Judgment Rule para o regime da Responsabilidade Civil de Administradores em Portugal e no Brasil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.937, 2013, p. 427.

administrador pelas decisões que revelaram-se mal sucedidas e causaram prejuízos à sociedade empresária.

Dessa noção conceitual, questiona-se a possibilidade de aplicação da regra ianque à responsabilidade do administrador na sociedade limitada. Ou seja, o regime das limitadas prevê a responsabilidade pessoal do administrador quando a sua decisão traz prejuízos à sociedade limitada através de uma conduta culposa. A proposta, então, seria abordar esse dispositivo com uma interpretação à luz do *business judgment rule*.

Imaginando uma resposta afirmativa, isto é, havendo a possibilidade de interpretar a responsabilidade dos administradores na limitada, o tema, ainda assim, encontra naturalmente outros questionamentos quanto as hipóteses de aplicação. Surgem dúvidas, então, em quais tipos de decisões tomadas pelos diretores serão alvo da *business judgment rule*.

De logo, vale registrar que esse questionamento foi abordado pelo autor brasileiro Júlio César de Lima Ribeiro em seu artigo “A Transposição da Business Judgment Rule para o regime da Responsabilidade Civil de Administradores em Portugal e no Brasil”. Neste artigo, o autor realiza uma análise importante da margem de aplicação da regra no ordenamento pátrio, sobretudo pela Lei de Sociedades Anônimas.

Para melhor compreensão do debate posteriormente abordado neste trabalho, cabe, entretanto, aproximar-se do entendimento oferecido por Júlio Ribeiro acerca da margem de aplicação da regra, uma vez que a sua mitigação quanto as espécies de deveres dos administradores e suas respectivas violações será de real importância para o nosso estudo.

5.1 OS DEVERES DOS ADMINISTRADORES NA SOCIEDADE ANÔNIMA E AS MARGENS DE APLICAÇÃO DA *BUSINESS JUDGMENT RULE* À LUZ DA DOUTRINA DE JÚLIO CÉSAR DE LIMA RIBEIRO¹⁴⁶

¹⁴⁶ Como apontado nos parágrafos anteriores, esse subcapítulo procura abordar o posicionamento doutrinário de Júlio César de Lima Ribeiro quanto as hipóteses de aplicação do *business judgment rule* na responsabilidade do administrador nas anônimas. Esse posicionamento foi extraído do artigo “A Transposição da Business Judgment Rule para o regime da Responsabilidade Civil de Administradores em Portugal e no Brasil” presente na Revista dos Tribunais, volume 937 de 2013.

A Lei de Sociedade Anônima – Lei nº 6.404 de 1976- aborda a responsabilidade dos administradores em seu art. 158. Neste dispositivo, a responsabilidade do administrador é pautada no seu viés estatutário e legal, como demonstrado abaixo:

Art. 158. O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:
I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;
II - com violação da lei ou do estatuto.

Se é conferido ao administrador a responsabilidade pelas violações legais e estatutárias, pode-se dizer, nessa linha de pensamento, que a atividade do administrador deve estar em consonância com os seus deveres legais e estatutários.

Registrado os deveres dos administradores, abre-se, então, espaço para análise da aplicação do *business judgment rule* em situações de descumprimento de tais deveres pelos gestores. De logo, cabe assinalar que não se aplica tal regra caso haja descumprimento de deveres estatutários. A adimplência das obrigações previstas no estatuto é elementar para manutenção saudável da empresa. O seu descumprimento, portanto, não motiva o banimento de uma responsabilidade, visto que este – o descumprimento- atendeu ao critério de ilicitude.

A outro giro, os deveres legais podem ser desdobrados em *deveres específicos* e *deveres gerais*. Os primeiros são originários da própria lei, uma vez que esta exige um rol de condutas específicas dos administradores. Na LSA, por exemplo, são previstos deveres como:

cuidar do arquivamento, inscrição e constituição de garantias, quando da emissão de debêntures (art. 62); cuidar da elaboração das demonstrações financeiras (art. 176), encaminhar à CVM, no caso das sociedades anônimas abertas, de exposição justificativa da não distribuição de dividendos aos acionistas, por incompatibilidade com a situação financeira da companhia (art. 202, parágrafo 4º), providenciar a publicação dos documentos relativos à constituição da companhia, bem como a de certidão do arquivamento, em órgão oficial do local de sua sede dentro do prazo legal (art. 98), promover o arquivamento perante a junta comercial de fusão e cisão (art. 228, parágrafo 3º; art. 229, parágrafo 4º).¹⁴⁷

O Código Civil de 2002, não muito diferente, também traz um rol de deveres específicos aos administradores, quais sejam, prestação de contas aos sócios (art. 1.020), requisição de averbação de sua nomeação no registro competente (art. 1.062,

¹⁴⁷ RIBEIRO, Júlio César de Lima. A Transposição da Business Judgment Rule para o regime da Responsabilidade Civil de Administradores em Portugal e no Brasil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.937, 2013, p. 407.

parágrafo 2º), não se fazer substituir no exercício de suas funções (art. 1.018), entre outros.

Nesta senda, é certo afirmar que a atividade do gestor está intrinsecamente ligado ao dispositivo legal, não havendo, nesse sentido, margem para discricionariedade do gestor. Ou seja, não há espaço para o administrador inovar no que concerne aos deveres impostos por lei. A sua atuação será estritamente como definida pela legislação. Tais explicações revelam uma consequência: a violação de um dever legal específico acarreta em uma clara ilicitude, não sendo possível, portanto, a aplicação do *business judgment rule* para exclusão da responsabilidade civil.

Percebe-se, dessa forma, um significativo rol de deveres e responsabilidades inerentes à atividade do administrador. Essa diferença se torna mais perceptível quando comparada com o Código Civil de 1916, o qual previa um menor número de deveres. Esse significativo rol, portanto, acaba limitando a liberdade do gestor em agir conforme os interesses que melhor lhe atende, havendo, assim, uma menor discricionariedade na sua atividade.

Surge, desse modo, a dificuldade em identificar quais situações seriam passíveis de aplicação da tão estudada regra estrangeira. São encontradas, por um lado, diversas restrições e responsabilidades quanto à atuação do gestor pátrio e, em outro, limitado espaço de discricionariedade para uma performance pautada em inovações e riscos.

É neste momento que a análise dos deveres legais gerais se revela merecedora de atenção, haja vista o seu conteúdo abrangente e simpático a um debate quanto à sua violação.

Os deveres legais gerais, por sua vez, possuem conteúdo mais abrangente (englobam, inclusive, o modo de operação do gestor no cumprimento dos deveres específicos), com possibilidade de discussão quanto à sua violação. Desse modo, é justamente no que atine ao (des)respeito a esses deveres (legais gerais) que é possível aventar a possibilidade de aplicação da exclusão prevista pela *business judgment rule*.¹⁴⁸

Pois bem, como acima observado, entende-se os deveres legais gerais como os deveres que prestam uma orientação aos gestores no exercício de sua função. São aqueles dotados de maior discricionariedade e, portanto, não podem ser precisamente

¹⁴⁸ RIBEIRO, Júlio César de Lima. A Transposição da Business Judgment Rule para o regime da Responsabilidade Civil de Administradores em Portugal e no Brasil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.937, 2013, p. 408.

especificados. Eles, inclusive, abarcam o modo de operação no cumprimento dos deveres específicos do administrador. A discricionariedade dessas decisões, desse modo, podem surtir efeitos quanto a sua responsabilidade, o que abre espaço para a aplicação do *business judgment rule*.

Esses deveres, no Brasil, foram claramente influenciados pelo direito societário norte-americano. A construção jurisprudencial neste país, por sua vez, procurou definir os parâmetros de conduta da administração societária pautados em basicamente dois deveres gerais: o *duty of care* e o *duty of loyalty*. O último, como analisado no capítulo anterior, compreende na ausência de interesses pessoais na gestão da sociedade, isto é, a atuação do administrador deve ser pautada no melhor interesse da empresa, pois é para este que administra.¹⁴⁹

Art. 155 da LSA - 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.

Como observado acima, o dever de lealdade do gestor estabelece que o exercício do seu poder deverá ser pautado na boa-fé, ou seja, o administrador não pode se utilizar do cargo que ocupa a fim de agir em interesse próprio ou de terceiros.¹⁵⁰

Nesse diapasão, o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (IBGC) apresenta orientação semelhante à norma estrangeira em seu Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa¹⁵¹, como pode ser observado abaixo:

6.2 Conflito de interesses

¹⁴⁹ O autor cita espécies de limites à conduta do administrador, tais como, “restrições aos negócios entre sociedade e administrador, a proibição de exercer concorrência com a sociedade, bem como vedações relacionadas com o aproveitamento de informações e oportunidades da sociedade em proveito próprio”.

¹⁵⁰ PARENTE, Flávia. **O Dever de Diligência dos Administradores de Sociedades Anônimas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 150-151.

¹⁵¹ “Principal documento do IBGC, o Código apresenta recomendações de boas práticas de Governança com o objetivo de contribuir para a evolução da Governança Corporativa das empresas e demais organizações atuantes no Brasil. As recomendações apresentadas no documento são fruto de análise e estudo do IBGC de referências legais, regulatórias, acadêmicas e práticas, nacionais e internacionais, que tratam do tema Governança Corporativa, bem como de experiências e opiniões de entidades governamentais, de mercado, associações de classe, de profissionais, além de indivíduos de reconhecida competência na matéria e de entidades internacionais congêneres. Com sua primeira edição lançada em 1999, o Código se encontra hoje em sua 4ª edição, publicada em 2009.” Disponível em: < <http://www.ibgc.org.br/inter.php?id=18180>>. Acesso em: 30 out. 2014

Há conflito de interesses quando alguém não é independente em relação à matéria em discussão e pode influenciar ou tomar decisões motivadas por interesses distintos daqueles da organização. Essa pessoa deve manifestar, tempestivamente, seu conflito de interesses ou interesse particular. Caso não o faça, outra pessoa poderá manifestar o conflito.

É importante prezar pela separação de funções e definição clara de papéis e responsabilidades associadas aos mandatos de todos os agentes de governança, inclusive com a definição das alçadas de decisão de cada instância, de forma a minimizar possíveis focos de conflitos de interesses. Definições de independência foram dadas, neste Código, para conselheiros de administração (vide 2.15), sócios (vide 1.4.7) e auditores independentes (vide 4.7). Critérios similares valem para diretores e qualquer funcionário ou representante da organização. Os conselheiros, assim como os executivos, têm dever de lealdade com a organização e a totalidade dos sócios e não apenas com aqueles que os elegeram.¹⁵²

Demonstrando clara influência do direito societário estadunidense, o código do IBGC traz ao mundo corporativo brasileiro orientações de condutas idênticas ao *duty of loyalty*, sobretudo quando coíbe possíveis casos de conflitos de interesses. Ademais, o código ainda ressalta a importância do dever de lealdade entre todos os membros da corporação, não se limitando, assim, apenas ao diretor.

Noutro quadrante, o dever de cuidado (ou diligência, como também pode ser chamado) suscita a tomada de decisões razoáveis e pode ser compreendido sob algumas variantes: a) dever de preparar adequadamente as decisões, o qual a decisão tomada pelo gestor deve ser estudada com o máximo de informações existentes; e b) o dever de tomar decisões substancialmente razoáveis, ou seja, decisões que não dissipem ou esbanjem o patrimônio social e que evitem risco desmedidos pelo administrador.

Art. 153. 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.

Flávia Parente procura, ainda, demonstrar algumas correlações entre o dever de diligência e o dever de lealdade. Além de ambos serem deveres fiduciários, os dois exigem dos administradores uma atuação voltada exclusivamente ao interesse social. Os interesses da companhia e dos seus acionistas devem se sobrepor aos interesses pessoais e de terceiros, evitando, dessa forma, conflitos de interesses.¹⁵³

¹⁵² Disponível em: < http://www.ibgc.org.br/userfiles/files/Codigo_Final_4a_Edicao.pdf>. Acesso em: 30 out. 2014

¹⁵³ PARENTE, Flávia. **O Dever de Diligência dos Administradores de Sociedades Anônimas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 150-151.

A autora ainda sustenta que esses dois deveres apresentam conteúdo geral e indeterminados, o que lhes garante uma natureza de *standards*. Isso decorre, explica a autora, em razão da impossibilidade “de prever antecipadamente todas as situações futuras perante as quais os administradores são colocados e do inconveniente de limitar a atuação dos administradores que deverão ter poderes amplos para poderem prosseguir o interesse social”. Dessa forma, conclui Parente, a verificação de violação dos deveres de cuidado e lealdade decorre de cada caso concreto.¹⁵⁴

Karine Fior Moraes, nessa mesma linha de pensamento, afirma que a conduta dos administradores é embasada no princípio da boa-fé objetiva e seus deveres anexos, quais sejam: dever de diligência (art. 153), o cumprimento das finalidades da sociedade da sociedade (art. 154), o de lealdade (art. 155), o de evitar situações de conflitos de interesses (art. 156) e o de informar (art. 157). São esses, segundo a autora, os pilares de formação dos deveres jurídicos dos administradores, os quais, quando violados, geram responsabilização e dever de indenizar.¹⁵⁵

Com um posicionamento semelhante, Marcelo Adamek cita que o art. 153 da LSA traz o que ele designa de diligência ordinária, isto é, não é excepcional ou destacada, porém digna de um profissional¹⁵⁶. Em razão disso que a sua decisão deve ser avaliada de caso em caso, levando-se em consideração, por exemplo: “ (i) o tipo de atividade exercida pela companhia, bem como a sua dimensão e importância; (ii) os recursos disponíveis aos administradores; (iii) o momento e as circunstâncias que envolveram a tomada de decisão; e (iv) todas as demais particularidades, inclusive as qualidades individuais do administrador”.

¹⁵⁴ PARENTE, Flávia. **O Dever de Diligência dos Administradores de Sociedades Anônimas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 150-151.

¹⁵⁵ MORAES, Karine Fior. Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Anônimas – O Artigo 158 da Lei das S.A. **Revista Síntese Direito Empresarial: Ano 7, nº39, Jul./Ago. 2014**. p. 153-155.

¹⁵⁶ Anterior a esse tema, o autor discorre sobre algumas considerações doutrinárias acerca da opção legislativa de exigir o dever de diligência típica de “todo homem ativo e probo”. Marcelo Adamek revela que parcela da doutrina – a exemplo de Paulo Fernandes Campos Salles de Toledo- acredita que o legislador desconsiderou exigências importantes a qualquer administrador de empresas, tais como, competência, formação teórica e experiência profissional. Simples atributos como honestidades, boa vontade e diligência não são suficientes para garantir uma performance esperada de um administrador. Noutro quadrante, há doutrinadores –a exemplo de Fran Martins e Modesto Carvalhosa- que criticam o posicionamento anterior atentando-se com a disparidade do cenário pátrio, sobretudo em regiões onde há um número insuficiente de gestores com formação superior. A eventual rigidez do legislador, aponta a doutrina, apenas forçaria essas sociedades a contratarem administradores estranhos ao quadro societário, aumentando, dessa forma, os custos das sociedades sem, necessariamente, garantir o aumento da eficiência empresarial. ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as ações correlatas**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.122-124.

Somente após a avaliação de sua conduta conforme tais parâmetros é que se poderia dizer qual seria a conduta razoavelmente esperada em situações semelhantes. Nesse sentido, será imposto um maior nível de diligência àqueles que eram melhores cercados de aconselhamento e informação; e uma mitigação do nível de diligência àqueles que atuavam com modestos recursos.¹⁵⁷

O procedimento mais eloquente, ao contrastar a conduta do administrador à luz do dever de diligência, não é analisar o mérito da decisão de gestão tomada, mas sim se esta decisão estava pautada nos deveres de diligência, razoabilidade e coerente com as circunstâncias à época da decisão. Não há, portanto, a necessidade de avaliar, a título de juízo retrospectivo, se a decisão tomada foi a melhor possível, se foi acertada ou não.¹⁵⁸

Pois bem, diante dessas considerações, percebe-se que o cumprimento dos deveres de cuidado e lealdade está conexo com a possibilidade de responsabilização do gestor. Cabe, portanto, saber quais casos serão passíveis de aplicação do *business judgment rule* para exclusão da responsabilidade. Como já mencionado anteriormente, as hipóteses de descumprimento dos deveres estatutários e dos deveres legais específicos não ensejam a aplicação da regra.

Parece mais correto entender que é no campo da discricionariedade da decisão que se avalia a razoabilidade de aplicação da regra. Levando-se em conta que a *business judgment rule* foi criada para assegurar a discricionariedade do administrador ao optar pela decisão mais conveniente, nada mais natural que adotar essa regra quando a decisão tomada é posteriormente questionada.

Como vem sendo demonstrado, a *business judgment rule* foi criada com o intuito de preservar a discricionariedade do administrador ao optar pela decisão que (ele, como gestor da sociedade) considera a mais conveniente. É na esfera dessa discricionariedade, que poderá ser colocada em dúvida a razoabilidade ou não de uma decisão; e que, portanto, se configura a possibilidade (ou não) de aplicação da *business judgment rule*. O dever de tomar decisões razoáveis é decorrente do dever de cuidado; de modo que, somente quando se coloca em dúvida o incumprimento deste dever será possível se aventar a aplicação da regra.¹⁵⁹

¹⁵⁷ ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as ações correlatas**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.125-126.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p.127-129.

¹⁵⁹ RIBEIRO, Júlio César de Lima. A Transposição da Business Judgment Rule para o regime da Responsabilidade Civil de Administradores em Portugal e no Brasil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.937, 2013, p. 411-412.

O administrador, de outra banda, não será eximido de sua responsabilidade quando: atuar “em benefício próprio ou de terceiros; em desfavor da sociedade; sem aproveitar as oportunidades benéficas da sociedade; tampouco, com o intuito de receber vantagens patrimoniais para realizar negócios, utilizando-se, para tanto, da estrutura que administra”. Embora tais decisões estejam incluídas na esfera da discricionariedade, as mesmas não foram tomadas atentando-se aos deveres de diligência e lealdade.

O *business judgment rule* consagrou sua influencia no Brasil na Lei das Sociedades Anônimas quanto à ação de responsabilidade do administrador, como pode ser observado abaixo:

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.

§ 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.¹⁶⁰

Apesar da regra prevista no § 6º do art. 159 ser comumente associada à regra norte-americana, o tema merece algumas ponderações tendo em vista a forma genérica pela qual foi formulada, o que enseja diversas possibilidades de interpretação.

De fato o dispositivo traz a hipótese de exclusão da responsabilidade. Entretanto, José Ribeiro apresenta a primeira ressalva quanto a maneira imprecisa como o legislador tratou o ônus da prova. Na regra estrangeira, há a presunção de diligência e boa-fé na atuação do administrador, cabendo ao demandante acionista, dessa forma, demonstrar as violações. Porém, no dispositivo pátrio, o legislador apenas afirma que o “juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade”. Ou seja, é o próprio juiz que afasta a responsabilidade levando-se em consideração os elementos presentes nos autos, conferindo a ele, portanto, a discricionariedade para avaliar as circunstâncias que circundaram a decisão do administrador.

Vale atentar, também, que há no ordenamento norte-americano uma presunção de boa-fé na atividade desempenhada pelo administrador, enquanto que no Brasil o tema é tratado de maneira diferenciada no caso concreto. O gestor terá que invocar a *business judgment rule* para ter sua responsabilidade afastada.

¹⁶⁰ Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm>. Acesso em: 16 out. 2014.

Ao assegurar a discricionariedade ao juiz, o legislador confere uma “margem para a sindicância do mérito da decisão do administrador”. Há, portanto, uma paradoxal relação com a regra estadunidense, na medida que esta procura evitar (ou ao menos limitar) a análise do mérito da decisão tomada. O legislador pátrio, desse modo, não foi capaz de restringir a atuação do juiz de modo a limitar o seu poder de discricionariedade acerca da análise da decisão gerencial.

Tais razões levaram a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) – com sua competência, mediante processo administrativo, prevista nos incs. V e VI do art. 9º da Lei 6.385/1976- a tentar apaziguar a questão da precariedade do dispositivo no emblemático processo RJ-1443/2005, como pode ser observado a seguir:

Para evitar os efeitos prejudiciais da revisão judicial, o Poder Judiciário americano criou a chamada “regra da decisão negocial” (business judgment rule), segundo a qual, desde que alguns cuidados sejam observados, o Poder Judiciário não irá rever o mérito da decisão negocial em razão do dever de diligência. A proteção especial garantida pela regra da decisão negocial também tem por intenção encorajar os administradores a servir à companhia, garantindo-lhes um tratamento justo, que limita a possibilidade de revisão judicial de decisões negociais privadas (e que possa impor responsabilidade aos administradores), uma vez que a possibilidade de revisão ex post pelo Poder Judiciário aumenta significativamente o risco a que o administrador fica exposto, podendo fazer com que ele deixe de tomar decisões mais arriscadas, inovadoras e criativas (que podem trazer muitos benefícios para a companhia), apenas para evitar o risco de revisão judicial posterior. Em razão da regra da decisão negocial, o Poder Judiciário americano preocupa-se apenas com o processo que levou à decisão e não com o seu mérito. Para utilizar a regra da decisão negocial, o administrador deve seguir os seguintes princípios:

- (i) **Decisão informada:** A decisão informada é aquela na qual os administradores basearam-se nas informações razoavelmente necessárias para tomá-la. Podem os administradores, nesses casos, utilizar, como informações, análises e memorandos dos diretores e outros funcionários, bem como de terceiros contratados. Não é necessária a contratação de um banco de investimento para a avaliação de uma operação;
- (ii) **Decisão refletida:** A decisão refletida é aquela tomada depois da análise das diferentes alternativas ou possíveis conseqüências ou, ainda, em cotejo com a documentação que fundamenta o negócio. Mesmo que deixe de analisar um negócio, a decisão negocial que a ele levou pode ser considerada refletida, caso, informadamente, tenha o administrador decidido não analisar esse negócio; e
- (iii) **Decisão desinteressada:** A decisão desinteressada é aquela que não resulta em benefício pecuniário ao administrador. Esse conceito vem sendo expandido para incluir benefícios que não sejam diretos para o administrador ou para instituições e empresas ligadas a ele. Quando o administrador tem interesse na decisão, aplicam-se os standards do dever de lealdade (duty of loyalty). (Grifos nossos)¹⁶¹

¹⁶¹ Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/port/inqueritos/2006/rordinario/inqueritos/05_10_RJ2005-1443.asp> Acessado: 12/10/2014

Verifica-se, portanto, uma clara influência do direito norte-americano na citada decisão da CMV, estabelecendo o uso da regra do *business judgment rule* mediante uma decisão: (i) informada; (ii) refletida; e (iii) desinteressada. Fica evidente, ainda, que o juiz não deve focar sua análise no mérito da decisão, mas no procedimento pela qual a decisão foi tomada.

Logo, há a necessidade de adotar critérios mais objetivos na aplicação da regra no ordenamento brasileiro. A decisão da CVM, ao que parece, oferece a alternativa mais apropriada para suprir essa carência, tendo em vista a sua exposição de hipóteses objetivas e pela sua consonância com a regra original.

Também merece referência a extensão da sindicância na possibilidade de análise meritória da decisão. Como observado anteriormente, a proposta seria o exame do procedimento de tomada da decisão. Entretanto, podem haver (poucas) situações de verificação da existência de abuso da discricionariedade na decisão gerencial.

Neste caso, encontrado o abuso da discricionariedade pelo administrador, não será hipótese de aplicação do *business judgment rule*. Para tanto, o próprio dispositivo legal oferece critérios para limitar a atuação do juiz na análise desse abuso, quais sejam, a atuação com *boa-fé* e visando o interesse da companhia. O administrador, portanto, age com a honesta crença que está atendendo aos melhores interesses da empresa.

Charles Hansen, entretanto, lembra que há situações onde o gestor atua satisfazendo ordens proferidas por um grupo de acionistas e, eventualmente, contra suas próprias convicções. Interpreta-se aqui o cenário de pressão política sofrida pelo administrador oriundo de acionistas para tomada de decisões mais convenientes a eles. Nesse passo, o eventual prejuízo causado por esta decisão não ensejará sua responsabilidade, pois, apesar de tecnicamente ser sua decisão, não foi pautada na sua honesta crença de ter atendido os melhores interesses da empresa. O autor, portanto, ressalta a necessidade da decisão ser independente.¹⁶²

Assim, diante de todas essas considerações, pode-se concluir que a decisão do administrador, para a exclusão da responsabilidade via *business judgment rule*, requer um procedimento decisório informado e refletido; desinteressado e independente; e

¹⁶² Charles Hansen *apud* RIBEIRO, Júlio César de Lima. A Transposição da Business Judgment Rule para o regime da Responsabilidade Civil de Administradores em Portugal e no Brasil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.937, 2013, p. 425-426.

não ser ilegal, fraudulenta ou avessa aos fins da sociedade. Em caso de análise do mérito da decisão, o juiz deve apenas ater-se quanto à existência (ou não) do abuso da discricionariedade do administrador, levando-se em consideração o critério de boa-fé, conforme o § ° do art. 159 da LSA.

5.2. APLICAÇÃO DA REGRA NA SOCIEDADE LIMITADA

Demais de tudo isso, cabe, finalmente, analisar a possibilidade de aplicação da *business judgment rule* à responsabilidade do administrador na sociedade limitada. Como verificado há poucos parágrafos, essa regra já existe –apesar de suas generalidades- no regime jurídico das sociedades anônimas, restando, portanto, a sua possibilidade na sociedade limitada.

Para tanto, questiona-se, a princípio, qual dispositivo sofreria maior influência com a aplicação dessa regra no Código Civil de 2002. Parece que a resposta mais acertada seria o próprio art. 1.016, dado que esse aborda a responsabilidade civil do administrador na sociedade limitada, alvo, por sua vez, desse nosso debate.

Como foi observado no capítulo três, o art. 1.016 prevê a responsabilidade civil do administrador em sua regra mais clássica, qual seja, a subjetiva. Essa pode ser compreendida como a coexistência entre o dano, onexo causal, a ilicitude e a culpa do agente para, ao final, resultar na responsabilização do agente.

Dessa noção conceitual, discute-se a possibilidade de uma interpretação alternativa para o referido artigo. Para tanto, procura-se compreender o termo “interpretação” como uma ampliação da liberdade na aplicação da norma jurídica, adaptando-as a uma nova realidade. Parece conveniente concluir que, de fato, há essa tentativa. Ou seja, esse trabalho procura oferecer uma abertura da aplicação do art. 1.016 do CC/2002 às interpretações da *business judgment rule*.

Essa interpretação, no entanto, não ocorreria de forma irresponsável e desvinculada de um criterioso estudo. A aplicação da regra ianque no regime jurídico de responsabilidade civil do administrador da sociedade limitada ocorreria nos semelhantes moldes da sociedade anônima, mais precisamente nas mesmas hipóteses discorridas por Júlio Ribeiro.

Essa regra certamente não seria aproveitada diante de todos os casos de violação de deveres dos administradores. Como foram ponderadas por Júlio Ribeiro, seriam descartadas aplicação do *business judgment rule* nas hipóteses de violação de deveres estatutários e legais. De fato, não há como afastar a responsabilidade do administrador quando não são observadas as próprias previsões do contrato social. Este serve como bússola norteadora das suas atividades e sua violação poderia ser tipificada como um verdadeiro ilícito.

Os deveres legais, como observado anteriormente, podem ser divididos em deveres legais específicos e deveres legais gerais.

A violação de deveres legais específicos, não muito diferente da violação de deveres estatutários, também não ensejará a exclusão de responsabilidade do administrador. Realmente não há muito que se discorrer, violação de deveres previstos por lei são flagrantes ilícitos visto que sua realização não permite discricionariedade do administrador para inovar. A sua atuação deve ser estritamente pautada como definida pela legislação.

Noutro quadrante, os deveres legais gerais são mais abertos para discussão quanto a aplicação do *business judgment rule*. Isso ocorre, como explicado anteriormente, pela natureza discricionária das decisões decorrentes dos deveres legais gerais, os quais não são precisamente especificados. Em razão desse seu conteúdo geral e indeterminado, pode-se entender que a aplicação da regra norte-americana seria viável, também, na decisão tomada pelo administrador da sociedade limitada.

Confere-se, pois, uma interpretação mais ampla dos deveres do administrador, de modo que possibilite uma abordagem mais flexível das decisões discricionárias tomadas pelo gestor da sociedade limitada. De fato, a tese merece aplausos, até porque o processo decisório é extremamente desafiador para o administrador. O seu ambiente é rodeado de incertezas, o que favorece o aumento do risco inerentes à decisão. E mais do que isso, não parece compreensível o gestor assumir tais riscos quando ele não ocupa uma posição econômica capaz de socializar perdas.

Compreendida a necessidade de uma interpretação alternativa da responsabilidade civil do administrador, necessário se faz traçar os parâmetros de conduta da administração societária. Para tanto, cabe apontar novamente os dois deveres gerais

que basicamente moldam o comportamento do administrador, quais sejam, o dever de diligência e o de lealdade.

Como esses dois deveres já foram abordados em oportunidades anteriores, dispensa-se outra elucidação sobre o tema. Entretanto, vale registrar que a conduta do gestor tem uma natureza de *standards*, o que compreende em decisões desinteressadas, razoáveis e informadas.

Outro possível questionamento seria a possibilidade de transposição do § 6º do art. 159 da LSA ao regime da sociedade limitada. Realmente a adaptação é válida, no entanto, cabe algumas ressalvas.

A forma genérica como a *business judgment rule* foi introduzida no dispositivo acima mencionado ainda é alvo de críticas, como anotado por José Ribeiro. Levando-se em consideração que essa regra foi criada para assegurar a discricionariedade do administrador por uma decisão mais conveniente, não cabe aqui, portanto, permitir uma interpretação na qual possibilite ao juiz sindicá-lo o mérito da decisão do administrador - por motivos já outrora tratados. O posicionamento aparentemente mais acertado - e mais congruente com a regra original - seria limitar a atuação dos tribunais ao procedimento pela qual foi tomada a decisão. Isto é, a preocupação dos juízes não deve ser com o mérito da decisão, mas com o processo de tomada da decisão.

Além disso, a sindicância do procedimento merece, ainda, a adoção de critérios mais objetivos para a sua realização. Nesta senda, a decisão do processo RJ-1443/2005 da CVM parece suprir essa necessidade, trazendo elementos norteadores de análise para os tribunais. A *business judgment rule*, seria aplicada em uma decisão (a) informada, (b) refletida e (c) desinteressada. Dessa forma, os elementos do processo RJ-1443/2005 da CVM contribuiria com uma análise objetiva aos tribunais no seu processo de sindicância da decisão empresarial.

Outro possível questionamento decorre da real necessidade de importação dessa regra estrangeira ao regime da sociedade limitada. Essa insegurança ganha reforço quando questionado se o princípio da boa-fé não seria suficiente para exclusão da responsabilidade civil quando a conduta do administrador ocorreu conforme a própria boa-fé.

Essa dúvida é realmente válida, entretanto, cabe aqui humildemente dirimi-la quando comparada com a envergadura da *business judgment rule*. Como apontado anteriormente, a regra ianque oferece um embasado conjunto de normas objetivas que colaboram para nortear tanto o desempenho do administrador quanto à análise do juiz. A atenção aos deveres fiduciários aliados com os elementos objetivos de análise do procedimento da decisão - informada, refletida e desinteressada- revelam-se mais apropriadas para enfrentar questões atinentes à responsabilidade civil do administrador na sociedade limitada. Parece mais seguro, portanto, se apegar a uma regra que já se enraizou nos tribunais e nos meios doutrinários estadunidense há mais de um século. Ademais, essa regra não seria necessariamente estranha ao nosso ordenamento jurídico, haja vista a sua influência na própria LSA.

O ponto fundamental para compreensão dessa tese, por fim, seria compreender a necessidade de aplicação da regra estrangeira ao regime de responsabilidade civil do administrador previsto no art. 1.016 do CC/2002. A tentativa dessa transposição da regra à LSA foi necessária e válida, apesar das críticas acima levantadas. Quanto ao regime da sociedade limitada, basta agora expor o tema ao debate e assistir ao seu desenrolar, concluindo, de preferência, pelos parâmetros acima mencionados.

5 CONCLUSÃO

Ao longo do estudo, o trabalho monográfico procurou inserir a *business judgment rule*, definindo e demonstrando a sua importância no mundo corporativo, bem como identificou a sua influência na legislação pátria. Nesse sentido, pretendeu-se, também, abordar o regime jurídico da responsabilidade civil no Brasil, revelando também como esse regime de responsabilidade é aplicado aos administradores da sociedade limitada.

Para isso, foi abordada uma possibilidade de interpretação alternativa do art. 1.016 do CC/2002 à regra da *business judgment rule*, limitando a atuação do tribunal quanto a análise da decisão judicial, bem como oferecendo *standards* de desempenho do administrador.

Para construção desse tema, foi exposto no primeiro capítulo o instituto da responsabilidade civil. Neste, o trabalho o definiu e posteriormente discorreu sobre a evolução histórica desse instituto, da sua origem subjetiva até a contemporânea construção da responsabilidade objetiva. Deixou registrado, também, que apesar dessa tendência em se priorizar a corrente objetiva, a responsabilidade subjetiva não foi extinta, sendo ainda empregada pelo nosso ordenamento pátrio, sobretudo no que se refere à responsabilidade dos administradores.

Seguindo esses passos, foi destacado a culpa em sentido estrito, a qual envolve aquelas situações em que falta a intenção do agente em causar um dano, porém não há como evitar a censura por tal consequência. Essa imprevisibilidade do dano decorre da falta de cuidado, cautela, diligência ou atenção na conduta do agente causador.

No capítulo seguinte, foram analisadas os poderes e responsabilidades do administrador da sociedade limitada. Realizadas as noções introdutórias da sociedade limitada, foram feitas algumas exposições acerca do seu órgão de administração. Esse órgão é composto por pessoas físicas –demonstrada a forte oposição doutrinária de aceitar pessoa jurídica atuando como órgão gestor- e apresenta uma natureza jurídica designada de “presente”, na medida em que o ato praticado por eles dentro

dos seus poderes é um ato da própria sociedade. Por fim, são elencadas as responsabilidades do administrador na sociedade limitada, sobretudo a importância de análise dos arts. 1.015 e 1.016 para melhor compreensão do debate final.

Chegado ao capítulo de grande importância para o projeto, o terceiro capítulo mostrou a regra do *business judgment rule* e sua importância no ambiente corporativo nos Estados Unidos. Apesar da sua difícil capacidade de limitar contornos à sua definição, foi abordada o seu desenvolvimento histórico nos tribunais estadunidenses, especialmente a construção e contextualização das correntes *abstention doctrine* e a *standard of liability* – concluindo que a diferença entre elas estava no limite da sindicabilidade, pelo julgador, do mérito da decisão do administrador.

Após décadas de incertezas quanto a margem de aplicação, foi publicado em 1994 o emblemático *Principles of Corporate Governance* (PCG) pela *American Law Institute* (ALI). Esse documento foi a tentativa mais bem sucedida de unificar e regular a regra no judiciário estadunidense. Nele foram previstos objetivos deveres e responsabilidades na atuação do administrador, nomeadamente os *duty of care*.

O *Principles of Corporate Governance* também abarcou a *business judgment rule* pautada no sentido de limitar sindicância dos tribunais. Durante o processo decisório, o gestor deve observar os deveres fiduciários inerentes à atividade por ele exercida, em especial o dever de diligência e boa-fé. É dizer: a decisão sendo imune de interesses pessoais, devidamente informada e assumida na honesta crença de estar atendendo aos melhores interesses da empresa, acarreta, portanto, no preenchimento dos requisitos necessários para aplicação da regra e posterior exclusão da responsabilidade do administrador.

O último capítulo tratou do experimento proposto por este trabalho. Constituiu-se na possibilidade de introduzir uma interpretação alternativa do art. 1.016 do CC/2002 à dinâmica da *business judgment rule*. Para isso, foi necessário aferir os fatores que contribuem para o processo decisório. Percebeu-se que a incerteza em se antever os resultados futuros significaria o próprio risco da decisão, típico do complexo ambiente empresarial.

Na tentativa aplicar a regra no art. 1.016 do CC/2002, foi abordado o posicionamento do autor brasileiro Júlio César de Lima Ribeiro em seu artigo “A Transposição da Business Judgment Rule para o regime da Responsabilidade Civil de Administradores

em Portugal e no Brasil”. Neste, o autor realizou uma análise da margem de aplicação da regra no ordenamento pátrio, concluindo pela possibilidade de aplicação da regra nas decisões discricionárias decorrentes dos deveres legais gerais. Essas decisões, por sua vez, devem ser pautadas um procedimento decisório informado e refletido; desinteressado e independente; e não ser ilegal, fraudulenta ou avessa aos fins da sociedade.

Por fim, foi analisado a possibilidade de aplicação da *business judgement rule* à responsabilidade do administrador na sociedade limitada. Nesta senda, foi exposta uma interpretação alternativa à luz da doutrina de Júlio Ribeiro, aplicando a regra às decisões oriundas de um dever legal geral. Ademais, constatou-se que conduta do gestor tem uma natureza de *standards*, o que compreenderia em decisões desinteressadas e pautadas em decisões razoáveis e informadas.

Cabe ainda lembrar que a regra já existe em nosso ordenamento pátrio, ainda que de forma “genérica”. A decisão do processo RJ-1443/2005 da CVM parece ser apropriada para suprir essa necessidade, na medida que traz elementos importantes para análise dos tribunais, quais sejam, decisões (a) informadas, (b) refletidas e (c) desinteressadas.

Constata-se, dessa forma, que a presente monografia não procura exaurir o tema, que é, de fato, dotado de extrema complexidade no seu estudo. O que foi proposto nesse trabalho foi a oportunidade de trazer novos elementos para a possibilidade de uma interpretação alternativa ao art. 1.016 do CC/2002, sem, entretanto, apontar conclusões definitivas.

REFERÊNCIAS

ABDALA, Vantuil. As Sociedades Limitadas. **O Novo Código Civil – Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003.

ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as ações correlatas**. São Paulo: Saraiva, 2009.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. Responsabilidade Civil. **Revista Jurídica: órgão nacional de doutrina, jurisprudência, legislação e crítica jurídica**. Ano 55, nº 353, março de 2007, Porto Alegre.

BAINBRIDGE, Stephen M. The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine. **Law & Economics Research Paper Series**. 2003.

BAINBRIDGE, Stephen M. Smith V. Van Gorkom. **Law & Economics Research Paper Series**. 2008.

BALOTTI, R. Franklin; HANKS, James J. Rejudging the Business Judgment Rule. **The Business Lawyer**. 1993, v. 48.

BORBA, José Edwaldo Tavares. **Direito Societário**. 13 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2012.

BRANSON, Douglas M. The Rule that Isn't a Rule – The Business Judgment Rule. **Valparaiso University Law Review**. 2002, v. 36, p. 630.

BRASIL. **Código Civil de 2002**. Brasília, DF: Senado, 2014.

BRASIL. **Lei 6.404**, de 15 de dezembro de 1976. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6404consol.htm >. Acesso em: 15 de setembro de 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 430. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=null&livre=s%FAmula+430&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO > Acesso em: 7 junho. 2014

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Processo RJ-1443/2005. Disponível em: < http://www.cvm.gov.br/port/inqueritos/2006/rordinario/inqueritos/05_10_RJ2005-1443.asp >. Acesso em: 02 out. 2014.

CALMON, Eliana. Responsabilidade Tributária e Penal dos Administradores. **Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva**, v. 14, n. 2, p. 107-231, Jul/Dez. 2002.

COELHO, Fábio Ulhoa. **A Sociedade Limitada no Novo Código Civil**. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial, volume 2: sociedades**. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CAVALIERI FILHO, Sergio. **Programa de Responsabilidade Civil**. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

DELGADO, Mário Luiz. A Responsabilidade Civil do Administrador Não- Sócio. **Questões Controvertidas no Novo Código Civil – Série Grandes Temas de Direito Privado – Vol. 2**. São Paulo: Editora Método, 2004.

DIAS, Rui Belford. A Responsabilidade dos Administradores e as Alterações Promovidas no Âmbito da Responsabilidade Civil no Novo Código Civil, de uma Forma Geral. **Revista de Direito Mercantil**, n. 128 – Out.- Dez 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

ERNLUND, Daniela Ballão. A Responsabilidade dos Sócios, Gerentes e Administradores nas Sociedades Empresárias Perante o Novo Código Civil. **Revista de Direito Empresarial**, N.2 – Julho/Dezembro 2004.

EISENBERG, Melvin Aron. An Overview of the Principles of Corporate Governance. **Berkeley Law Scholarship Repository**. 1993.

FARIAS, Cristiano Chaves de Farias. **Curso de Direito Civil**. 1 ed. Salvador: JusPodivm, 2014.

FURLOW, Clark W. Good Faith, Fiduciary Duties, and the Business Judgment Rule in Delaware. **Utah Law Review**. 2009, nº 3.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. **Novo Curso de Direito Civil, 3º Volume – Responsabilidade Civil**. 11ª ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.
GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GOMES, Luiz Roldão de Freitas. A responsabilidade civil subjetiva e objetiva no novo Código Civil. **Aspectos Controvertidos do novo Código Civil**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

HARTMANN, Charles J.; ROGERS, Pamela Gayle. The Influence of Smith v. Van Gorkom on Director's and Officer's Liability. **The Journal of Risk and Insurance**. 1991, v. 58

HIRONAKA, Giselda Maria Fernandes Novaes. Responsabilidade Pressuposta: Evolução de Fundamentos e de Paradigmas da Responsabilidade. **Temas de Direito Civil Contemporâneo**. Editora JusPodivm. Salvador, 2009.

JOHNSON, Lyman. The Modest Business Judgment Rule. **The Business Lawyer**. 2002, v. 55

KOSER, Adriana Ribeiro. Administração da Sociedade Limitada no Novo Código Civil: Possibilidade do seu exercício por pessoa jurídica. **Novos Nomes em Direito Civil – Volume 1**. Salvador, 2004.

KNOWLES, Marjorie Fine; FLANNERY, Colin. The ALI Principles of Corporate Governance Compared with Georgia Law. **Mercer Law Review**. 1995, v.47.

LUCENA, José Waldecy. **Das Sociedades Limitadas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

MACEY, Jonathan R. The Transformation of the American Law Institute. **Yale Law School Faculty Scholarship Series**. 1993.

MANNE, Henry G. Our Two Corporation Systems: Law and Economics. **Virginia Law Review**. 1967, v.53

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro volume 2 - direito societário: sociedades simples e empresárias**. São Paulo: Atlas, 2004.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. As Sociedades Empresárias. **O Novo Código Civil – Estudos em Homenagem ao Prof. Miguel Reale**. São Paulo: LTr, 2003.

MARIANI, Irineu. Responsabilidade Civil dos Sócios e dos Administradores de sociedades empresárias (à luz do novo Código Civil). **Revista dos Tribunais, Ano 94, v. 834**. São Paulo, 2005

MARY, Mychella. **A importância da tomada de decisão**.

MCMILLAN, Lori. The Business Judgment Rule as an Immunity Doctrine. **William & Mary Business Law Review**. 2013, v.4

MELLO, Marcos Bernardes de. Responsabilidade Civil do Produtor e do Fornecedor por vício ou defeito do produto ou do serviço: uma revisão de conceitos. **Temas de Direito Civil Contemporâneo**. Editora JusPodivm. Salvador, 2009.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de Direito Privado**, Parte Geral, Tomo 3. 2 ed. Rio de Janeiro: Editor Borsoi, 1954.

MONTEIRO, Antônio Pinto. Princípios Gerais da Responsabilidade Civil. **Revista da Escola Nacional da Magistratura**. Ano II, nº 3, Abril 2007.

MORAES, Karine Fior. Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Anônimas – O Artigo 158 da Lei das S.A.. **Revista Síntese Direito Empresarial**: Ano 7, nº39, Jul./Ago. 2014.

NOWICKI, Elizabeth. Corporate Governance, Director Liability, and Good Faith. **Washington & Lee School of Law**. 2007.

PARENTE, Flávia. **O Dever de Diligência dos Administradores de Sociedades Anônimas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

PORTO, Maria Alice. Tomadas de Decisão nas Organizações.

RIBEIRO, Júlio César de Lima. A Transposição da Business Judgment Rule para o regime da Responsabilidade Civil de Administradores em Portugal e no Brasil. **Revista dos Tribunais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v.937, 2013.

SCHREIBER, Anderson. **Novos Paradigmas da Responsabilidade Civil**. 5ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2013.

STOCO, Rui. **Tratado de Responsabilidade Civil**. 9 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SIMÃO FILHO, Adalberto. **A Nova Sociedade Limitada**. Barueri: Manole, 2004.

TOMAZETTE, Marlon. A teoria da aparência e as sociedades. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, XII, n. 65, jun 2009.

TOMAZETTE, Marlon. As Sociedades Simples no Novo Código Civil. **Jus Navigandi**, a.7, n.62, Teresina, fev.2003.

TOMAZETTE, Marlon. **Direito Societário**. 2 ed. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2004.

ZANINI, Carlos Klein. A Doutrina dos “Fiduciary Duties” no Direito Norte-Americano e a Tutela das Sociedades e Acionistas Minoritários Frente aos Administradores das Sociedades Anônimas. **Revista de Direito Mercantil – Industrial, Econômico e Financeiro**. São Paulo, 1998, n. 109

WIERZCHÓN, Silvana Aparecida. Aspectos relevantes do direito de empresa à luz do Novo Código Civil. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande, 2008, XI, n. 52.