MARCELO BARBOSA SACRAMONE

**ATO DE PREENCHIMENTO DE ÓRGÃO DE
ADMINISTRAÇÃO**

Natureza Jurídica da Relação entre o Administrador e a Sociedade Anônima

Tese apresentada ao Departamento de Direito
Comercial da Universidade de São Paulo como
requisito para a obtenção do título de Doutor em
Direito

Orientador: Prof. Dr. Marcos Paulo de Almeida Salles

**FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO
SÃO PAULO**

2012

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais, exemplos de retidão pessoal e profissional, pela força nos momentos de angústia e pela compreensão nos de dificuldade.

Ao Professor Doutor Marcos Paulo de Almeida Salles, pelo entusiasmo contagiante no desempenho da docência e pelos incentivos, confiança e contribuições durante todos esses anos de orientação.

A todos aqueles que, de alguma forma, contribuíram para a realização desta tese.

RESUMO

Com o propósito de conceituar a natureza da relação jurídica entre o administrador e as sociedades anônimas, expõem-se, inicialmente, os centros institucionalizados de poder, suas formas de estruturação e funções desenvolvidas na companhia. Delimita-se, então, a quais desses núcleos de poder as atividades de direção, execução e supervisão ordinárias da atividade corporativa foram atribuídas pela Lei. Caracterizado o administrador, aprecia-se a qualidade na qual este age e produz determinados efeitos com seu comportamento. Para a definição dessa posição ocupada na companhia, afere-se a natureza da atribuição da personalidade jurídica ao ente coletivo e sua independência em face dos membros subjacentes. O vínculo criador dessa posição jurídica, entretanto, não possui fundamento teórico uníssono da doutrina estrangeira, tampouco é consenso entre os doutrinadores brasileiros. Aprecia-se, assim, a adequação dos principais argumentos de cada teoria frente ao ordenamento jurídico pátrio mediante a abordagem dos elementos estruturais do ato de preenchimento de órgão. A modalidade do referido ato é definida pela análise da natureza da eleição, mediante a apreciação da deliberação dos órgãos legitimados, da possibilidade de manifestar a vontade social diretamente a terceiros e de produzir efeitos determinados com autonomia, bem como da função integradora da aceitação, como condição de existência de um negócio jurídico bilateral ou de eficácia de um negócio jurídico unilateral. Por fim, confrontam-se as principais características dessa relação jurídica aos contratos de mandato, de prestação de serviço e de trabalho para possibilitar a verificação de sua adequação típica e a definição de um conceito ao ato de preenchimento de órgão de administração das sociedades anônimas.

Palavras-chave: sociedade anônima; administração; administradores; natureza jurídica; ato de preenchimento.

ABSTRACT

Aiming to create the concepts for the nature of the juridical relation between the officer and the joint-stock companies, this work initially exposes the institutionalized power centers, their structures composition and roles developed in the company. In the sequence, the essay outlines to which of those power nuclei the Law has ascribed the ordinary activities of direction, performance and supervision of the corporate activity. After the officer is characterized, the work analyzes the quality under which such officer acts and produces certain effects on his/her behavior. To define such position held with the company, it is verified the nature of the assigning the legal personality to the collective entity and its independence towards the underlying members. The bond creating such legal position, however, does not have unified theoretical ground in the foreign doctrine and neither is it a consensus among the Brazilian teachers. Hence, adequacy of each theory's main arguments is assessed against the country's legal system by addressing the structural elements in the act of fulfilling the body. Modality of such act is defined by analysing the nature of the election, assessing deliberation of the empowered bodies, the possibility of manifesting the social will directly to third parties and to produce certain effects in autonomous manner, as well as the integration roles of the acceptance as a condition for existence of a bilateral juristic act or condition for efficacy of an unilateral juristic act. Finally the main characteristics of such legal relation are confronted with the power-of-attorney, service rendering and employment agreements to enable verification of their typical adequacy and definition of a concept to the act of fulfilling the administration body of the joint-stock companies.

Keywords: joint-stock company; administration; officers; legal nature; act of fulfilling.

SINTESI

Allo scopo di formulare dei concetti sulla natura del rapporto giuridico tra l'amministratore e le sue società anonime, inizialmente sono esposti i centri istituzionalizzati di potere, le loro forme di strutturazione e funzioni svolte nella società. Si delimita, quindi, a quali di tali centri di potere le attività di direzione, esecuzione e supervisione ordinarie dell'attività corporativa sono state assegnate dalla Legge. Dopo che l'amministratore è caratterizzato, si valuta la qualità in cui lui attua e reca degli effetti con il suo atteggiamento. Al fine della definizione di tale posizione occupata nella società, si afferisce alla natura dell'attribuzione della personalità giuridica all'ente giuridico e la sua indipendenza riguardo ai membri sottostanti. Il legame creatore di tale posizione giuridica, comunque, non ha fondamento teorico unisono della dottrina straniera, nemmeno è un consenso tra i dottrinari brasiliani. Si valuta, quindi, l'adeguamento dei principali argomenti di ogni teoria davanti all'ordinamento giuridico patrio mediante l'approccio degli elementi strutturali dell'atto di riempimento dell'organo. La modalità del menzionato atto è definita dall'analisi della natura della elezione, mediante la valutazione della delibera degli organi legittimati, della possibilità di manifestare la voglia sociale direttamente a terzi e di recare effetti stabiliti con autonomia, nonché della funzione integratrice dell'accettazione, come condizione dell'esistenza di un negozio giuridico bilaterale o dell'efficacia di un negozio giuridico unilaterale. Insomma, sono confrontate le principali caratteristiche di tale rapporto giuridico ai contratti di mandato, di prestazione di servizi e lavoro al fine di rendere possibile la verifica della sua adeguazione tipica e la definizione di un concetto all'atto di riempimento dell'organo di amministrazione delle società anonime.

Parole chiave: società anonima; amministrazione; amministratori; natura giuridica; atto di riempimento.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
CAPÍTULO I – ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES ANÔNIMAS	4
1. A INCOMPLETUDE DO CONTRATO SOCIAL.	4
2. OS CENTROS INSTITUCIONALIZADOS DE PODER.	9
2.1 EVOLUÇÃO HISTÓRICA.	10
2.2 SISTEMAS DE ORGANIZAÇÃO DA COMPANHIA.	13
2.2.1 SISTEMA FRANCÊS OU TRADICIONAL.	15
2.2.2 SISTEMA ALEMÃO OU BIPARTIDO.	16
2.2.3 SISTEMA ADOTADO.	19
3. CENTROS INSTITUCIONALIZADOS DE PODER NAS SOCIEDADES ANÔNIMAS BRASILEIRAS.	23
4. O CONCEITO DE ADMINISTRADOR.	28
5. CONCLUSÃO PARCIAL.	32
CAPÍTULO II – POSIÇÃO DOS ADMINISTRADORES NA COMPANHIA.....	34
1. OS ADMINISTRADORES COMO ELEMENTOS DA PESSOA JURÍDICA.	34
2. TEORIAS DA PESSOA JURÍDICA.	35
2.1 TEORIA DA FICÇÃO.	35
2.2 TEORIA DA REALIDADE OBJETIVA.	38
2.3 TEORIA DA REALIDADE TÉCNICA.	41
2.4 CONCEPÇÃO ADOTADA.	44
3. A POSIÇÃO DOS ADMINISTRADORES NA COMPANHIA.	46
3.1 O ADMINISTRADOR COMO REPRESENTANTE.	46
3.1.1 TEORIA DO ADMINISTRADOR COMO REPRESENTANTE VOLUNTÁRIO.	48
3.1.2 TEORIA DO ADMINISTRADOR COMO REPRESENTANTE LEGAL.	53
3.2 TEORIA DOS ADMINISTRADORES COMO ÓRGÃOS SOCIAIS.	55
3.3 POSIÇÃO ADOTADA.	60
CAPÍTULO III – MODALIDADE DO ATO DE PREENCHIMENTO DO ÓRGÃO DE ADMINISTRAÇÃO.....	64
1. A NECESSIDADE DO ATO DE PREENCHIMENTO.	64
2. TEORIAS SOBRE A MODALIDADE DO ATO.	65
2.1 TEORIA DO NEGÓCIO JURÍDICO BILATERAL.	66
2.2 TEORIA DO NEGÓCIO JURÍDICO UNILATERAL.	69

2.3	TEORIA DO ATO JURÍDICO EM SENTIDO ESTRITO OU DE EXECUÇÃO DO CONTRATO DE SOCIEDADE	75
2.4	TEORIAS DUALISTAS OU ANALÍTICAS.....	77
3.	POSIÇÃO ADOTADA.	83
3.1	NATUREZA DO ATO DE ELEIÇÃO.	83
3.1.1	A VONTADE NA DELIBERAÇÃO ASSEMBLEAR.	86
3.1.2	DECLARAÇÃO A TERCEIROS.	89
3.1.3	EFEITOS DETERMINADOS.	92
3.1.4	AUTONOMIA DE VONTADE.....	94
3.1.5	FORMAS ESPECIAIS DA DECLARAÇÃO DA VONTADE SOCIAL DE ELEIÇÃO.....	95
3.2	A ACEITAÇÃO DO ELEITO.	99
3.2.1	ACEITAÇÃO COMO ELEMENTO NECESSÁRIO.	100
3.2.2	NATUREZA DA ACEITAÇÃO.....	101
3.3	QUANTIDADE DE NEGÓCIOS JURÍDICOS.....	104
4.	CONCLUSÃO PARCIAL.....	109

CAPÍTULO IV – TIPO DO NEGÓCIO JURÍDICO DE PREENCHIMENTO DO ÓRGÃO DE ADMINISTRAÇÃO 112

1.	TEORIAS SOBRE O TIPO DO ATO.	112
1.1	A TEORIA DO CONTRATO DE MANDATO	112
1.2	A TEORIA DO CONTRATO DE TRABALHO	116
1.3	A TEORIA DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO.....	120
1.4	A TEORIA DO CONTRATO <i>SUI GENERIS</i> OU DE ADMINISTRAÇÃO.	121
2.	POSIÇÃO ADOTADA	123
2.1	PARTES.	125
2.1.1	QUANTIDADE DE PARTES.....	125
2.1.2	CAPACIDADE.....	126
2.1.3	PESSOA NATURAL, ACIONISTA PARA O CONSELHEIRO, E RESIDENTE NO BRASIL PARA O DIRETOR.	131
2.1.4	IMPEDIMENTOS E INELEGIBILIDADES.	135
2.2	OBJETO.....	136
2.2.1	TIPO DE PRESTAÇÃO.....	137
2.2.2	INTERESSE DA ATIVIDADE CONTRATADA.....	141
2.2.3	IMPUTAÇÃO DO ATO PRATICADO PERANTE TERCEIROS.....	147
2.2.4	EXTENSÃO DOS PODERES.....	151
2.2.5	AUTONOMIA NO DESEMPENHO DA FUNÇÃO.	157
2.2.6	CONTRAPRESTAÇÃO.....	166
2.3	DELEGAÇÃO DE PODERES	170
2.4	FORMA.	173

2.5	RESPONSABILIDADE	174
2.5.1	RESPONSABILIDADE CONTRATUAL E EXTRA CONTRATUAL	175
2.5.2	IRRESPONSABILIDADE POR ATO REGULAR DE GESTÃO	180
2.5.3	RESPONSABILIDADE POR CULPA E DOLO	182
2.5.4	RESPONSABILIDADE POR VIOLAÇÃO DA LEI OU DO ESTATUTO	187
2.6	TÉRMINO DA RELAÇÃO	192
2.6.1	CADUCIDADE	192
2.6.2	DESTITUIÇÃO	194
2.6.3	RENÚNCIA	198
3.	CONCLUSÃO PARCIAL	202
CONCLUSÃO FINAL		204
BIBLIOGRAFIA		210

INTRODUÇÃO

Após a Segunda Grande Guerra Mundial, o papel da Grande Empresa passou a ser crescente na vida econômica moderna.

A evolução da tecnologia acompanhou a revolução dos meios de produção. A exigência de produção em série para conquistar um mercado já não mais limitado pelas fronteiras nacionais, de ganhos de escala frente à concorrência, de grande necessidade de pesquisa e inovação científica alteraram os meios de produção até então vigentes e alçaram a *Grande Empresa* como protagonista de um novo contexto econômico que se revelava.

Mas não somente no campo econômico. A internacionalização do capital e a dispersão dos meios de produção aumentaram a influência da *Grande Empresa* no campo político-social, já que o bem estar da população, quer em razão da disposição de insumos e produtos, quer pelos empregos gerados, passou a ser cada vez mais condicionado ao desenvolvimento da atividade corporativa¹.

A *Grande Empresa* encontrou na Sociedade Anônima sua forma ideal. A limitação de responsabilidade dos sócios e a liquidez proporcionada pela livre cessão da participação social, nessa forma societária, permitiam a mobilização dos recursos vultosos necessários ao desenvolvimento da empresa.

A ampla dispersão acionária e a alteração do perfil do acionista, este muito mais interessado na obtenção de dividendos que na condução da atividade corporativa, geraram a separação da propriedade e do poder dentro da companhia². O fenômeno foi acentuado com a crescente demanda por informações especializadas e a exigência de decisões cada vez mais céleres na condução da atividade corporativa, que provocaram o predomínio da

¹ A *Grande Empresa* apresentou-se como novo centro de poder e alterou drasticamente o próprio conceito de Estado, cuja soberania absoluta é comprometida diante da impossibilidade de organização dos fatores de produção e de discricionariedade de tomada de decisões frente aos imperativos de um capital não limitado mais às fronteiras do país (O. IANNI, *Teorias da globalização*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2000, p. 59).

² A. A. BERLE e G. C. MEANS, *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada* (trad. Dinah de Abreu Azevedo), 1ª ed., São Paulo, Editor Victor Civita, 1984.

tecnoestrutura³ sob o conjunto dos fatores de produção e ascenderam os administradores ao cume do poder⁴.

A proeminência econômico-social do poder dos administradores nas sociedades anônimas tem motivado numerosos estudos jurídicos para a sua devida compreensão, notadamente diante dos conflitos não raros entre o próprio administrador e a companhia. O ponto de partida de todas essas análises, a natureza jurídica da relação entre o administrador e a sociedade anônima, todavia, não tem merecido igual destaque pela doutrina, o que contrasta com sua relevância teórica e prática.

No âmbito doutrinário, sobre o tema, têm sido sustentadas correntes contrapostas. A diversidade de concepções não se restringe sequer às diferenças entre eventuais tipos contratuais, em que os contratos de mandato, de trabalho e de prestação de serviço são exemplos, mas versa sobre a própria existência do negócio jurídico bilateral, com a defesa de uma natureza unilateral, bilateral, plurilateral ou dúplice do ato de preenchimento da função de administrador.

A controvérsia doutrinária pátria, que já seria suficiente a exigir um tratamento sistematizado do tema, alcança maior importância, ainda, diante de posições da doutrina estrangeira, que, embora consolidadas, como na França e na Alemanha, são totalmente divergentes entre si. Enquanto na França predomina a teoria do mandato, na Alemanha vigora a teoria dúplice da nomeação e do contrato de emprego.

No campo prático, a compreensão da natureza jurídica da relação entre o administrador e a sociedade é relevante para a solução de problemas relacionados aos efeitos de um vício na declaração de aceitação sobre a nomeação do administrador, à suspensão do contrato de trabalho durante a gestão, à remuneração dos administradores, à possibilidade de alegação da *exceptio non adimpleti contractus*, bem como à responsabilidade frente à companhia.

³ J. K. GALBRAITH. *O novo estado industrial*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1968, p. 96.

⁴ A nova importância alcançada pelos administradores dentro da companhia foi denominada por J. BURNHAM de *managerial revolution* e provocou a ruptura do binômio poder-risco, na medida em que a dispersão acionária diluiu o controle societário e permitiu o governo da companhia a gestores não proprietários (J. BURNHAM, *The managerial revolution*, New York, Penguin, 1941). Conforme ressalta L. MENGONI, “il potere economico collegato alla grande impresa moderna tende a configurarsi come prerogativa di un ufficio, cioè a burocratizzarsi, contribuendo così a determinare quell’aspetto dell’evoluzione sociale in atto, per cui all’antica struttura di classe viene sostituendosi una nuova gerarchia autoritaria di natura burocratica” (L. MENGONI, *Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell’impresa*, in *Rivista delle Società*, Milano, Giuffrè, 1958, p. 692). Cf. G. FERRI, *Potere e responsabilità nell’evoluzione della società per azioni*, in *Rivista delle Società*, Milano, Giuffrè, 1956.

A importância do ato de preenchimento de órgão na sociedade anônima exige, assim, uma abordagem pormenorizada, com a compreensão das diversas teorias e a relevância de cada qual na legislação dos países que influenciaram a criação da estrutura administrativa das sociedades anônimas brasileiras.

Embora o estudo das posições estrangeiras seja primordial, as particularidades do ordenamento nacional exigem a análise sistemática da legislação, com o cotejamento dos diversos institutos para a busca de uma definição que se pretende precisa.

Neste particular, procurar-se-á evitar a alteração do objeto de estudo na tentativa de, ainda que deformado, enquadrá-lo em uma das estruturas doutrinárias tradicionais. Não se olvidarão esforços, tampouco, para evitar a pretensão de criar um novo instituto, cujo amparo nos modelos até então vigentes seria plenamente possível, o que acarretaria elaboração de definição insignificante e o comprometimento da própria idéia de sistema.

CAPÍTULO I – ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES ANÔNIMAS

1. A incompletude do contrato social

Para se tentar apreender a natureza jurídica da relação entre a administração e a sociedade, imprescindível delimitar o conceito utilizado de administração pela legislação pátria⁵.

Historicamente, o surgimento da sociedade foi motivado como meio de suprir a deficiência de um indivíduo, impossibilitado de realizar somente com os seus próprios recursos todas as atividades necessárias para alcançar um determinado objetivo.

Nestes termos, as sociedades medievais italianas eram baseadas no vínculo sangüíneo e no domus, “entre os membros da mesma família, *in domo sua*, entre os que sentavam ao redor da mesma mesa e comiam do mesmo pão, *homines in una domo qui comedunt eundem panem*, de onde a companhia”⁶. Diante da indivisibilidade dos bens hereditários, a sociedade era o modo dos herdeiros prosseguirem com a exploração em comum dos negócios do *de cujus*⁷.

A partir do ano 1000, com o fim das invasões bárbaras, o vínculo volitivo sucedeu, historicamente, o sanguíneo. A formação das *societates*, *conjuraciones* ou *fraternitates* deixou de ser fundamentada na indivisibilidade do patrimônio familiar e passou a ser decorrente da persecução de uma utilidade comum nos atos dos diversos

⁵ O conceito de administração foi inicialmente abordado no meu *Exercício do poder de administração na sociedade anônima*, dissertação apresentação para a obtenção do título de mestre em direito comercial, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2007, pp. 39/54, ao qual se remete o leitor. Não se repetirá o já anteriormente dissertado, mas se procurará evidenciar os principais pontos expostos para se delimitar o objeto de análise da própria tese que se propõe.

⁶ L. GOLDSCHMIDT, *Storia universale del diritto commerciale*, Torino, Editrice Torinese, 1913, p. 225; W. M. FERREIRA, *Tratado de direito comercial*, v. III, São Paulo, Saraiva, 1961, p. 338; A. SCIALOJA, *Sull'origine delle società commerciali*, in *Saggi di vario diritto*, Roma, Società Editrice del Foro Italiano, 1927, p. 231.

⁷ G. COTTINO, *Diritto commerciale*, v. 1, Padova, Cedam, 1976, p. 327.

membros⁸. A comunhão de esforços e recursos entre os diversos agentes permitir-lhes-ia obter a satisfação de uma necessidade que, isoladamente, não conseguiriam alcançar.

Essa concepção histórica da sociedade, baseada na carência do indivíduo, aliado dos recursos a satisfazer suas necessidade, foi aprimorada pela teoria econômica. Para esta, a sociedade surgiria como modo de os diversos agentes organizarem uma atividade para reduzir ‘custos de transação’, como tais o esforço ou despesa para realizar uma determinada operação sob o mecanismo de preço no mercado. “Em ordem a realizar uma transação de mercado, é necessário descobrir com quem se deseja contratar, informar pessoas que se deseja contratar e em que termos, conduzir negociações dirigidas a obter uma barganha, redigir o contrato, executar a inspeção necessária para certificar que os termos do contrato estão sendo observados”⁹, o que gera uma redução do valor total do benefício auferido com a contratação.

Para R. COASE, a sociedade surgiria da situação em que contratos de termos muito curtos seriam insatisfatórios, pois a empresa prolongada exigiria diversas contratações ao longo de todo o seu desenvolvimento e, em consequência destas, maiores custos seriam gerados diante das incertezas dos futuros contratos¹⁰. A sociedade seria uma forma de reduzir tais custos de transação; maximizaria a utilidade individual de cada agente pela internalização do fator de produção na sociedade e a submissão deste às direções e ao poder autoritário e organizador do empregador¹¹.

O ato que internaliza esse fator de produção e forma a sociedade foi caracterizado, como já tivemos a oportunidade de concluir, como contrato plurilateral de organização¹². Contrato plurilateral de organização ou associativo é o celebrado por duas

⁸ A. SCIALOJA, *Sull'origine delle società commerciali*, op. cit., pp. 229-230; M. MONTANARI, *Medioevo del diritto: all'origine delle società personali*, in *Rivista delle Società*, f. 5-6, Milano, Giuffrè, 1988, p. 1303.

⁹ R. COASE, *The problem of social cost*, in *The journal of law and economics*, outubro, 1960, in <http://www.sfu.ca/~allen/CoaseJLE1960.pdf>, disponível em 31.12.2011, p. 07.

¹⁰ R. COASE, *The nature of the firm*, in *The firm, the market and the law*, Chicago, The University of Chicago Press, 1990.

¹¹ A idéia é sintetizada por R. SZTAJN e H. M. D. VERÇOSA. Para os autores, “considerando que há custos (de transação) envolvidos na utilização do mecanismo de preços (mercado), organizar a produção de modo a determinar quais os preços relevantes, e reduzi-los ou eliminá-los, explica o interesse dos agentes econômicos pela organização da empresa” [R. SZTAJN e H. M. D. VERÇOSA, *A incompletude do contrato de sociedade*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 131, São Paulo, Malheiros, 2003, p. 9, nota 2].

¹² T. ASCARELLI, *O contrato plurilateral*, in *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, 1ª ed., Campinas, Bookseller, 2001. Para síntese das principais teorias a respeito dos atos constitutivos da sociedade conferir meu *Tutela do Interesse Social nas Deliberações Assembleares*, monografia de iniciação científica apresentada à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, São Paulo, 2004, pp. 13/23.

ou mais partes, as quais assumem obrigações e conferem direitos entre si, para a criação de organização que desenvolverá uma atividade para a persecução de um escopo comum. Dentre os diversos elementos, possui como caráter distintivo dos contratos de permuta sua finalidade. O fim almejado pelas partes no momento da contratação não se limita à constituição da sociedade, mas envolve o desenvolvimento de uma atividade ulterior com o objetivo de satisfazer o interesse comum à contratação.

Esta característica foi denominada como função instrumental do contrato plurilateral de organização por T. ASCARELLI¹³ e é enfatizada por P. FERRO-LUZZI em sua definição de contrato associativo¹⁴, cuja perspectiva funcional complementa a perspectiva estrutural do contrato plurilateral. Para T. ASCARELLI, o contrato não se satisfaz com a prestação das partes, como ocorre tipicamente nos contratos de permuta, porém exige o desenvolvimento de uma atividade ulterior para a persecução do interesse dos contratantes¹⁵. Para P. FERRO-LUZZI, é justamente a criação da organização, entendida como *forma iuris* na qual o contrato modela e regulamenta a atividade, a essência do contrato de associação¹⁶.

Por seu turno, no contrato de execução continuada e de longa duração, como se caracteriza o contrato de sociedade, é custoso prever todas as situações futuras que interferirão na atividade ulterior e poderão influenciar na distribuição de direitos e obrigações entre os diversos contratantes. Isso porque entre partes contratantes há assimetria informacional. Embora as partes sejam formalmente iguais, detêm maior ou menor informação sobre a atividade contratada, o que garante uma posição privilegiada ao mais informado, em detrimento do menos informado. Como consequência, a necessidade

¹³ “A execução das obrigações das partes constitui a premissa para uma atividade ulterior; a realização desta constitui a finalidade do contrato; este consiste, em substância, na organização de várias partes em relação ao desenvolvimento de uma atividade ulterior” (T. ASCARELLI, *O contrato plurilateral*, op. cit., p. 396).

¹⁴ P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, Milano, Giuffrè, 1976.

¹⁵ “A execução das obrigações das partes constitui a premissa para uma atividade ulterior; a realização desta constitui a finalidade do contrato; este consiste, em substância, na organização de várias partes em relação ao desenvolvimento de uma atividade ulterior” (T. ASCARELLI, *O contrato plurilateral*, op. cit., p. 396).

¹⁶ P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, op. cit., pp. 320 e 381, nota 3. Para o autor, “ha d’altro canto solo valore descrittivo, sociologico, economico e comunque empirico il richiamo ai concetti di organizzazione, come insieme di beni e di persone, o ad altre entità metagiuridiche sottostanti al fenomeno; giuridicamente ciò che conta esclusivamente è la *forma iuris* in cui l’atto modella l’attività e più genericamente è l’intero fenomeno che giuridicamente esiste nella forma impressa dall’atto, dal suo valore giuridico, che compiutamente lo descrive e lo sostanzia” (P. FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, op. cit., p. 320).

de garantir-se exige maior esforço e custo, os quais são, ainda, potencializados conforme a maior duração do contrato e de sua execução¹⁷.

De modo a reduzir tais custos, os contratantes podem deixar propositalmente vagos determinados eventos, sem a previsão exaustiva de todas as situações futuras que poderão alterar os direitos e obrigações decorrentes do contrato, quando tais custos foram extremamente elevados.

Notadamente nas sociedades, cujo mercado de disponibilização de produtos ou serviços é cada vez mais célere e dinâmico, é custosa aos sócios, no momento da contratação, a previsão de todas as contingências futuras ou sua precificação. O ato constitutivo da sociedade, nesse ponto, deliberadamente não prevê todas e quaisquer mudanças no ‘estado da natureza’, como eventos futuros que possam afetar as prestações das partes contratantes¹⁸. É um contrato tipicamente incompleto e que necessita ser integrado diante da contingência futura.

Para que as lacunas sejam preenchidas e seja permitido o regular desenvolvimento da sociedade, a Lei e o contrato plurilateral prevêem regras que organizam a posição das pessoas no grupo e estabelecem funções a serem por elas desempenhadas para possibilitar tanto as ulteriores especificações contratuais quanto suas efetivações no caso concreto.

Para tanto, independentemente da aquisição posterior da personalidade jurídica, o contrato plurilateral e a Lei estabelecem modos de integração do contrato e atribuem poderes a sócio membro ou ao grupo de sócios para vincularem o patrimônio social, inclusive mediante deliberações por maioria¹⁹.

Nas sociedades sem personalidade jurídica, sustenta SANTI ROMANO, a integração do contrato plurilateral seria realizada mediante a constituição de verdadeiros centros

¹⁷ Sobre o referido custo, fizeram referência R. SZTAJN e H. VERÇOSA. Para os autores, “imagine-se o custo de redigir o instrumento contratual que reflita todas as preocupações das partes, ou seja, a capacidade de descrever todos os ‘estados da natureza’ relevantes para a execução do contrato ou que afetem as prestações. É possível prever alguns dos eventos, mas detalhar as ações que deverão ser adotadas seria muito custoso. Se o contrato distribui riscos – benefícios e ônus – entre partes, é claro que eventos futuros não previstos podem afetar a distribuição inicialmente ajustada, fato que não ocorre nos contratos de execução instantânea que, dessa perspectiva, são completos” [R. SZTAJN e H. M. D. VERÇOSA, *A incompletude do contrato de sociedade*, *op. cit.*, p. 13].

¹⁸ R. SZTAJN e H. M. D. VERÇOSA, *A incompletude do contrato de sociedade*, *op. cit.*, pp. 12 e ss.

¹⁹ Para T. ASCARELLI, sobre a deliberação por maioria, “esta possibilidade corresponde justamente à existência de uma organização que visa a uma finalidade comum a todos os participantes: nesta comunhão de escopo, assenta, afinal, o poder da maioria. Essa possibilidade é, por isso, tanto maior quanto mais nítida é, nos vários tipos de contratos plurilaterais, a distinção entre os interesses ‘comuns’ e aqueles ‘particulares’ de cada participante” (T. ASCARELLI, *O contrato plurilateral*, *op. cit.*, p. 422).

institucionais de poder. Para o autor, ainda que não possuam poderes, direitos e obrigações próprias e, portanto, não sejam pessoas, alguns entes são constituídos de modo a possuírem uma vontade própria, formada e manifestada por órgãos próprios²⁰. A unidade do ente resultaria não da personalidade jurídica, que lhe faltaria, mas da organização concebida pelos atos constitutivos. Diante dessa organização, seria possível que poderes, direitos e obrigações fossem atribuídos ao ente complexo e não aos vários sujeitos que lhe formam. Nessa hipótese, a vontade manifestada não é a dos membros integrantes, mas do próprio ente, que age através de centros institucionais de poder²¹.

Não se pode coadunar, todavia, inteiramente com a afirmação acima. A sociedade cujos atos constitutivos não estiverem inscritos no registro competente não se personifica, embora efetivamente exista no plano das obrigações. O contrato social produz efeitos em relação aos sócios, que podem ser obrigados pela atividade desenvolvida, e em relação a eventuais terceiros, de modo que a sociedade, ainda que não personificada, realmente existe. Sua existência, entretanto, já estabelecida com o contrato, não se confunde com a qualidade de pessoa, que somente passa a existir a partir da inscrição do ato.

Por não possuir personalidade jurídica, a sociedade não é titular de direitos e sujeito de obrigações. Os bens e dívidas, contudo, podem vincular-se à atividade desenvolvida pela sociedade e se caracterizarem como patrimônio especial. É o que resulta da redação do art. 988, do Código Civil, que estabelece que os bens e dívidas sociais constituem patrimônio especial, a ponto de os credores sociais somente poderem executar os bens particulares dos sócios após executados os bens sociais.

Ainda que possa existir patrimônio especial vinculado à atividade social, a titularidade dos direitos e a sujeição às obrigações componentes deste patrimônio são da pluralidade dos sócios membros e não de um ente coletivo diverso. É o grupo de contratantes que se obriga perante terceiros, assim como é a pluralidade a titular dos bens vinculados à atividade a ser desenvolvida.

²⁰ Para o autor, “specialmente quando si tratta di poteri, diritti, obblighi che abbiano natura corporativa, è possibile che la costituzione e l’esplicazione della volontà occorrente per il loro esercizio e rispettivamente per il loro adempimento sia affidata non ai vari soggetti cui spettano, cioè ad una pluralità di persone, mas ad un ente complessivo ce sia organizzato a tal fine: chi in questa ipotesi vuole ed agisce non sono i singoli come tali, per mezzo di loro organi particolari o comuni, ma è l’ente medesimo per mezzo di organi suoi” (S. ROMANO, *Organi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947, pp. 150-151).

²¹ S. ROMANO, *Organi*, *op. cit.*, pp.152/153. Em sentido correlato, F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine Generali del Diritto Civile*, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1954, p. 32.

À míngua da personalidade, não há centros de poder que tornem presente a sociedade, pois esta não pode ser sujeito de direito. Embora qualquer dos sócios possa vincular os bens sociais por atos de gestão, ou seja, pela prática de atos a desenvolverem a atividade pretendida para alcançar um objetivo comum, conforme artigo 989, do Código Civil, este não age na qualidade de administrador de um sujeito coletivo, mas da pluralidade dos sócios contratantes. No mesmo sentido, a deliberação da assembléia dos sócios não expressa vontade do ente coletivo, mas da pluralidade dos sócios.

Logo, a integração do contrato plurilateral é realizada, nas sociedades sem personalidade jurídica, pelos próprios contratantes. Mediante pacto ou subsidiariamente através do art. 989, do Código Civil, a forma de integração do contrato é regulamentada, quer com a atribuição de poderes a apenas um dos contratantes, quer mediante vinculação de todos à deliberação da maioria.

Na sociedade com personalidade jurídica, a integração do contrato é diversa. A pessoa jurídica seria incapaz, por si só, de satisfazer o interesse para o qual foi criada e incapaz de avaliar o comportamento necessário à satisfação de uma necessidade não especificada no ato constitutivo diante de uma contingência fática surgida²². O ente coletivo precisa de centros institucionalizados de poder para formar sua vontade e manifestá-la perante terceiros²³; centros institucionalizados de poder que completam o contrato plurilateral diante do surgimento da contingência futura impossível, ou demasiadamente custosa, para os sócios contratantes a terem previsto.

2. Os centros institucionalizados de poder

Nas pessoas jurídicas, a estrutura dos inúmeros agrupamentos de poder não foi criada de modo unísono pelos diversos ordenamentos jurídicos, mas foi condicionada

²² F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, La Litotipo, 1920, p. 14.

²³ Como o terceiro não contrataria com os membros da pessoa jurídica, mas com o próprio ente coletivo, a falta dos centros institucionalizados de poder provocaria a ausência de sua capacidade de exercício. Para M. S. BETES, “as sociedades anônimas, enquanto pessoas jurídicas de existência ideal, necessitam para a exteriorização de sua vontade e para a execução dos acordos de seu órgão volitivo de pessoas de existência visível que as representem e tornem possível a realização do fim para o qual se constituíram, ou seja a obtenção do objeto social” (M. S. BETES, *Directores de sociedades anónimas*, Santa Fé, 1947, p. 87). Na lição de A. BRUNETTI, “os administradores constituem o órgão por meio do qual a pessoa jurídica desenvolve sua capacidade de agir” (A. BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, v. III, Milano, Giuffrè, 1950, p. 206).

historicamente pelo interesse dominante a ser protegido e pela busca de especialização de funções.

2.1 Evolução histórica

Com a sucessão do vínculo sanguíneo pelo volitivo, a sociedade foi estruturada nos mesmos princípios consuetudinários vigentes até então²⁴, embora a responsabilização dos membros não mais fosse decorrente da indivisibilidade do patrimônio familiar e sim da utilidade comum a que eram endereçados os atos dos diversos membros²⁵.

Nesse contexto histórico, o vínculo associativo era integrado por deliberação de todos os sócios membros que dividiam o mesmo teto ou freqüentavam a mesma oficina, e cada qual tinha poderes para dirigir e obrigar o patrimônio comum, “poiché tutti hanno um diritto reale sul patrimonio comune e s’arricchiscono direttamente delle prestazioni rese a vantaggio dell’ente”²⁶.

A distribuição de poderes de administração entre todos os integrantes, concebida nas sociedades antigas italianas, foi consagrada pelo ordenamento jurídico a alguns tipos societários. O Código Comercial de 1850, ao regular a sociedade em nome coletivo, atribuiu o poder de governar a atividade da companhia aos sócios-gerentes, os quais eram nomeados pelo contrato social ou, na omissão deste, presumia-se que todos os sócios tinham igual direito de usar da firma social (art. 316). A disposição de função administrativa a todos os sócios era também assegurada pelo artigo 13, do Decreto 3.708/19, que, nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada, estabelecia poderes de representação a todos os sócios-gerentes, os quais, na falta de nomeação, eram poderes conferidos a todos os membros.

Atualmente, o Código Civil garante, no art. 1.013, *caput*, em disposição referente às sociedades simples e, portanto, norma geral aplicável às demais sociedades, que “a

²⁴ M. MONTANARI, *Medioevo del diritto*, op. cit., p. 1299.

²⁵ A. SCIALOJA, *Sull’origine delle società commerciali*, op. cit., pp. 229-230; M. MONTANARI, *Medioevo del diritto: all’origine delle società personali*, op. cit., p. 1303.

²⁶ M. MONTANARI, *Medioevo del diritto: all’origine delle società personali*, op. cit., p. 1303. Segundo C. VIVANTE, inicialmente, os membros concediam reciprocamente um mandado para tratarem dos negócios fora da sede social, de modo a assegurar a garantia social e ilimitada. Tais mandados foram, posteriormente, substituídos pelo contrato social (C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, v. II, 5ª ed., Milano, Francesco Vallardi, 1923, p. 93).

administração da sociedade, nada dispondo o contrato social, compete separadamente a cada um dos sócios”. O regulamento, todavia, não se aplica à sociedade limitada, cuja disposição específica, artigo 1.060, determina que a sociedade será administrada por uma ou mais pessoas designadas no contrato social ou em ato separado e, na hipótese de o contrato estabelecer que a administração é atribuída a todos os sócios, esta não se estende aos que ingressarem posteriormente na sociedade.

Não obstante, a evolução da estrutura administrativa para compreender todos os membros não se fez da mesma forma nas sociedades anônimas.

De origem bem mais recente, os precedentes das sociedades anônimas podem ser encontrados em empresas moageiras francesas do fim do século XII, nas associações mineiras germânicas e italianas do século XIII, e nas sociedades de armadores tanto do Mediterrâneo quanto dos Mares do Norte da Europa²⁷. O instituto mais antigo, em que todos os doutrinadores são de acordo em encontrar a estrutura da sociedade anônima, é o Banco de San Giorgio, constituído em Gênova em 1407²⁸.

Na Renascença, os portadores de títulos da dívida pública, facilmente circuláveis, freqüentemente se reuniam para obter a administração ou a propriedade de bens destinados a garantir seus créditos. “Os títulos continuavam, formalmente, a ser títulos obrigacionais, mas, em substância, passavam a representar títulos de participação da gestão dos bens que, administrados pelos próprios credores, os garantiam. Eram, por isso, substancialmente, títulos de participação numa gestão comercial e industrial, mas com responsabilidade limitada dos participantes”²⁹. O Banco de San Giorgio é um dos exemplos dessa associação formada.

A estrutura administrativa do referido Banco foi criada pelos próprios credores, os quais estabeleceram núcleos de poder e de administração. Para tanto, os poderes de controle e de regulamentação foram atribuídos a um conselho, cujos membros eram renovados todo ano, metade por sorteio e metade por eleição pelos sorteados. O conselho era composto por somente 480 acionistas, os quais deveriam possuir ao menos 10 ações,

²⁷ A. SCIALOJA, *Sull'origine delle società commerciali*, op. cit., p. 241.

²⁸ W. M. FERREIRA, *Instituições de direito comercial*, v. IV, São Paulo, Saraiva, 1961, p. 8. Para A. SCIALOJA, ainda que o Banco de San Giorgio seja considerado de modo pacífico como um dos precursores da sociedade anônima, sua importância no sucessivo desenvolvimento das sociedades anônimas não foi demonstrada (A. SCIALOJA, *Sull'origine delle società commerciali*, op. cit., p. 243).

²⁹ T. ASCARELLI, *Princípios e problemas das sociedades anônimas*, in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, Campinas, Bookseller, 2001, p. 454. Cf. L. GOLDSCHMIDT, *Storia universale del diritto commerciale*, op. cit., p. 232.

constituindo o germe de uma assembléia geral. A administração era atribuída a oito ‘protetores’, que deveriam possuir ao menos 100 ações cada, eleitos anualmente pelos acionistas mais interessados³⁰.

A disseminação das sociedades anônimas, todavia, somente realizou-se após a consagração do instituto com as Companhias coloniais dos séculos XVII e XVIII, notadamente com a Companhia Holandesa das Índias Orientais, fundada em 1602, e com a Companhia Holandesa das Índias Ocidentais, fundada em 1621.

O Estado, enfraquecido no período, necessitava socorrer-se dos recursos da pungente classe burguesa para obter os vultosos capitais necessários para empreender a exploração de novas terras. As companhias fundamentavam-se, assim, num ato soberano do governo, que concedia privilégios e monopólios, não somente de aspectos comerciais, mas também políticos³¹. Seu capital era fixo e dividido em parcelas de iguais valores, as ações, livremente circuláveis, e que garantiam a partilha dos lucros e dos riscos nas mesmas condições. De modo a assegurar os participantes e facilitar a captação, foi garantida a responsabilidade limitada ao montante das ações subscritas.

No âmbito administrativo, as companhias holandesas foram estruturadas com a criação de uma Assembléia Geral, com competência para tratar de todos os negócios da companhia, e de diretores, com mandatos fixos³². Segundo W. M. FERREIRA, na Companhia das Índias Ocidentais, “dotou-se a sociedade de organismo específico, acomodado, de resto, com as contingências políticas locais dos diversos Estados Unidos dos Países Baixos, pela criação de seis Câmaras, entre eles distribuídas sob a égide da de Amsterdã, tendo como órgão superior o Conselho dos Dezesete Senhores (*Heeren Seventien*), órgão coletivo que superintendia e dirigia os negócios da companhia”³³. Fora estabelecido nesta, ainda, o conselho fiscal para a apuração das contas prestadas pelos diretores.

A Assembléia Geral, nesse contexto, tinha diminuta importância e influência e, inicialmente, era composta exclusivamente por grandes acionistas, os quais não possuíam

³⁰ L. GOLDSCHMIDT, *Storia universale del diritto commerciale*, op. cit., p. 233.

³¹ T. ASCARELLI, *Princípios e problemas das sociedades anônimas*, op. cit., p. 455.

³² T. M. VALVERDE, *Sociedades por ações*, v. I, Rio de Janeiro, Forense, 1941, p. 08.

³³ W. M. FERREIRA, *Tratado de direito comercial*, v. IV, São Paulo, Saraiva, 1961, p. 16.

poderes de decisão. Somente ao longo do século seus poderes se alargaram e os acionistas passaram a influenciar a composição da administração e a alteração dos estatutos.

As companhias coloniais, todavia, não estavam submetidas a uma disciplina geral, mas própria de cada qual. As companhias surgiram com individualidade e características próprias, fundamentadas, cada qual, em uma “carta” da autoridade pública, que as criava e determinava os direitos e obrigações³⁴.

Disciplina geral somente foi estabelecida em 1807, pelo Código Comercial Francês. Embora pelo Código Napoleônico fosse ainda necessária a autorização governamental para a criação das sociedades, a autorização tinha caráter apenas administrativo, passando-se do sistema do privilégio para o sistema da concessão ou autorização, apesar do Estado ainda possuir a faculdade de fiscalizar a atividade corporativa^{35 36}. Estabeleceu-se um regulamento geral para as sociedades anônimas, em que se assegurou que a sociedade seria gerida por mandatário com prazo fixo, com mandato revogável, acionista ou não, o qual não seria responsável senão pela execução do mandato recebido³⁷.

A Lei francesa de 1807, assim, foi a precursora de uma disciplina geral na criação de núcleos de poder nas sociedades anônimas. Por esta, foram atribuídos poderes a diretores, os quais não seriam todos os acionistas, na falta de estipulação contratual, como exposto para as sociedades de pessoas, mas somente os designados.

2.2 Sistemas de organização da companhia

Nas sociedades de pessoas, a dispersão dos poderes a todos os sócios é feita de modo análogo ao mecanismo de mercado, onde são atribuídos poderes aos titulares de

³⁴ T. ASCARELLI, *Princípios e problemas das sociedades anônimas*, op. cit., p. 455.

³⁵ No Brasil, o Decreto 575/1849 foi o precursor no tratamento das sociedades anônimas. À semelhança do Código Comercial francês de 1807, o Dec. 575 dispensou o sistema de privilégios até então existente, mas não consagrou os princípios característicos das sociedades anônimas. A divisão do capital em ações circuláveis e a responsabilidade dos sócios limitada ao valor das ações somente apareceram com o Código Comercial de 1850, embora nada tenha sido regulado quanto à Assembléia dos acionistas (T. M. VALVERDE, *Sociedades por ações*, v. I, op. cit., p. 16).

³⁶ A superação da necessidade de autorização governamental para a criação das sociedades anônimas somente ocorreu após a Lei francesa de 1867.

³⁷ W. M. FERREIRA, *Tratado de direito comercial*, v. IV, São Paulo, Saraiva, 1961, p. 20.

direitos de propriedade e, portanto, aos receptores automáticos das consequências positivas e negativas das decisões tomadas a respeito de seus recursos. Os proprietários têm incentivo direto para tomar as melhores decisões, já que decerto maximizariam o valor dos recursos³⁸.

Esse incentivo, contudo, não se faz sem a perda da vantagem da especialização de funções. A necessidade de todos os proprietários serem decisores afasta a vantagem de tomada de decisão por um especialista, com maiores conhecimentos sobre o negócio a ser realizado ou com maior experiência em determinado campo³⁹.

Ainda que inicialmente sob intervenção estatal, a especialização das funções era imprescindível ao regular funcionamento da sociedade anônima. Desde suas origens, a sociedade anônima sempre foi a forma preconizada para a arrecadação de vultosos capitais e para o desenvolvimento de complexa atividade social. A vasta captação dos recursos populares e a necessidade de informações especializadas de seus decisores tornaram ineficiente uma estrutura administrativa formada por todos os sócios, o que, ademais, dificultava a atribuição de responsabilidade e o controle estatal da atividade corporativa desenvolvida, notadamente por ocasião dos sistemas do privilégio ou da autorização estatal.

A criação de uma estrutura administrativa restrita somente a alguns decisores, entretanto, se contrapunha aos chamados “custos de agência”, ou seja, ao risco da atribuição de poderes gerenciais a pessoas que não suportariam todas as consequências patrimoniais da atividade a ser desenvolvida e que, portanto, teriam incentivo econômico para realizar comportamento de maximização de sua utilidade individual a despeito da coletividade⁴⁰.

³⁸ B. ARRUÑADA, *Teoria contractual de la empresa*, Barcelona, Marcial Pons, 1998, p. 315.

³⁹ Para B. ARRUÑADA, “la razón de ser última de las organizaciones puede contemplarse como la de lograr una especialización de funciones peculiar, en tareas informativas y decisionales, al precio de prescindir del control automático que proporcionan los derechos de propiedad en el mercado. Las empresas y demás organizaciones tienen así como propiedad esencial el favorecer la especialización de funciones entre quienes ostentan derechos de propiedad sobre los recursos y quienes se especializan en tomar decisiones sobre su asignación óptima” (B. ARRUÑADA, *Teoria contractual de la empresa*, *op. cit.*, p. 315).

⁴⁰ Relação de agência ocorre sempre que uma pessoa, o principal, contrata outra pessoa, o agente, para a realização de atos por conta e no interesse do principal, com delegação de poderes decisórios. Na definição de C. W. SMITH JUNIOR e M. C. JENSEN, “narrowly defined, an agency relationship is a contract in which one or more persons [the principal (s)] engage another person (the agent) to take actions on behalf of the principal(s) which involve the delegation of some decision-making authority to the agent” {C. W. SMITH e M. C. JENSEN, *Stockholder, Manager, and Creditor Interests: Applications of Agency Theory. Theory of the firm: governance, residual claims and organizational forms*, in *Harvard University Press*, dezembro, 2000, disponível em <http://ssrn.com/abstract=173461>, em 31.12.2011, p. 2}.

2.2.1 Sistema francês ou tradicional

Visando à especialização de funções e a identificação da responsabilidade dos principais agentes, a Lei francesa de 1807, ao estabelecer a disciplina geral para a sociedade anônima, determinou, pelo que foi posteriormente seguida pelos diversos ordenamentos jurídicos existentes, que os proprietários dos recursos transferissem a algumas poucas pessoas o direito de decisão sobre os bens. Individualizou-se um núcleo de poder formado somente por especialistas, eleitos pelos sócios membros, aos quais se atribuiriam os poderes de conduzir a sociedade nas atividades hodiernas.

Para evitar o custo de agência, da motivação do agente para maximizar sua utilidade individual ao invés da coletiva, ao realizar atividades com menos empenho e que reverteriam em menor lucro sobre os recursos de terceiros, criaram-se mecanismos de controle para representar os direitos de propriedade sob o sistema de preço ou de mercado⁴¹.

Uma das formas de controlar os agentes foi a distribuição de funções de ratificação e monitoramento das decisões a um ente diverso daquele incumbido das funções de iniciativa e implementação⁴². Tradicionalmente, atribuíram-se aos diretores os poderes decisório hodierno e executório, enquanto atribuíram-se à assembléia geral decisões estruturais, de orientação geral da atividade corporativa ou de alteração de estatuto, e a supervisão dos atos praticados pelos diretores.

A atribuição de poderes decisórios e de execução a um único núcleo institucional, os diretores, foi conhecida como sistema monista ou francês. O critério, adotado pelo Código Comercial Francês de 1807, foi posteriormente consagrado pela Lei francesa de 1867, ao abolir a intervenção estatal nas sociedades anônimas, e se propagou como modelo adotado por diversos ordenamentos jurídicos⁴³.

⁴¹ B. ARRUNADA, *Teoria contractual de la empresa*, op. cit., p. 317.

⁴² Para E. F. FAMA e M. C. JENSEN, *Separation of ownership and control*, in *Journal of Law & Economics*, v. XXVI, 1983, <http://ssrn.com/abstract=94034>, disponível em 31.12.2011, p. 6.

⁴³ A Lei francesa de 1966, alterada pelo Decreto 70-1.284, de 1970, permitiu a escolha entre o sistema tradicional ou o sistema binário de organização da companhia com a criação de uma diretoria e um conselho de vigilância.

O modelo, surgido no auge do liberalismo econômico - que exigia a abolição da intervenção do Estado na esfera privada e incentivava a livre iniciativa -, preconizava o poder soberano atribuído à assembléia geral de acionistas, núcleo de poder hierarquicamente superior aos demais. Neste sistema, os diretores eram concebidos como meros mandatários dos sócios, por estes diretamente nomeados e livremente destituídos, e cujos interesses privados exclusivamente deveriam ser buscados no desenvolvimento da atividade ulterior da companhia.

2.2.2 Sistema alemão ou bipartido

A depender da complexidade de informações exigidas, entretanto, o mecanismo de controle, exercido diretamente pelos sócios em assembléia, não se revela suficiente para evitar os custos de agência, ou seja, os custos de controle são muito altos em relação à eficiência alcançada. Nas sociedades, isso é traduzido pela situação em que os sócios membros não possuem as condições suficientes, quer informação, quer tempo, - ou é custoso demais obtê-las -, para decidir os rumos gerais da companhia, ou sequer para monitorar as decisões e execução exigidas dos diretores⁴⁴.

Algumas legislações passaram a estabelecer, assim, a existência de novos centros institucionalizados de poder exatamente para realizar as funções de deliberação e de supervisão desempenhadas insatisfatoriamente pelas Assembléias Gerais, como o Conselho de Administração ou o Conselho de Supervisão.

A bipartição dos poderes gerenciais em diversos núcleos de poder foi denominada sistema dualista ou alemão. Ao Conselho de Supervisão (*Aufsichtsrat*) ou Conselho de Administração, cujos membros seriam eleitos pela Assembléia Geral, seriam atribuídas funções de nomeação dos membros da diretoria, de autorização de determinados atos previstos na lei ou no estatuto, de controle e de orientação da atividade corporativa. À Diretoria competiria a execução da atividade e a manifestação da vontade social a terceiros⁴⁵.

⁴⁴ E. F. FAMA e M. C. JENSEN, *Separation of ownership and control*, op. cit., p. 11.

⁴⁵ O. BARRETO FILHO, *Estrutura administrativa das sociedades anônimas*, in *Revista de direito mercantil, industrial e econômico*, nº 24, Revista dos Tribunais, 1976, p. 69; P. ABBADESSA, *Organizzazione della funzione amministrativa nella società per Azioni: Esperienze straniere e prospettive di riforma*, in *Rivista delle società*, f. 6, Milano, Giuffrè, 1970, p. 1239; V. ALLEGRI, *Amministratori e consiglio direttivo*, in *I*

O sistema dualista, todavia, não foi utilizado somente para resolver problemas de agência entre os proprietários/acionistas e os administradores, mas também para solucionar conflitos de interesses entre proprietários, administradores e Estado.

A *Aktiennovelle* de 1870 estabeleceu, na Alemanha, o sistema composto por um Conselho de Supervisão (*Aufsichtsrat*) e uma Diretoria (*Vorstand*), com o intuito de aumentar o controle dos dispersos acionistas sobre a atividade da diretoria, notadamente diante da supressão do sistema de privilégio ou de autorização estatal. A estrutura dúplice, por seu turno, foi reproduzida pela *Aktiengesetz* de 1937, mas não mais para reduzir os conflitos de agência entre os administradores e os proprietários. A estrutura foi utilizada para garantir os postulados da Teoria da *Unternehmen an sich* (Teoria da Empresa em Si), que preconizava a sociedade anônima como elemento de economia coletiva, cujo desenvolvimento era diretamente relevante para os interesses de trabalhadores, fornecedores, dependentes e credores, os quais deveriam ser preservados, embora não necessariamente se confundissem com os interesses dos sócios membros⁴⁶.

Sob a perspectiva da teoria da empresa em si, a capitalização da grande empresa, com a ampla dispersão acionária, propiciou que os acionistas orientassem a companhia para a busca irrestrita do lucro. A perseguição descontrolada de dividendos, todavia, expunha a sociedade à especulação, ao controle da produção sobre o mercado de consumo, ao aumento do preço dos produtos, à redução dos postos de trabalho para a maior eficiência, o que prejudicaria a economia nacional como um todo.

Para W. RATHENAU, os interesses contratualistas dos sócios não poderiam mais ser considerados como os únicos a orientar a atividade social. “A grande empresa não é mais hoje uma estrutura exclusiva dos interesses de direito privado, mas muito mais, tanto individualmente como em seu conjunto, um fator da economia nacional, pertencente à totalidade, que ainda carrega consigo em razão de sua origem, por direito ou não, traços de direito privado de uma pura empresa lucrativa, enquanto se tornou há muito e em crescente medida útil a interesses públicos e, assim, criou uma nova situação jurídica. Seu desenvolvimento no sentido da economia comunitária é possível, sua reestruturação em

grandi problemi della societa per azioni nelle legislazioni vigenti inchieste di diritto comparato, Padova, Cedam, 1976, p. 788.

⁴⁶ A evolução da atividade econômica familiar para a grande empresa econômica, que influencia o interesse de enorme parcela da população e obriga a uma nova concepção da sociedade anônima como agente de interesse público, foi denominada por W. RATHENAU como *substituição de fundamento* - *Substitution des Grundes* [W. RATHENAU, *Do sistema acionário – uma análise negocial* (trad. Nilson Lautenschleger Jr.), in *Revista de Direito Mercantil*, nº 128, São Paulo, Malheiros, 2002, p. 202].

relações puramente de direito privado ou sua divisão em pequenas partículas privadas é inconcebível”⁴⁷.

Para preservar os interesses dos diversos agentes envolvidos na atividade corporativa, inclusive o interesse estatal, a grande empresa deveria afastar-se “dos particularismos dos interesses privados”⁴⁸. A direção da companhia deveria se afastar dos acionistas. Exigia-se, portanto, uma outorga do controle social a uma estável administração, o *Vorstand*, cujos membros não fossem eleitos diretamente pela Assembléia, mas pelo Conselho de Supervisão, obrigada a dirigir a sociedade conforme o bem da empresa e o interesse comum da nação e do *Reich*⁴⁹. Por outro lado, reduziam-se os poderes da assembléia geral, circunscritos somente aos poderes atribuídos expressamente pela Lei ou pelos estatutos, com a vedação de qualquer forma de ingerência nos atos de gestão.

A principal crítica tecida à estrutura foi a de que os membros do *Vorstand*, todavia, ainda que eleitos pelo Conselho de Supervisão, não passaram a exercer a função atribuída de tutela dos interesses extra-sociais com imparcialidade, pois eram eleitos, ainda que indiretamente, pelo grupo de controle⁵⁰.

De modo a garantir a efetivação dos interesses extra-sociais, passou-se a internalizar um representante no próprio órgão, em nova concepção chamada de institucionalismo integracionista⁵¹. Em 1951, assim, instaurou-se para as sociedades de carvão e de aço com mais de 1.000 empregados um sistema de co-gestão, em que há representação paritária dos trabalhadores na *Aufsichtsrat* e no *Vorstand*. A co-gestão, com participação minoritária e não paritária, entretanto, foi estabelecida nos Conselhos de Supervisão das sociedades com mais de 500 empregados, qualquer que seja sua atividade, pela Lei de constituição do estabelecimento de 1952.

A Lei das Sociedades de 1965 manteve as regras já estabelecidas pela Lei de 1937, mas suprimiu os preceitos nacionalistas até então em vigor. Pela Lei, o sistema

⁴⁷ W. RATHENAU, *Do sistema acionário – uma análise negocial*, op. cit., p. 214.

⁴⁸ W. RATHENAU, *Do sistema acionário – uma análise negocial*, op. cit., p. 215.

⁴⁹ P. G. JAEGER, *L' interesse sociale*, Milano, Giuffrè, 1972, p. 42.

⁵⁰ P. G. JAEGER, *L' interesse sociale*, op. cit., p. 47.

⁵¹ A expressão é de C. SALOMÃO FILHO (C. SALOMÃO FILHO, *O novo direito societário*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 32). Para o autor, a nova concepção apregoaria um interesse da empresa concebido como “harmônico e comum aos interesses dos vários tipos de sócios e dos trabalhadores e que se traduz no interesse à preservação da empresa” (C. SALOMÃO FILHO, *O novo direito societário*, op. cit., p. 34).

dúplice foi mantido, bem como a participação dos trabalhadores tal como já fixado pelas leis anteriores. Em 1976, por fim, a Lei estabeleceu a participação paritária dos trabalhadores nos Conselhos de Supervisão de sociedades com mais de 2.000 empregados, mantendo em vigor as leis anteriores e criando, assim, na Alemanha, três sistemas de participação dos trabalhadores nas sociedades anônimas⁵².

2.2.3 Sistema adotado

O sistema de privilégio vigorou no Brasil até 1849, de modo que as sociedades anônimas, até então, somente eram criadas através de leis especiais e não havia uma disciplina geral ao tipo societário.

O Decr. 575, de 10 de janeiro de 1849, reflete a alteração para o sistema da concessão ou autorização, que passou a vigorar na França a partir do Código Comercial de 1807. Pelo decreto, o Estado condicionava a criação a uma autorização e proibia qualquer alteração estatutária sem prévia anuência estatal, embora não tenha consignado os princípios da companhia.

Os princípios das sociedades anônimas foram consagrados pelo Código Comercial de 1850, que manteve o sistema da concessão ou autorização, embora só tenha disciplinado as companhias em cinco artigos. Dentre esses, o artigo 295 determinou que as companhias somente poderiam estabelecer-se com autorização do governo e que seriam administradas por mandatários revogáveis, sócios ou não sócios. Por seu turno, o art. 299 asseverou que os administradores ou diretores respondiam somente à companhia pela execução do mandato, após a inscrição do instrumento ou título de instituição no Registro de Comércio.

Já por ocasião do Código Comercial de 1850, portanto, havia sido adotado no Brasil o sistema francês ou tradicional na companhia, em que a gerência da companhia cumpria a um único núcleo de poder, os diretores.

O sistema de concessão somente foi extinto em 1882, pela Lei 3.150, regulamentada por diversos decretos. A partir desta lei, bastava que fossem cumpridas as

⁵² Para C. SALOMÃO FILHO, “muito influuiu para a maturação de tais leis a particular situação da Alemanha no segundo pós-guerra. A necessidade sentida pelas potências ocupadas e pelos sindicatos de promover uma descartelização e um enfraquecimento geral dos centros de poder na indústria alemã ajudou a levar avante os desejos dos sindicatos de criação de uma real *Wirtschaftsdemocratie*, como concebida nos primeiros anos da República de Weimar” (C. SALOMÃO FILHO, *O novo direito societário*, op. cit., p. 33).

formalidades indispensáveis à organização e funcionamento para que fossem criadas as sociedades anônimas, não se exigindo mais qualquer autorização estatal.

O Decreto 434, de 04 de julho de 1891, consolidou as disposições existentes sobre as sociedades anônimas e manteve o sistema tradicional de administração⁵³, o que foi reproduzido no Decreto-Lei 2.627/1940, que, em seu art. 116⁵⁴, estabeleceu um sistema composto pela Assembléia Geral de acionistas, por uma Diretoria e pelo Conselho Fiscal.

Por ocasião de sua elaboração, os redatores do projeto foram expressos ao sustentarem a preferência pelo sistema tradicional em detrimento do sistema dúplice. Para T. MIRANDA VALVERDE, co-autor do projeto, “nosso sistema é, fora de dúvida e sobre todos os pontos de vista, superior ao sistema administrativo das sociedades anônimas estrangeiras, cujos conselhos de administração, compostos de dezenas de pessoas que não trabalham, na maioria incompetentes, mas que recebem grandes porcentagens sobre os lucros sociais, constituem, na opinião hoje generalizada, o cancro das sociedades anônimas”⁵⁵.

O interesse social ao qual deveria ser orientada toda a atividade corporativa, para o Decreto-Lei, era o interesse dos sócios membros da sociedade, cuja expressão far-se-ia através da deliberação majoritária da Assembléia Geral dos acionistas⁵⁶. Pelo Decreto-Lei 2.627/1940, a Assembléia Geral era “o poder supremo da sociedade anônima (...). A assembléia geral examina atos e fatos e toma a iniciativa dos que poderão ou deverão ser executados pelos outros órgãos”⁵⁷.

Passou-se a sustentar, entretanto, que a disciplina do Decreto-Lei não era mais adequada ao mundo econômico circunstante e que exigiria revisão.

Como forma utilizada pela Grande Empresa, a Sociedade Anônima tornou possível a captação de recursos ilimitada em razão da livre transferibilidade do papel, da

⁵³ Art. 97. As sociedades anonymas serão geridas por dous ou mais administradores; § 1º O mandato de administrador não póde durar mais de seis annos, e é revogavel, a todo tempo, sem necessidade de causa justificativa; § 2º A nomeação e a destituição dos administradores competem á assembléa geral; § 3º Os administradores podem ser reeleitos.

⁵⁴ Art. 116, caput: A sociedade anônima ou companhia será administrada por um ou mais diretores, acionistas ou não, residentes no país, escolhidos pela assembléia geral, que poderá destitui-los a todo tempo.

⁵⁵ T. M. VALVERDE, *Sociedades por ações*, v. II, Rio de Janeiro, Forense, 1941, pp. 22-23.

⁵⁶ Expressão da teoria contratualista do interesse social, o artigo 87 determinava: “A assembléia geral tem poderes para resolver todos os negócios relativos ao objeto de exploração da sociedade e para tomar as decisões que julgar convenientes à defesa desta e ao desenvolvimento de suas operações”.

⁵⁷ T. M. VALVERDE, *Sociedades por Ações*, v. I, *op. cit.*, pp. 416/417.

responsabilidade restrita à participação e da possibilidade de liquidez imediata. A junção dos mercados e o fim das fronteiras e das distâncias, numa economia que passou a ser global, estendeu a necessidade de alcance de economias de escala pela sociedade, exposta não somente a um mercado de consumo mundial, como a uma concorrência mais acirrada.

Esse novo contexto ampliou o desenvolvimento dos próprios mercados de capitais nacionais e, diante da ampla mobilização de recursos necessários, teria provocado profunda alteração na postura dos acionistas. Os detentores do capital não mais almejam deter ativa participação na companhia ou possuem relação de confiança com os acionistas controladores, tal qual vigorava antigamente nas sociedades e permaneceria, em certa medida, apenas nas sociedades anônimas fechadas. Nas sociedades abertas, os acionistas passam a ‘meros prestadores de capital’, descomprometidos com a gestão social. As Assembléias Gerais, à míngua de acionistas presentes, perdem o seu caráter de poder constituinte em ação, de órgão máximo da sociedade, e evidenciam a transferência de poder dos proprietários de capital para os dirigentes⁵⁸.

Por seu turno, na Grande Empresa, a complexidade e especialidade das informações necessárias tornaram insubsistente, como estrutura corporativa eficiente, a atribuição de poderes de controle e de decisão a uma coletividade de acionistas desinteressada. Outrossim, a celeridade das informações exigidas contrastava com a morosidade e o formalismo exigidos nas convocações das assembléias gerais, cujas deliberações passaram a ser excepcionais durante o exercício da companhia.

No âmbito econômico, assim, o mecanismo de controle não era suficiente para evitar os custos de agência, pois a Assembléia Geral não era mais adequada a tomar as decisões e controlar a execução da atividade corporativa desenvolvida pelos diretores.

Mas não somente pelo aspecto econômico se sustentava uma revisão do modelo tradicionalmente adotado. Para A. LAMY FILHO, o novo sistema deveria assegurar a responsabilidade social e o papel das sociedades anônimas na economia nacional e, para tanto, deveria tutelar não somente os interesses dos detentores de capital, mas também os interesses institucionais ou extra-societários. “O poderio que adquiriram as S/A, sua eficiência no processo de desenvolvimento econômico, como instrumento que possibilita a criação da grande empresa sem condená-la à iniciativa exclusiva (e por isso opressora) do

⁵⁸ A. LAMY FILHO, *A reforma da lei de sociedades anônimas (seminário)*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 7, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972, pp. 125/126.

Estado, explicam e justificam o interesse geral em fiscalizá-la e protegê-la, em educar o empresário, e induzi-lo mesmo à sua melhor utilização, em incentivar e garantir o investidor no aplicar suas poupanças em títulos corporativos, ao mesmo tempo em que se busca assegurar a higidez desses novos seres, defendendo-os dos abusos e do aventureirismo”⁵⁹.

A proteção ao interesse institucional foi diretamente estabelecida como princípio a ser assegurado pela Lei. Na *Exposição de Motivos n.º 109*, de 24 de junho de 1976, do projeto que veio a se converter na Lei 6.404/76, estabeleceu-se que, “atento ao fato básico de que as instituições mercantis – sobretudo na escala que a economia moderna lhes impõe – revestem-se de crescente importância social, com maiores deveres para com a comunidade em que vivem e da qual vivem, o Projeto introduziu o fato novo do dever de lealdade dessas instituições, imposto como norma de comportamento a controladores e administradores, para com o país”.

Com esses intuitos, a Lei 6.404/76 consagrou o sistema dualista, embora não integralmente⁶⁰. A estrutura dúplice não foi imposta a todas as sociedades anônimas. Somente à sociedade de economia mista, à de capital autorizado e à sociedade anônima aberta, cujos particulares interesses demandariam maior proteção pelo ordenamento jurídico, a estrutura dúplice foi estabelecida como compulsória.

Nas sociedades de economia mista, a essencialidade da atividade corporativa para a população, bem como a maior segurança ao investimento público, motivariam a criação de uma estrutura de controle mais complexa e atuante. Nas sociedades de capital autorizado, o particular interesse que motivou a obrigação de criação do conselho é a possibilidade de subscrição de modo especial das ações no aumento de capital. Nas

⁵⁹ A. LAMY FILHO, *A reforma da lei de sociedades anônimas*, op. cit., p. 127. Para o autor, havia uma diversidade de interesses a disciplinar. “Efetivamente, o alvo a atingir supõe incentivo e estímulo ao investidor para aplicar poupanças no mercado de capitais de risco, e, para tanto, cabe reforçar-lhe os direitos, aumentar a publicidade dos atos dos administradores, defendê-lo contra fraude dos gestores, tornar efetiva a posição do acionista como dono e controlador da empresa; correlatamente, cabe proteger a iniciativa do empresário, assegurar-lhe liberdade de ação para decisões que, inclusive, envolvem riscos inerentes à vida empresarial, dar-lhe meios de defender-se e defender a empresa da omissão e incompetência dos acionistas. Do mesmo passo, cabe propiciar à S/A o desempenho de sua função básica a serviço da atividade privada na realização de grandes empreendimentos, e zelar para que o poder e a força de que dispõe não sejam utilizados contrariamente ao bem público, dando-lhe uma consciência de responsabilidade social (...)” (A. LAMY FILHO, *A reforma da lei de sociedades anônimas*, op. cit., pp. 137/138).

⁶⁰ O sistema dúplice facultativo preconizado pelo ordenamento pátrio foi espelhado na reforma da legislação societária francesa de 1966, cujas principais lições eram tidas como soluções a uma maior tutela ao interesse público crescente na sociedade anônima (A. LAMY FILHO, *A reforma da lei de sociedades anônimas*, op. cit., p. 133).

sociedades abertas, a criação do órgão foi fundamentada na ampla dispersão acionária. Os acionistas, em regra ausentes e com poderes diluídos, teriam seus interesses mais protegidos com a possibilidade de figurar um representante dos acionistas minoritários em um órgão de controle⁶¹.

Atentos ao fato de que o Conselho de Administração fixa “um aparato complexo e dispendioso para o funcionamento da sociedade anônima”⁶², os redatores do projeto convertido na Lei 6.404/76 asseguraram a adoção facultativa do órgão nas sociedades anônimas fechadas.

Nas sociedades com pequenas dimensões, em que as informações necessárias para o desenvolvimento da atividade corporativa podem ser detidas pelos membros em razão da pequena complexidade, a divisão dos poderes de deliberação e supervisão entre diversos núcleos é ordinariamente mais custosa para a sociedade do que o ganho de eficiência advindo da limitação dos problemas de agência. Para estas sociedades, a concentração de poderes para a tomada de decisões, implementação e controle em poucos indivíduos seria mais eficiente. De modo a controlar os conflitos de interesses entre os proprietários dos recursos e os decisores, a solução encontrada seria a atribuição dos referidos poderes àqueles que suportariam os riscos do negócio, embora se sacrificasse a especialização de funções, na medida em que os agentes não seriam mais escolhidos apenas por suas capacidades de tomar decisões, mas pela sua efetiva participação no capital social⁶³.

3. Centros institucionalizados de poder nas sociedades anônimas brasileiras

Diante do sistema dúplice facultativo, quatro são os núcleos de poder previstos pela legislação: o Conselho de Administração, a Diretoria, o Conselho Fiscal e a Assembléia Geral.

Ao Conselho de Administração foram atribuídos poderes de gestão e de supervisão. Suas atribuições podem ser divididas em três grupos distintos, conforme

⁶¹ F. MARTINS, *Poderes dos administradores nas sociedades anônimas*, in *Direito societário – estudos e pareceres*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 273.

⁶² O. BARRETO FILHO, *Estrutura administrativa das sociedades anônimas*, *op. cit.*, p. 65.

⁶³ Nas palavras de E. F. FAMA e M. C. JENSEN: “in effect, restriction of residual claims to decision agents substitutes for costly control devices to limit the discretion of decision agents” (E. F. FAMA e M. C. JENSEN, *Separation of ownership and control*, *op. cit.*, pp. 7-8).

classificação utilizada por P. F. CAMPOS SALLES DE TOLEDO: as programáticas ou normativas; as de fiscalização ou controle; e as propriamente administrativas⁶⁴.

As atribuições programáticas ou normativas são as de formação de política empresarial da companhia. Compreendem o poder de fixar a orientação geral dos negócios da sociedade, com a decisão sobre os rumos a serem tomados no desenvolvimento da atividade corporativa (art. 142, I).

As atribuições de fiscalização ou controle são as funções de verificação do cumprimento das normas e do estatuto pelos órgãos para a consecução do interesse social. As atribuições compreendem a fiscalização dos atos dos diretores, o exame, a qualquer tempo, dos livros e papéis da companhia, a fiscalização dos contratos celebrados ou em via de celebração (art. 142, III), bem como a manifestação sobre o relatório da administração e sobre as contas da diretoria (art. 142, V).

Por fim, as atribuições ‘administrativas’ consistem na efetivação, na execução dos atos para a realização dos fins sociais, embora não compreendam os poderes de manifestação externa da vontade da companhia. São atribuições administrativas as funções de eleger e destituir os diretores da companhia (art. 142, II), de manifestar-se previamente sobre atos ou contratos, quando o estatuto assim o exigir (art. 142, VI), de deliberar, quando autorizado pelo estatuto, sobre a emissão de ações ou de bônus de subscrição (art. 142, VII) e de autorizar, se o estatuto não dispuser em contrário, a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais e a prestação de garantias e obrigações de terceiros (art. 142, VIII)⁶⁵.

Quanto à diretoria, ainda que suas funções sejam parcialmente restringidas na hipótese da adoção da estrutura dúplice na companhia, os diretores não seriam meros órgãos de execução das deliberações do Conselho. Aos diretores foram atribuídos parcela

⁶⁴ P. F. CAMPOS SALLES DE TOLEDO, *O conselho de administração na sociedade anônima*, Atlas, São Paulo, 1997, p. 37. O autor ressalta que a taxatividade pretendida pelo ordenamento para a fixação das atribuições do Conselho de Administração deve ser entendida com reservas. Para este, “não havendo interferência na esfera de atribuições legais de outro órgão, podem os estatutos da companhia, ou mesmo o regimento interno do conselho, conferir-lhe outras funções, além de especificar e pormenorizar as existentes” (P. F. CAMPOS SALLES DE TOLEDO, *O conselho de administração na sociedade anônima*, São Paulo, Atlas, 1997, p. 37).

⁶⁵ No modelo dualista, tanto a Assembléia Geral como a Diretoria têm parcela de suas atribuições transferidas ao Conselho de Administração. As funções de fiscalização da legitimidade dos atos dos diretores, a eleição de membros da diretoria, a escolha dos auditores independentes e a autorização para que a diretoria pratique determinados negócios jurídicos eram reservadas à Assembléia Geral no modelo monista; no dualista passaram a ser do Conselho. As atribuições, tradicionalmente da diretoria, de orientar os negócios sociais e convocar a Assembléia Geral também foram transferidas ao Conselho (M. CARVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. III, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 133).

do poder de gestão, com poder de decisão e efetivação dos atos de gestão ordinária da companhia, ressalvada a reserva estatutária à prévia autorização do Conselho, e os poderes exclusivos de manifestação externa da vontade coletiva. Por sua vez, na ausência do Conselho, à Diretoria foram atribuídos todas as funções de gestão e os poderes de manifestação da vontade social⁶⁶.

Ao contrário do Conselho de Administração, a Diretoria não é órgão de deliberação colegiada, em regra. A lei atribuiu a qualquer diretor, individualmente, a prática dos atos necessários ao funcionamento regular da companhia (art. 144). A atribuição para a prática individualmente dos atos de gestão e para declarar a vontade da companhia pode, contudo, ser restringida pelo estatuto social ou pela deliberação do Conselho de Administração, que podem disciplinar o poder de gestão de cada diretor e determinar que certas decisões sejam tomadas de forma colegiada ou, ainda, restringir os poderes de representação somente a um diretor ou a alguns⁶⁷.

A facultatividade do Conselho de Administração não se faz presente no Conselho Fiscal. Este é órgão de existência obrigatória. Dispositivo, simplesmente, é o funcionamento permanente ou apenas quando solicitada a instalação a pedido de acionistas, nos termos do art. 161, da Lei 6.0404, o que compete ao estatuto social regular.

Ao Conselho Fiscal foram atribuídas funções de fiscalização dos atos de gerência da sociedade e de informar a Assembléia Geral. Nos termos do art. 163, os conselheiros fiscais devem verificar o cumprimento dos deveres legais e estatutários dos conselheiros de administração e diretores, opinar sobre relatório anual e complementá-lo com as

⁶⁶ Segundo F. MARTINS, “quando, pois, as sociedades anônimas não possuírem Conselho de Administração, os poderes desse serão exercidos pela Diretoria, desde que tais poderes não conflitem com os da própria Diretoria” (F. MARTINS, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 518). Cf. R. REQUIÃO, *Curso de direito comercial*, v. II, 22ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 184.

⁶⁷ Para P. F. CAMPOS SALLES DE TOLEDO, a competência do Conselho de Administração na fixação das atribuições dos diretores é complementar, ou seja, permite-lhe especificar e regulamentar a distribuição de funções já realizada pelo estatuto. Neste sentido, “enquanto o estatuto da companhia fixa, de modo genérico e abstrato, as atribuições dos diretores, ao conselho incumbe a aplicação dessa norma. Assim, o conselho não apenas poderá especificar melhor as funções de cada diretor, no plano normativo, como ainda terá a incumbência de fazer atuar concretamente as normas estatutárias, ao exercer a tarefa de fiscalização” (P. F. CAMPOS SALLES DE TOLEDO, *O conselho de administração na sociedade anônima*, *op. cit.*, p. 38).

Da mesma maneira se manifesta M. CARVALHOSA, para quem, “somente o estatuto poderá discriminar quais os diretores que terão e como exercerão a representação orgânica da companhia (art. 143). A norma ora comentada, ao falar em deliberação do conselho a respeito, comete erro grosseiro de técnica jurídica, pois a representação orgânica é atribuída aos cargos estatutariamente criados e não às pessoas. Ora, uma resolução do conselho não poderia modificar a discriminação dos cargos prevista no estatuto” (M. CARVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. III, *op. cit.*, p. 180).

informações necessárias à assembléia, denunciar os erros e fraudes e sugerir providências, convocar a Assembléia Geral e examinar as demonstrações financeiras.

Quanto à Assembléia Geral, esta é prevista como ‘órgão estrutural’ da companhia, à qual caberiam as decisões mais relevantes e organizativas da sociedade.

No Decreto-Lei nº 2.627 de 1940, que assegurava um sistema tradicional ou monista de organização societária, a assembléia geral era considerada o “poder supremo da sociedade anônima”⁶⁸. Seu artigo 87 atribuía poderes para resolver todos os negócios relativos ao objeto de exploração da sociedade e para tomar as decisões que julgasse convenientes à defesa desta ou ao desenvolvimento de suas operações.

Embora a celeridade da dinâmica empresarial, a necessidade de informações especializadas, o absenteísmo dos acionistas, o moroso e custoso modo de convocação e a consideração de interesses extra-sociais no desenvolvimento da atividade corporativa tenham exigido a adoção de um sistema dúplice, “remanesce ainda em mãos da Assembléia Geral, sem embargo da hipertrofia dos órgãos da administração, o núcleo decisório da companhia, principalmente no que diz respeito à sua estrutura jurídica, à disciplina de suas atividades, à organização de sua vida interna e à ordenação de suas relações com o exterior”⁶⁹.

Sua posição predominante na estrutura decorre da prevalência dos interesses dos detentores do capital na condução da atividade corporativa. Isso porque, apesar de interesses extra-societários terem sido considerados pela Lei 6.404/76 em vários de seus dispositivos, como art. 154, caput e §4º, art. 140, parágrafo único, art. 116, parágrafo único, art. 117, §1º, alíneas ‘a’ e ‘b’, as disposições, embora orientadoras, não prescrevem uma específica conduta ou cominam a desobediência do preceito com uma sanção. Os dispositivos “revestem menos a figura de regras jurídicas efetivamente coercíveis que de princípios axiológicos”⁷⁰ e não garantem a efetiva proteção de interesses extra-societários no desenvolvimento da atividade corporativa⁷¹.

⁶⁸ T. M. VALVERDE, *Sociedade por ações*, v. I, op. cit., pp. 416-417.

⁶⁹ E.L. TEIXEIRA e J. A. T. GUERREIRO, *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, v. 1, São Paulo, José Bushaltsky, 1979, p. 384. Neste sentido F. MARTINS, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, op. cit., p. 143.

⁷⁰ Meu *Tutela do interesse social nas deliberações assembleares*, op. cit., p. 68. Foi a conclusão que obtivemos diante da análise dos artigos referidos. Nestes termos: “O argumento é compreendido ao se constatar que, embora tenha regulado o dever dos administradores no artigo 154, determinando um dever genérico às exigências do bem público e da função social da empresa, a Lei das Sociedades Anônimas por Ações exigiu um dever de lealdade do administrador somente ao interesse da companhia, sem qualquer

Na falta de coercibilidade dos interesses extra-societários, o interesse social deve ser caracterizado como o interesse que motivou os acionistas a contratarem e constituírem a sociedade. Nestes termos, o interesse social é o interesse de um hipotético sócio médio⁷², o interesse comum dos acionistas, enquanto acionistas, à eficiência da empresa e à distribuição de dividendos⁷³.

A Assembléia Geral dos acionistas, assim, é núcleo de poder hierarquicamente superior aos demais, já que manifesta diretamente o interesse social da companhia diante de uma hipótese concreta.

Consequência dessa proeminência, é ampla a atribuição de funções para a condução da atividade corporativa. É sob esta perspectiva que o art. 121, da Lei 6.404/76,

menção a um interesse extra-social. É o que prevê o art. 155, *caput*: ‘o administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios (...)’. Da mesma forma, os interesses extra-sociais mencionados no artigo 116 como dever de cumprimento pelo controlador não são especificados no rol de responsabilidades do artigo 117, §1º, sendo previstos novamente de forma ampla e genérica como interesses dos trabalhadores (alíneas ‘b’ e ‘c’) e da economia nacional (alínea ‘a’). Poder-se-ia contra argumentar com a menção ao *caput* do artigo 117, que estabelece que o controlador que abusa de seu poder, prejudicando esses interesses, deve responder pelos danos causados. O dispositivo mostra-se, todavia, inócuo pois a lei simplesmente prevê a responsabilidade por perdas e danos, sendo omissa quanto ao modo de fixação dessa indenização e quanto à legitimidade para fazer atuar em juízo essa responsabilidade. Conforme ressalta COMPARATO, ‘a exigência de respeito aos interesses nacionais no exercício da exploração empresarial implica a exata definição normativa desses interesses. A tarefa incumbiria, normalmente, à lei do plano, se ela não fosse entre nós, como tem sido, um programa de boas intenções para fins de autopropaganda governamental’ (F. K. COMPARATO, *Função social da propriedade dos bens de produção*, in *Direito Empresarial – Estudos e Pareceres*, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 36). A função social da empresa na Lei 6.404/76, portanto, é regulada através de normas vagas e não de regras plenamente aplicáveis que efetivamente tutelam os interesses extra-societários. Todavia, isso não poderia ser diferente tendo em vista que o objetivo da Lei das Sociedades Anônimas, como afirmado em sua Exposição de Motivos, era construir uma estrutura jurídica que consolidasse a grande empresa nacional, o que, evidentemente, não se coadunaria com uma obrigação dos acionistas de buscarem a satisfação de interesses de terceiros” [Meu *Tutela do interesse social nas deliberações assembleares*, *op. cit.*, pp. 68/69].

Outrossim, o artigo 140, parágrafo único, assegura aos próprios acionistas a discricionariedade no estabelecimento da participação de representantes dos trabalhadores no Conselho de Administração da companhia e não exige sua obrigatoriedade. À vontade da maioria dos detentores do capital também é submetida a possibilidade de realização de atos gratuitos em benefício dos empregados ou da comunidade, já que, nos termos do art. 154, §4º, necessária a autorização do Conselho de Administração ou da diretoria.

⁷¹ F. SZTERLING, *A função social da empresa no direito societário*, dissertação apresentada para a obtenção do título de mestre em direito comercial na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003, pp. 67-68.

⁷² A. MIGNOLI, *L’interesse sociale*, in *Rivista delle Società*, Milano, Giuffrè, 1958, p. 743; P. G. JAEGER, *L’Interesse Sociale*, *op. cit.*, pp. 185; E. VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Conflito de Interesse nas Assembléias de S.A.*, Malheiros, São Paulo, 1993, nota 72, p. 40.

⁷³ O direito à distribuição de dividendos é garantido aos acionistas pelo art. 202, que estabelece o dividendo obrigatório, e pelo art. 198, que limita as reservas estatutárias em prejuízo ao dividendo. A eficiência da empresa, por seu turno, é assegurada pelo art. 193, ao determinar a reserva legal para a integridade do capital social, e pelo art. 199, que possibilita a deliberação para a aplicação do excesso das reservas no aumento do capital (Meu *Tutela do interesse social nas deliberações assembleares*, *op. cit.*, pp. 98/99).

assegura à Assembléia Geral poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento.

4. O conceito de administrador

De modo amplo, todos os centros institucionalizados de poder necessários integram a administração da sociedade anônima, pois instituídos para o desenvolvimento do objeto social.

Pelo vernáculo, por administração deve ser compreendida a atividade de gerir, governar, conferir, aplicar; atuar, exercer a autoridade de administrador; dirigir; tornar a ação efetiva, real, concreta, por em prática⁷⁴.

Com a aplicação do conceito no âmbito das sociedades, administração é a atividade interna de organizar, dirigir e conferir o emprego dos fatores de produção, e é a atividade externa de implementar as decisões e efetivar perante terceiros os atos compreendidos no objeto social da companhia⁷⁵.

Essa atividade, assim, pode ser decomposta em atos de duas espécies: os de organização interna, também conhecidos como atos de gestão ou de administração em sentido estrito, e os atos de administração externa, também chamados, impropriamente, de atos de representação⁷⁶.

Os atos de administração externa, ou “representação”, são declarações de uma vontade formada internamente e direcionada a terceiros. É a execução externa da atividade corporativa.

⁷⁴ A. HOUAISS e M. S. VILLAR, *Dicionário Houaiss de língua portuguesa*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2001. No mesmo sentido A. B. H. FERREIRA, *Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa*, 11ª ed., Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira.

⁷⁵ Para O. BARRETO FILHO, “em sentido material, é o conjunto das funções necessárias ao desempenho, pela sociedade anônima, de sua peculiar atividade empresarial” (O. BARRETO FILHO, *Estrutura administrativa das sociedades anônimas*, *op.cit.*, p. 65).

⁷⁶ J. A. T. GUERREIRO, *Responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 42, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, p. 69. Para A. BRUNETTI, o poder dos administradores são de três ordens: “1º potere di deliberare tutti gli atti necessari al raggiungimento dell’oggetto sociale; - 2º potere di dare esecuzione agli atti stessi; - 3º potere di dare esecuzione alle deliberazioni dell’assemblea dei soci” (A. BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, v. III, *op. cit.*, p. 205).

Nos termos do art. 144, da Lei 6.404/76, qualquer diretor poderá representar a companhia perante terceiros, desde que não exista especificação das funções a apenas alguns deles, ou limitações e exigências impostas pelo estatuto da companhia ou por deliberação do Conselho de Administração. Em qualquer hipótese, todavia, somente pelos diretores a função pode ser exercida, já que o art. 138, §1º, da Lei das S.A. garante a representação como função privativa destes.

Por seu turno, os atos de administração em sentido estrito são atos compreendidos no processo decisório interno da companhia, e destinados à organização e alocação dos fatores de produção ou controle da atividade corporativa. Podem ser classificados em quatro espécies: a proposta de decisão ou iniciativa; a decisão; a implementação e execução do necessário, desde que não haja manifestação da decisão perante terceiros; e o controle ou fiscalização⁷⁷.

Para os atos de administração em sentido estrito, entretanto, não houve atribuição privativa do poder como ocorreu com os atos de representação.

Aos diretores foram atribuídos, além dos poderes de representação, poderes para a “prática dos atos necessários ao funcionamento regular” da companhia, conforme art. 144. Por atos necessários ao funcionamento regular devem ser compreendidos os atos de gestão ordinária, ou seja, os atos internos compreendidos no objeto da sociedade, inclusive os necessários para a alienação ou oneração do patrimônio social, ressalvados os atos reservados pela Lei ou pelo estatuto à deliberação prévia do Conselho de Administração, quando este for existente, ou assegurados pela Lei exclusivamente à Assembléia Geral⁷⁸.

No caso do Conselho de Administração, todas as funções que lhe foram atribuídas caracterizam-se como atos de gestão, quer as programáticas, as de fiscalização e as propriamente administrativas, pois organizam os fatores de produção para o desenvolvimento do objeto social. Dentre essas, as ‘funções propriamente administrativas’ como o poder de manifestar-se previamente sobre atos ou contratos (art. 142, VI) e de

⁷⁷ E. F. FAMA e M. C. JENSEN, *Separation of ownership and control*, op. cit., p. 10.

⁷⁸ Os atos necessários ao funcionamento regular da companhia não podem ser confundidos com atos de ordinária administração, como sustentado tradicionalmente pela doutrina. Isso porque os atos de alienação ou oneração, na sociedade, são corriqueiros e imprescindíveis à boa marcha dos negócios sociais. A gestão ordinária e extraordinária deve ser compreendida com base na adoção do sistema dualista facultativo, de modo que são atos de gestão ordinária “os negócios jurídicos que podem ser celebrados pelos diretores independentemente de qualquer deliberação do Conselho de Administração ou da assembléia geral” (M. CARVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. III, op. cit., p. 183). Cf. *Meu Exercício do poder de administração na sociedade anônima*, op. cit., pp. 95 e ss.

autorizar a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais e a prestação de garantias e obrigações de terceiros (art. 142, VIII), são atos ordinários e corriqueiros na condução da atividade corporativa.

Mas não somente ao Conselho de Administração e à Diretoria foram atribuídos poderes administrativos. À Assembléia Geral também foram atribuídos poderes de gestão⁷⁹.

Doutrinadores há que sustentam que os poderes de administração foram atribuídos de maneira exclusiva aos diretores e ao conselho de administração. Para essa corrente, a Assembléia Geral seria ‘órgão estrutural’ a quem, através dos poderes previstos no art. 122, da Lei das S.A., caberiam funções organizativas e não de gestão, como deliberar sobre as demonstrações financeiras, tomar anualmente as contas dos administradores ou deliberar sobre transformação, fusão, incorporação ou dissolução da companhia. Sob esta perspectiva, suas atribuições não lhe permitiriam deliberar sobre determinado ato de gestão a ser concluído pelos administradores ou vetar a conclusão de qualquer negócio⁸⁰.

A interpretação sistemática de toda a Lei 6.404/76, todavia, não permite a conclusão de que a assembléia fora formalmente excluída da estrutura administrativa da sociedade, embora a celeridade da dinâmica empresarial, a necessidade de informações especializadas, o absenteísmo dos acionistas, e o moroso e custoso modo de convocação, notadamente nas grandes companhias, inviabilizem, na prática, as deliberações sobre os assuntos hodiernos da administração da sociedade.

A Lei 6.404/76, em seu artigo 122, atribuiu privativamente à Assembléia Geral a autorização de emissão de debêntures (inciso IV), a avaliação de bens com que o acionista concorrer para a formação do capital social (inciso V) e a autorização para a emissão de partes beneficiárias (inciso VI). Ao menos quanto a essas hipóteses, notadamente voltadas

⁷⁹ Para maiores detalhes quanto à atribuição da Assembléia Geral para a prática de atos de gestão, bem como a respeito das deliberações assembleares como limitações ao poder de administração, conferir meu *Exercício do poder de administração na sociedade anônima*, op. cit., pp. 108/117.

⁸⁰ Para M. CARVALHOSA, “a assembléia geral é soberana nos estritos limites da lei societária, que, dividindo as competências dos diversos órgãos, não permite que ela, a assembléia geral, exerça funções de administração” (M. CARVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. III, op. cit., v. III, p. 42). Ademais, no que se refere à política empresarial de conjuntura, como “deliberar o Conselho sobre o nível de produção em determinada conjuntura; a política de contratação de novos serviços; a expansão ou retração de mercados, fazendo opções conjunturais sobre a condução das atividades da empresa (...), não tem, no entanto, a assembléia geral competência para modificar essas deliberações conjunturais, sejam as pretéritas, sejam as que se projetam no futuro” (M. CARVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. III op. cit., p. 142).

à organização dos fatores de produção para o desenvolvimento da atividade corporativa, difícil não incluí-las entre o conceito de atos de gestão.

Suas atribuições administrativas, contudo, não se restringem aos atos da competência privativa. O art. 121, *caput*, assegura expressamente à Assembléia Geral uma competência ampla, atribuindo poderes para “decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento”.

A ampla atribuição compreende poderes para a prática de todos os negócios. A inclusão da realização de atos de gestão dentro desses poderes amplos não se choca com a atribuição inderrogável das funções de gestão ao Conselho ou à Diretoria. A outorga de poderes administrativos não foi realizada pelos particulares, de modo a ser vedada pelo art. 139, da Lei 6.404/76, mas foi feita pela própria Lei, que consagrou uma organização hierárquica entre os diversos centros institucionalizados de poder⁸¹. À Assembléia Geral, portanto, também foram conferidas as atribuições administrativas e não apenas ‘estruturais’.

Por fim, a atividade de monitoramento deve ser compreendida como incluída na organização dos fatores de produção, já que garante a efetivação e implementação da decisão de direcionamento dos recursos. Centro de poder precípua deste controle é o Conselho Fiscal, não limitado à apuração dos balanços contábeis, mas com poderes de fiscalização de toda a atividade da companhia.

⁸¹ Apesar dos poderes não serem advindos de delegação, mas outorgados pela própria Lei, os centros de poder não seriam autônomos, mas organizados hierarquicamente. Nessa estrutura, a Assembléia Geral figura como órgão supremo e é detentora de competência ampla. Para J. L. BULHÕES PEDREIRA, a característica desse poder hierárquico é “a capacidade de determinar e fiscalizar a ação ou comportamento do subordinado” (J. L. BULHÕES PEDREIRA, *Acordo de acionistas sobre controle de grupo de sociedades*, in *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, nº 15, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 229). Para o autor, “o que justifica a lei legitimar o poder da maioria da assembléia geral e do acionista controlador para determinarem a orientação dos administradores da companhia é o fato de que os acionistas são os únicos que contribuem para o capital social, indispensável ao funcionamento da companhia e da sua empresa, e correm o risco de perder esse capital em caso de prejuízo: seria um contra-senso se a opinião do administrador que não responde pelas obrigações sociais nem pelos prejuízos causados pelos seus atos regulares pudesse prevalecer sobre a dos proprietários do capital da companhia” (J. L. BULHÕES PEDREIRA, *Acordo de acionistas sobre controle de grupo de sociedades*, *op. cit.*, p. 235). No mesmo sentido, ainda que sobre o Decreto-Lei 2.627/1940, T. M. VALVERDE, *Sociedades por ações*, v. I, *op. cit.*, pp. 416-417 e J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. IV, 4ª ed., São Paulo, Freitas Bastos, 1946, p. 8.

Para E. L. TEIXEIRA e J. A. T. GUERREIRO, “remanesce ainda em mãos da assembléia geral, sem embargo da hipertrofia dos órgãos da administração, o núcleo decisório da companhia, principalmente no que diz respeito à sua estrutura jurídica, à disciplina de suas atividades, à organização de sua vida interna e à ordenação de suas relações com o exterior” (E. L. TEIXEIRA e J. A. T. GUERREIRO, *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, *op. cit.*, p. 384).

Logo, a Assembléia Geral, o Conselho Fiscal, o Conselho de Administração e a Diretoria devem ser compreendidos como centros de poderes administrativos porque são competentes para a prática de atos de gestão ao realizarem atos de iniciativa, deliberação, execução - embora não envolva o ato de manifestar a decisão exteriormente - e monitoramento⁸², enquanto os diretores são competentes também, à míngua de disposição estatutária, para a prática de atos de representação.

Esse sentido amplo de centros de poderes administrativos, todavia, não foi o adotado pela legislação pátria. O art. 138, da Lei 6.404/76, estabelece que “a administração da companhia competirá, conforme dispuser o estatuto, ao Conselho de Administração e à Diretoria, ou somente à Diretoria”. Por seu turno, o art. 139 veda a outorga das atribuições dos órgãos de administração a qualquer outro órgão, criado por lei ou pelo estatuto.

O termo administração indicado no artigo 138 da Lei 6.404/76, assim, deveria ser interpretado como “direção efetiva e representação”⁸³. Referir-se-ia aos centros institucionais de poder com atribuição para a direção, execução e supervisão ordinárias e rotineiras da atividade corporativa: o Conselho de Administração e a Diretoria. A Assembléia Geral seria tida como “um sistema próprio desvinculado do sistema de atribuições, poderes, competência, normas sobre investidura, deveres e responsabilidades específico dos administradores”⁸⁴, assim como o Conselho Fiscal.

5. Conclusão parcial

Na pessoa jurídica, a estruturação de centros de poder foi necessária para a integração do contrato plurilateral, substrato da personalidade jurídica. O centro de poder tornaria plena a capacidade de exercício do ente coletivo, com a possibilidade de avaliação das contingências e de implementação da atividade ulterior prevista no objeto social.

De modo a majorar a eficiência da companhia e assegurar a responsabilidade da sociedade na economia nacional, a Lei 6.404/76 estruturou os centros de poder na

⁸² E. F. FAMA e M. C. JENSEN, *Separation of ownership and control*, op. cit., p. 10.

⁸³ W. BULGARELLI, *Apontamentos sobre a responsabilidade do administrador das companhias*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico e Financeiro*, n. 50, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 87.

⁸⁴ W. BULGARELLI, *Apontamentos sobre a responsabilidade do administrador das companhias*, op. cit., p. 87.

sociedade anônima conforme o sistema dúplice facultativo, em que foram previstos quatro núcleos de poder na companhia: a Diretoria, o Conselho Fiscal, a Assembléia Geral e o Conselho de Administração.

Todos esses centros necessários de poder possuem funções tipicamente administrativas, as quais se caracterizam como atividade interna de organizar, dirigir e conferir o emprego dos fatores de produção, e como atividade externa de implementar as decisões e efetivar perante terceiros os atos compreendidos no objeto social da companhia. Essa concepção substantiva, todavia, não foi a consagrada pela legislação brasileira ao definir a administração das sociedades anônimas.

Para o ordenamento, a conceituação de administração seria formal. Somente poderia ser entendida como centros administrativos os núcleos de poder com função para a direção dos fatores de produção ou apresentação ordinárias, costumeiras. Conforme art. 138, da Lei das S.A., a administração somente competiria ao Conselho de Administração e à diretoria, os que lhes garantiu sistema individualizado de requisitos de investidura, atribuições, deveres e responsabilidades.

Diante das especificidades de ambos os centros institucionais de poder, a presente análise se limitará à concepção formal adotada pela legislação pátria e ficará adstrita à apreciação da natureza do ato de preenchimento da função do Conselho de Administração e da Diretoria.

CAPÍTULO II – POSIÇÃO DOS ADMINISTRADORES NA COMPANHIA

1. Os administradores como elementos da pessoa jurídica

Os poderes administrativos hodiernos foram conferidos ao Conselho de Administração e aos diretores. O exercício de tais atribuições e os efeitos dos atos de gestão perante a companhia e da manifestação e implementação da vontade social perante terceiros permitem delimitar a posição dos centros de poder em face da pessoa jurídica.

A relevância da análise da posição ocupada decorre da dependência entre tal conceito e a relação jurídica subjacente, objeto desta tese, embora os conceitos não se confundam. Posição é a qualidade na qual o administrador age e produz determinados efeitos com seu comportamento. Relação jurídica é o vínculo que une a pessoa jurídica ao administrador e fundamenta a posição ocupada por este em sua atuação.

Os conceitos são interdependentes. Caracterizado o administrador como representante voluntário, seus poderes podem ser advindos do negócio jurídico unilateral da procuração, da ratificação da gestão de negócios, ou de negócio jurídico bilateral, quer contrato de mandato, de trabalho ou negócio jurídico em que a procuração esteja integrada. Conceituado o administrador como representante legal ou necessário, seus poderes podem ser originados da lei ou de imposição judicial. Por fim, caracterizado o administrador como órgão social, a relação jurídica subjacente pode ser tanto negócio jurídico unilateral quanto contrato, quer seja mandato, contrato de trabalho, de prestação de serviço ou um contrato inominado.

A posição dos administradores na companhia era tradicionalmente consequência do conceito de pessoa jurídica adotado. A qualidade do administrador era condizente com a natureza da atribuição da personalidade jurídica aos entes coletivos e variava conforme a independência dessa personalidade em relação aos membros.

Antes de se analisar a posição do administrador na companhia, assim, cumpre definir o conceito de pessoa jurídica. Sua abordagem, todavia, deve ser feita de modo estanque à posição dos administradores na companhia, já que a evolução doutrinária sobre

o tema vem continuamente o tornando isolado, com a crescente relativização ou vulgarização do conceito de órgão, de modo que passaram a adotá-lo autores que não eram necessariamente adeptos da teoria da realidade da pessoa jurídica, desvinculando a teoria da personalidade com a posição da administração⁸⁵.

2. Teorias da pessoa jurídica

A imbricação com o conceito de direito subjetivo incentivou diversos teóricos a se debruçarem sobre a caracterização da natureza da personalidade jurídica, o que proporcionou uma literatura extraordinariamente rica sobre o tema. Entretanto, a complexidade das formulações e a ampla dispersão de correntes dificultam a identificação de teorias autônomas e de seus adeptos, muitas vezes errantes em seus postulados e seguidores de correntes intermediárias.

A despeito das concepções históricas que negavam a personalidade jurídica ao ente coletivo, as quais devem ser prontamente excluídas diante da redação do art. 45, do Código Civil, que garante a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, três teorias podem ser apontadas como as mais relevantes a explicar o conceito e a própria evolução da pessoa jurídica: a teoria da ficção, a teoria da realidade objetiva e a teoria da realidade técnica.

2.1 Teoria da ficção

A teoria da ficção tem origem remota na doutrina canonística e consagrou-se pela formulação de F. C. SAVIGNY. Para o autor, todo o homem e somente este seria capaz de

⁸⁵ A respeito da relação jurídica entre o administrador e a sociedade e de sua ligação com o conceito de pessoa jurídica, afirmou G. FRÈ: “quale esso è in sostanza, parve spesso trasformarsi, nell’ambito della dottrina delle società commerciali, in un problema per sè stante, tanto è vero che si videro, ad esempio, aderire alla teoria organica autori che non concepiscono affatto la persona giuridica come una realtà o che negano addirittura alle società commerciali la qualifica di persone giuridiche. Il che si spiega, del resto, abbastanza agevolmente, considerando, da un lato, come il concetto di organo, così assoluto nei primi sostenitori della teoria organica, si sia andato dissolvendo negli scrittori che lo vollero adattare successivamente ai loro sistemi e, dall’altro, come il moderno sviluppo delle società commerciali e segnatamente dell’anonima abbia potentemente influito sui commentatori di questo istituto con tutto il peso dei problemi di ordine pratico che esso poneva” (G. FRÈ, *L’organo amministrativo nelle società anonime*, Roma, Foro Italiano, 1938, pp. 07/08).

direitos, pois único possuidor de vontade. O direito subjetivo seria um poder de vontade e como esta somente é possuída pelos homens, somente estes seriam realmente capazes de serem titulares de direitos e sujeitos de obrigações⁸⁶.

Haveria, entretanto, entes que procurariam satisfazer interesses coletivos humanos patrimoniais. Para proteger tais interesses, o direito estendeu o conceito de pessoa aos entes abstratos e atribuiu-lhes fictamente personalidade jurídica⁸⁷.

Sua existência, entretanto, é meramente ideal. As pessoas jurídicas, como mera ficção legal, seriam incapazes de agir e de terem vontade. É por uma criação do direito, através de uma abstração, que se atribuem direitos a entes diversos do homem. Na definição do autor, pessoa jurídica é “sujeito criado artificialmente capaz de ter um patrimônio”⁸⁸.

A ficção residiria no fato de que os direitos patrimoniais que caracterizariam a personalidade não nascem por si, mas exigem a prática de atos, os quais, por seu turno, pressuporiam um ser pensante e capaz de manifestar sua vontade, o que faltaria à pessoa jurídica⁸⁹.

Assim, a pessoa jurídica seria um sujeito artificialmente criado para as relações patrimoniais. Sua concepção como sujeito de direitos somente teria o objetivo de tornar possível, através da representação, os atos necessários ao comércio⁹⁰. Sua existência ideal, todavia, torna a existência do ente independente dos seus membros, o qual sobrevive ainda que todos os membros pereçam.

⁸⁶ F. C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. Vittorio Scialoja), v. II, Torino, Unione Tipografica Editrice, 1888, pp. 1-2. Em sentido análogo, B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* (trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa), v. I, Torino, Unione Tipografica Editrice Torinese, 1902, p. 206.

⁸⁷ Para o autor, elemento primordial, e que não permitiria que o conceito de pessoa jurídica fosse estendido para os entes públicos ou para a família, é o escopo, o objetivo que deve ser conseguido por meio da ‘capacidade jurídica patrimonial’, ou seja, o escopo ao qual os bens são destinados. Nas sociedades, tal escopo é patrimonial e por isso garantido pelo direito e assegurado através da personalidade jurídica. Aos demais entes, todavia, como às cidades, a personalidade jurídica de direito privado não poderia ser atribuída porque o fundamento da união dos membros seria de natureza política e administrativa (F. C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, *op. cit.*, pp. 239-244).

No mesmo sentido B. WINDSCHEID, para quem a pessoa jurídica seria uma pessoa não existente, mas somente imaginária, cuja capacidade de direito é restrita a direitos patrimoniais (B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, *op. cit.*, p. 232).

⁸⁸ F. C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, *op. cit.*, p. 244.

⁸⁹ “Ed ecco presentarsi qui la contraddizione di un subietto capace di diritti patrimoniali, che tuttavia non è in grado di adempiere alle condizioni richieste per acquistarli” (F. C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, *op. cit.*, p. 284).

⁹⁰ F. C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, *op. cit.*, 285

Ressalta-se, nesse ponto, que a autonomia da pessoa jurídica em face da união dos indivíduos, com a atribuição de uma personalidade fictícia e, portanto, desconexa à realidade subjacente, fez com que os adeptos desta teoria originalmente defendessem a posição dos administradores como representantes. Nesse ponto, a companhia seria equiparada a um impúbere, o qual necessitaria ser representado, mas que com o representante não se identificaria⁹¹.

Contudo, o pressuposto teórico de que somente o homem, em razão da vontade, pode ser sujeito de direitos não é conforme o ordenamento jurídico. Se a teoria fosse correta dever-se-ia negar a posição de sujeitos aos menores impúberes e aos doentes mentais, já que ambos não possuem vontade juridicamente considerável. A vontade não seria elemento para a titularidade do direito, mas somente para a sua atuação.

O direito subjetivo é um poder que emana da ordem jurídica para a proteção e satisfação de interesses humanos e não como reconhecimento formal do poder de vontade do indivíduo. Não é somente o homem que pode ser sujeito de direitos, mas também outros entes, como historicamente foi reconhecido ao povo e ao Estado⁹².

A principal crítica, ainda, seria feita no campo do direito público. Considerando que o conceito de pessoa seria o mesmo, tanto no direito privado como no direito público, não seria possível não reconhecer a realidade do Estado, que gozaria de soberania. A ficção do referido ente, ou seja, *sua criação somente pela lei*, exigiria que “gli Stati od enti stranieri abbiano bisogno d’un nuovo riconoscimento di personalità per essere all’estero capaci di diritti”⁹³.

A criação artificial da pessoa jurídica pela lei, por seu turno, não seria uma criação arbitrária, ao alvedrio do legislador como um privilégio que possa ser livremente

⁹¹ Para o autor, “la corporazione è da equipararsi ad un impubere; la tutela di essa nella *universitas ordinata* (§86) viene esercitata dal potere in essa appositamente costituito, nella *universitas inordinata* dai suoi membri presenti. Tra questi ultimi e la corporazione non vi ha identità più di quello che ve ne sia fra il tutore ed il suo pupillo (...). La costituzione delle persone giuridiche come tali, ossia come subietti di diritto privato (imperocchè esse possono spesso avere anche scopi del tutto diversi e talora anche più importanti), ha il solo scopo di rendere possibili per mezzo della rappresentanza gli atti necessari al commercio patrimoniale (...)” [F. C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, op. cit., 285].

⁹² F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, 2ª ed., Napoli, Eugênio Marghieri, 1923, pp. 143-146.

⁹³ F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, op. cit., pp. 148-149. Para F. C. SAVIGNY, deveria se diferenciar nas pessoas jurídicas de direito público uma existência natural ou necessária, diferente da existência artificial ou arbitrária das pessoas jurídicas de direito privado. “Un’esistenza naturale hanno le comunità, le città ed i villaggi (...) Sono artificiali o arbitrarie persone giuridiche tutte le fondazioni e le associazioni, alle quali viene specialmente attribuita tale qualità. È evidente che esse ripetono la loro esistenza dalla volontaria deliberazione di uno o più individui” (F. C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, op. cit., pp. 245-246).

reconhecido e, da mesma forma, suprimido. A personalidade jurídica é atribuída a um grupo de pessoas ou bens, unidos por um escopo comum ligado à satisfação de um interesse que a ordem jurídica valoriza e protege, garantindo os meios necessários a sua persecução.

Nestes termos, a pessoa jurídica não é inexistente, ou mera criação artificial, mas potente individualidade, cuja função de organização de força e de iniciativa como meio de atuação dos escopos supera a própria intensidade e duração dos homens. “La teoria della finzione si allontana dall’esperienza e della osservazione dei fatti, e costruisce delle ombre, là dove sono delle realtà”⁹⁴.

2.2 Teoria da realidade objetiva

Diante das críticas à criação de um ente fictício e imaginário, a teoria da realidade objetiva defende a existência real de entes coletivos, cuja atuação e importância são reconhecidas pelo ordenamento jurídico.

A teoria da realidade objetiva desvincula o conceito de pessoa jurídica do homem. O conceito de pessoa jurídica deveria ser atrelado ao de sujeito de direito, o qual não se restringiria aos homens individualmente, mas compreenderia também entes coletivos que, apesar de formados por diversos indivíduos, possuiriam uma singularidade própria e se apresentariam como organismos sociais.

Para as teorias da realidade objetiva, as sociedades surgiriam ou de um desenvolvimento histórico, em que da união dos indivíduos passa-se pouco a pouco a identificar um escopo comum, de modo que a comunidade se apresenta como uma pessoa, ou mediante um ato voluntário de constituição⁹⁵.

A pessoa jurídica não seria uma ficção, mas existe por si, como uma vida orgânica. Neste ponto, aproximou-se da corrente publicística orgânica, que passava a ver no Estado um ser análogo ao homem, constituído por diversos órgãos, à semelhança do homem, e que possuía vontade consistente na vontade popular e órgãos formados por homens incumbidos de executar esta vontade.

⁹⁴ F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, op. cit., p. 147.

⁹⁵ F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, op. cit., p. 183.

A pessoa jurídica apareceria como uma união organizada dos indivíduos a um escopo comum, a qual seria reconhecida pelo ordenamento como sujeito de direitos. Forma-se pela união de todos os indivíduos e revela um organismo social, que, embora tenha como parte o homem, sobrepõe-se ao organismo individual⁹⁶.

Para O. GIERKE, a pessoa jurídica não se contrapõe aos seus membros, como ente estranho e ideal, mas possui uma relação orgânica com estes, pois seria formada por homens organizados e buscaria um fim que transcenderia os interesses individuais. A pessoa jurídica seria efeito da vontade dos homens ao se associarem para a busca de um fim comum. Caracterizar-se-ia como um *organismo social*, que possuiria, de forma análoga ao homem, uma vontade e, portanto, a capacidade de ser sujeito de direito⁹⁷.

O direito apenas reconheceria esse organismo social. Sua existência seria perceptível aos sentidos tanto externamente, mediante a compreensão dos efeitos produzidos pelo ente social no desenvolvimento de sua atividade, quanto internamente, na compreensão e consciência do indivíduo de que existiria por si, como organismo individual, mas também como parte de um ente coletivo. O reconhecimento não teria a natureza de um ato de criação. O reconhecimento apenas declara uma pessoa já existente e que seria capaz tanto de ter vontade quanto de agir conforme esta⁹⁸.

⁹⁶ O. GIERKE, *La naturaleza de las asociaciones humanas*, in *La función social del derecho privado* (trad. José M. Navarro de Palencia), Madrid, Sociedade Editorial Española, 1904, p. 73. É o sentido também empregado por G. GIORGI. Para o autor, “l’ *universitas personarum*, guardatela come subietto di diritti pubblici, guardatela come subietto di diritti privati, è un ente morale, perchè avendo per base la natura umana ha, come l’uomo individuo, dei diritti” (G. GIORGI, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morale*, v. I, 3ª ed., Firenze, Fratelli Cammelli, 1913, p. 47).

⁹⁷ Para O. GIERKE, “la teoría orgánica considera como organismos sociales al Estado y demás asociaciones; por consiguiente, coloca la existencia del organismo total, del cual el hombre constituye una parte, por encima del organismo individual. Por esto comprende primeramente sólo fenómenos, en los cuales descubre caracteres comunes bajo un concepto genérico. Sin embargo, como el concepto de organismo es abstraído originariamente del ente vivo individual, la teoría tiene necesidad de comparar el organismo social con el organismo individual” (O. GIERKE, *La naturaleza de las asociaciones humanas*, *op. cit.*, p. 73).

G. GIORGI se aproxima do conceito de organismo social de O. GIERKE. Para G. GIORGI, a pessoa jurídica não é um organismo físico, mas ético. Em suas palavras, “Mi basta, che l’ente collettivo, se non è un organismo fisico come il corpo animale e le piante, sia però un organismo etico, un ente morale non meno vero e sussistente degli organismi corporei. Sia l’opera parte della natura e parte dell’uomo e trovi nella natura umana, non già fisica bensì morale, le condizioni di nascimento, di vita e di progresso” (G. Giorgi, *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morale*, v. I, *op. cit.*, p. 48).

De modo semelhante C. VIVANTE, para quem “la società è una persona giuridica perchè há uma volontà propria, fornita di mezzi destinati a conseguire il proprio scopo (...). La legge la riconosce, mas non la crea. La legge riconosce come soggetto di diritto un ente che già esiste nella realtà” (C. Vivante, *Trattato di Diritto Commerciale*, v. II, *op. cit.*, pp. 2-3).

⁹⁸ É pressuposto da corrente que a lei reconhece a pessoa jurídica, mas não a cria. O ente coletivo já existiria na realidade. Para O. GIERKE, “Son, por ventura, las asociaciones humanas, entidades reales que al reconocerles el Derecho su personalidad positiva reciben sólo lo que responde á su naturaleza? Esto me parece innegable,

No âmbito deste ente, a formação da vontade e a sua execução são realizadas por meio de órgãos sociais. Seus membros não agem como representantes, mas, à semelhança da pessoa física, a vontade manifestada ou executada pelos órgãos é a do próprio ente coletivo. Isso porque o ente coletivo é caracterizado como uma realidade concreta e não abstrata, em que a totalidade dos membros é a própria pessoa jurídica, e não a representante desta, do mesmo modo que “*universitas rerum* é o objeto jurídico e não o representante de uma ideal coisa jurídica”⁹⁹.

Em crítica à concepção, F. FERRARA sustenta que o conceito de organismo social, de existência natural e com vida distinta de seus membros, não pode ser admitido. A sociedade não formaria um novo ente natural coletivo, com consciência e vontade, diverso da totalidade dos indivíduos, pois lhe faltaria um substrato orgânico que lhe permitiria uma vida psíquica coletiva¹⁰⁰.

A atribuição da personalidade e da qualidade de sujeito de direito em virtude de capacidade própria de formar uma vontade, em sentido psicológico, também não pode ser admitida. A vontade é sempre um fenômeno humano. Sua formação somente poderia ser entendida no âmbito de um ente coletivo através de uma atribuição jurídica e não natural. A vontade da coletividade seria a pluralidade de declarações de vontades dos indivíduos membros, pois a vontade somente pelo homem poderia ser formada. A atribuição da formação da vontade coletiva a um ente coletivo somente poderia ser feita através de uma abstração jurídica, e não porque da união surgiria um novo ente natural, um organismo social¹⁰¹.

Por seu turno, a inexistência natural do organismo não permite seu reconhecimento legal como forma simplesmente declarativa de personalidade. A união

y creo que así deben contestar cuantos hayan roto con la concepción social individualista y consideren la vida humana social como una vida de ordenación más elevada, en la cual se coordinan las vidas individuales” (O. GIERKE, *La naturaleza de las asociaciones humanas*, op. cit., p. 71).

No mesmo sentido C. VIVANTE, para quem “la società è quindi una persona giuridica che ha un contenuto reale, cioè una volontà propria organizzata a difesa del proprio scopo. La legge la riconosce, ma non la crea. La legge riconosce come soggetto di diritto un ente che già esiste nella realtà” (C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, v. II, op. cit., p. 3).

⁹⁹ F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, op. cit., p. 189.

¹⁰⁰ F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, op. cit., pp. 210/215.

¹⁰¹ Nestes termos, disserta o autor que “certo il diritto obbiettivo può stabilire che gli effetti di certi atti di volontà di uomini si producano per il gruppo degli associati, e può anche dire come forma d’abbreviazione linguistica che in tal caso sia la persona giuridica che contratta, sta in giudizio, ecc., ma non si deve scambiare quest’apparenza per realtà, e credere proprio che la personalità collettiva voglia” (F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, op. cit., p. 215).

entre os indivíduos não se confunde com a qualidade de pessoa jurídica. É certo que a atribuição de personalidade não pode ser arbitrária, como o desejava a teoria da ficção, e deve se respaldar na união dos membros. A personalidade, todavia, não resulta de toda e qualquer união a formar uma vontade coletiva, como característica imanente do ser natural, pois nem todos os agrupamentos são detentores de personalidade jurídica.

Em suma, inegável a real existência da sociedade, cujo agrupamento de indivíduos em razão de um fim social é perceptível aos sentidos. Tal agrupamento, embora perceptível aos sentidos e, portanto, real, não é, todavia, apreendido como uma unidade orgânica, mas como uma pluralidade de indivíduos, o que afasta a idéia de percepção fática de um ente orgânico autônomo¹⁰².

2.3 Teoria da realidade técnica

A teoria da pessoa jurídica como realidade técnica assenta-se na alteração do próprio conceito de pessoa e de direito subjetivo¹⁰³.

Nas teorias da ficção e da realidade objetiva, os postulados são fundamentados na premissa de que o direito subjetivo seria o poder da vontade, na concepção sustentada por B. WINDSCHEID. Os diversos institutos estabelecidos pela Lei, como a propriedade, a obrigação, etc, somente se concretizariam quando a vontade individual os invocasse, de modo que esta seria decisiva para os preceitos jurídicos¹⁰⁴. Sujeito de direito seria o ente capaz de formar e manifestar sua vontade¹⁰⁵.

¹⁰² “Se si parla di unità si fa solo per un procedimento intellettuale di sintesi, per forza di astrazione; ma la realtà è sempre quella di una collettività di persone, riunite o successive. Ed allora definire questi aggruppamenti come corpi sociali, organismi sociali, persone collettive, non può avere altro valore che quello di una brillante metafora, poichè queste collettività non hanno nè corpo nè spirito” (F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, Torino, Unione Tipografica Editrice Torinese, 1938, p. 20).

¹⁰³ São adeptos da referida teoria F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, op. cit., p. 23; F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, op. cit.; A. FIORENTINO, *Gli organi delle società di capitali*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1950, p. 2.

¹⁰⁴ B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, v. I, op. cit., p. 206; R. JHERING, *O espírito do direito romano*, (trad. Rafael Benaion) v. III, Alba, Rio de Janeiro, 1943, p. 215.

¹⁰⁵ B. WINDSCHEID ressalva a circunstância dos incapazes. Para o autor, “da quest’ultima circostanza tuttavia non può conchiudersi che l’uomo, al quase in un dato caso manca, per una ragione accidentale, la capacità di volere, non possa essere soggetto di diritti. L’ordinamento giuridico supplisce a questa mancanza, attribuendogli come sua la volontà di uno capace di volere” (B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, v. I, p. 206).

Nestes termos, para a teoria da ficção, somente o homem seria capaz de formar uma vontade e, portanto, o ente coletivo, que não se confundiria com os homens que o compõem, somente poderia ser um ente fictício ou artificial. Para a teoria da realidade objetiva, por seu turno, a vontade também é fundamental, embora não seja limitada ao homem. O ente coletivo seria um organismo social capaz de formar e manifestar sua vontade, e, assim, deveria também ser considerado sujeito de direito.

Entretanto, o conceito de sujeito de direito não pode ser confundido com poder de formar vontade ou poder de agir. Ambos somente exprimem que a um comportamento não se opõe nenhum imperativo legal, ocorrendo confusão entre a capacidade de direito e a capacidade de agir.

O conceito é insuficiente a explicar situações em que comportamentos voluntários são desnecessários para a aquisição do direito, como direitos de estado. Ademais, o direito pode subsistir inclusive contra a vontade do titular e na ausência desta, o que demonstra que a vontade não pode ser tida como elemento essencial do conceito de direito subjetivo¹⁰⁶.

Na crítica de R. JHERING, os direitos não surgiriam para realizar a vontade jurídica abstrata, mas para assegurar os interesses da vida humana, auxiliar as suas necessidades e realizar os seus fins. O direito teria como substância a utilidade e não a vontade. O direito subjetivo seria o *interesse juridicamente protegido*; uma relação entre um sujeito e um bem, reconhecida pelo legislador, que merece sua proteção¹⁰⁷.

A concepção de R. JHERING, todavia, não é avessa a críticas, pois somente considera a finalidade do direito e não os meios a alcançá-lo. O direito não seria um interesse juridicamente protegido simplesmente. A proteção ao interesse é somente uma finalidade do ordenamento para estabelecer direitos subjetivos¹⁰⁸.

Para A. THON, o interesse protegido não garante o nascimento de um direito subjetivo necessariamente. Segundo o autor, somente haveria direito subjetivo quando a consequência da violação de um interesse protegido não fosse automática, mas exigisse a iniciativa do titular, o qual deveria ter uma pretensão garantida pelo ordenamento para

¹⁰⁶ F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, op. cit., p. 349.

¹⁰⁷ R. JHERING, *O espírito do direito romano*, v. III, op. cit., pp. 220/223.

¹⁰⁸ A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo* (trad. Alessandro Levi), 2º ed., Padova, Milani, 1951, p. 208.

exigir a realização do dever imposto a outrem de não violar o interesse. Em outras palavras, nas ocasiões em que o interesse protegido gera uma tutela estatal de ofício como consequência jurídica da transgressão, o sujeito é estranho à tutela, já que a vontade estatal que o tutela não pode ser considerada direito do sujeito¹⁰⁹.

Para o doutrinador, direito subjetivo somente existiria na situação em que o interessado fosse chamado a fazer atuar a tutela; somente quando o ordenamento jurídico abandona a coercibilidade da própria norma à iniciativa do interessado e somente nessa medida lhe presta ajuda¹¹⁰. Sob essa perspectiva, o direito subjetivo seria um reflexo do direito objetivo; a faculdade de um titular de exigir o cumprimento de uma obrigação assegurada pelo ordenamento jurídico. Como o ordenamento prescindiria da consciência ou vontade do destinatário do preceito ao impor a sujeição às normas, a qual é indistinta entre os indivíduos e independente da vontade ou aceitação destes, a vontade e a consciência não seriam imprescindíveis aos sujeitos de direito.

A caracterização de pessoa, nestes termos, como sujeito de direitos, seria estabelecida pelo ordenamento jurídico e não pela natureza volitiva; e assim como o ordenamento pode atribuir personalidade jurídica a um indivíduo, também pode retirá-la. É o que resulta da própria consideração da não atribuição histórica de personalidade jurídica ao escravo¹¹¹, por exemplo.

A atribuição da personalidade jurídica pelo ordenamento, de modo constitutivo e não apenas declarativo de uma existência biológica, assim como sua retirada ou limitação, possibilita a caracterização de agrupamentos de homens ou de bens como sujeitos de direito e, portanto, como pessoas.

¹⁰⁹ A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, op. cit., p. 205.

¹¹⁰ A. THON, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, op. cit., p. 206. “Il diritto soggettivo viene fondato per mezzo della promessa di eventuali pretese; esso consiste nella prospettiva delle stesse (es besteht in der Aussicht auf solche). O più esattamente, esso (diritto) sorge, per il (soggetto) tutelato dalle norme, dalla disposizione del diritto obbiettivo, secondo la quale, nel caso di trasgressione delle norme stesse, viene assicurato ad esso (soggetto) un mezzo, la pretesa, allo scopo di realizzare ciò ch’era stato comandato o di rimuovere ciò ch’era stato vietato (vehufs Werwirklichung des Gebotenen oder Wiederaufhebung des Verbotenen)” [A. Thon, *Norma giuridica e diritto soggettivo*, op. cit., pp. 206-207].

Para F. FERRARA, “il diritto è nella sua essenza um potere giuridico, che ha per fonte il diritto obbiettivo, che si dirige contro gli altri uomini, per ottenere l’adempimento dei doveri risultanti dalle norme giuridiche allo scopo di soddisfazione degli interessi umani” (F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, op. cit., p. 354).

¹¹¹ Nas palavras de F. FERRARA, “persona vuol dire essere titolare di un potere o dovere giuridico, da cui deriva che non è necessario che l’investito sia dotato di volontà o sia centro d’un interesse” (F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, op. cit., op. cit., p. 355).

A atuação do ordenamento, contudo, não é arbitrária. Visa, sobretudo, ao escopo de atender e satisfazer o interesse humano e é um produto da convivência do homem na coletividade. O ordenamento acaba por refletir os valores sociais expressos numa determinada época, o que explica a histórica atribuição de personalidade a entes não humanos como divindades, cujo exemplo de criação buscava atender ao interesse humano religioso do período.

Na pessoa jurídica, o ordenamento jurídico também procura satisfazer um interesse humano. Para tanto, atribui a titularidade de direitos a um ente, unificando em um único titular os direitos para facilitar a persecução do fim comum que motivou os diversos membros da sociedade a se associarem. A pessoa jurídica, assim, seria uma forma legal do ordenamento para a unificação dos interesses e direitos dos diversos membros¹¹².

2.4 Conceção adotada

Frente ao ordenamento jurídico brasileiro, a concepção da teoria da realidade técnica parece a mais adequada a explicar a natureza da pessoa jurídica.

De fato, não se pode negar que os agrupamentos de pessoas, as quais uniriam esforços e bens para a obtenção de um fim comum que não poderia ser alcançado pelos esforços individuais de cada qual, são uma realidade existente e uma necessidade social. Essa necessidade é apreendida pelo ordenamento jurídico, o qual, através de um processo técnico, unifica em um ente esse aglomerado de direitos e obrigações individuais para permitir a majoração da utilidade dos interesses humanos protegidos, simplificando as relações a serem desenvolvidas com terceiros.

A existência do ente coletivo não pode ser aferida pela percepção dos sentidos, pois o que se perceberia seria simplesmente a coletividade de indivíduos, suas funções individuais ainda que direcionadas a um idêntico fim comum. Não haveria distinção, nesse ponto, entre a sociedade personificada e a sem personificação.

¹¹² F. FERRARA: “La personalità è una forma giuridica, non un ente in sè. È un modo di regolamento, un procedimento d’unificazione, la forma legale che certi fenomeni d’associazione e d’organizzazione sociale ricevono dal diritto obbiettivo. La persona giuridica non è una cosa, ma un modo d’essere delle cose” (F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, op. cit., op. cit., p. 368).

A identidade de substrato, porém, não indica que o ordenamento jurídico simplesmente reconhece um ente já existente. Na pessoa jurídica, o ordenamento jurídico atribuiu forma para unificar a titularidade coletiva de direitos e de interesses, enquanto na sociedade sem personalidade o direito possui uma titularidade ainda coletiva, de modo que tais entes não se confundem.

A existência do ente coletivo, todavia, não é artificial ou irreal, tampouco uma realidade objetiva à semelhança do homem. A personificação é uma forma de unificação simplesmente. “La personalità giuridica è la veste giuridica, con cui certi gruppi d’uomini o stabilimenti si presentano nella vita del diritto, è la configurazione legale ch’essi assumono per partecipare al commercio”¹¹³. Sua existência deve ser apreendida sob o prisma jurídico como uma realidade social efetivamente existente e criada pelo ordenamento jurídico a satisfazer aos interesses humanos. É um ente que, a despeito de não poder ser aferido pelos sentidos como um ente orgânico, um organismo social, já que somente se veria ou o estabelecimento ou a reunião assemblear, possui existência como instituto jurídico útil à dinâmica social.

Nesse ponto, o reconhecimento estatal da personalidade jurídica possui valor constitutivo e não somente declarativo. O Estado não cria o agrupamento ou a coletividade de indivíduos, é certo, mas ambos também não são considerados pessoas jurídicas. É o reconhecimento que atribui a forma unitária, unificando os titulares de direitos e as obrigações existentes mediante o surgimento de um novo sujeito de direito, a pessoa jurídica.

Embora o conglomerado já exista, é somente com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro que se unifica a coletividade e que passa a existir a pessoa jurídica, conforme redação do art. 45, do Código Civil.

Desta forma, a atribuição da personalidade jurídica não é arbitrária. Embora não se confundam a personalidade jurídica e os indivíduos integrantes do ente coletivo, a primeira não é independente. A criação de um “centro de direitos, obrigações e poder”¹¹⁴ recai sobre a coletividade já formada e é por ela integrada e desenvolvida na atuação aos fins perseguidos, ligando o indivíduo ao ente como parte de um todo.

¹¹³ F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, op. cit., op. cit., p. 368.

¹¹⁴ F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, op. cit., p. 34.

3. A posição dos administradores na companhia

Embora doutrinariamente tenha se tornado um tema isolado, a qualidade de atuação dos administradores é diretamente relacionada ao conceito de personalidade jurídica adotado e ao consequente relacionamento entre o ente coletivo e os membros que lhe compõem.

3.1 O administrador como representante

Para a teoria da ficção, a pessoa jurídica seria totalmente incapaz de agir e de ter vontade. Como o direito seria um atributo da vontade, para caracterizar a pessoa jurídica como sujeito de direitos deveria ocorrer uma abstração. A pessoa jurídica somente teria existência ideal, pois artificialmente criada pelo ordenamento, e seria independente da união de indivíduos. Esse ente fictício, para que pudesse agir, necessitaria de terceiros que agissem em seu nome e por sua conta, mas que com a pessoa jurídica, entretanto, não se confundiriam. Pugnavam originalmente os adeptos da teoria da ficção, como SAVIGNY¹¹⁵, portanto, pela qualidade dos administradores da companhia como representantes.

Representante é a pessoa dotada de poderes, que age em nome e por conta de outrem e cujos negócios jurídicos praticados produzem efeitos diretamente sobre a pessoa do representado. Para A. ROCCO, representação é “a situação jurídica mediante a qual uma pessoa dá origem a uma declaração de vontade para a realização dum fim, cujo destinatário é uma pessoa diferente, de maneira a dar a conhecer aos terceiros, a quem a declaração é dirigida, que ela age no interesse alheio; e a consequência dessa situação consistirá em que

¹¹⁵ Para F. C. SAVIGNY, haveria na pessoa jurídica “la contraddizione di un subietto capace di diritti patrimoniali, che tuttavia non è in grado di adempiere alle condizioni richieste per acquistarli. Una contraddizione di tal genere (sebbene in minor grado) si ha anche in molte persone naturali, e specialmente negli impuberi e nei mentecatti; imperocchè anche costoro hanno la capacità giuridica più estesa, insieme a completa incapacità di agire. Ora questa contraddizione, dovunque trovasi, deve necessariamente essere risolta mediante una rappresentanza creata artificialmente (...) La costituzione delle persone giuridiche come tali, ossia come subietti di diritto privato (imperocchè esse possono spesso avere anche scopi del tutto diversi e talora anche più importanti), ha il solo scopo di rendere possibili per mezzo della rappresentanza gli atti necessari al commercio patrimoniale” [F. C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, op. cit., pp. 284/285].

todos os efeitos jurídicos da declaração se produzirão com referência à pessoa no interesse de quem a primeira agiu”¹¹⁶.

A partir da definição supra, pode-se especificar os diversos elementos da representação.

O primeiro desses elementos é a *contemplatio domini*, ou seja, é a necessidade de o representante agir em nome do representado. Pela *contemplatio domini* é necessário que o “representante na mesma declaração de vontade faça conhecer ao terceiro, a quem a declaração é dirigida, que ele age tendo em vista um escopo alheio, ou, como habitualmente se diz, age em nome do representado”¹¹⁷. O agente não quer que os efeitos do negócio jurídico recaiam sobre sua própria esfera jurídica, mas sim sobre a esfera jurídica do representado, com a criação, modificação ou extinção dos direitos deste.

Imprescindível a essa atuação, ademais, é a alteridade entre o representante e o representado¹¹⁸. A representação exige a substituição de vontade. Pela representação, a vontade do representante é imputada ao próprio representado. Inexistindo diferenciação entre ambos, não há substituição e, portanto, não há qualquer representação.

Outrossim, o representante deve agir não somente no nome do representado, como por conta deste, ou seja, no interesse do representado.

Por fim, o representante deve agir dentro dos limites dos poderes atribuídos. Caso exceda os poderes que lhe foram atribuídos ou atue sem poderes para tanto, o administrador age como gestor de negócios e o negócio jurídico deixará de produzir efeitos quanto ao representado, a menos que os atos sejam por este ratificados¹¹⁹.

¹¹⁶ A. ROCCO, *Princípios de direito comercial* (trad. Cabral de Moncada), São Paulo, Saraiva, 1931, p. 315. Para o autor, “o agir para conseguir um fim que interessa a outro costuma designar-se com as palavras: agir por conta alheia; e o agir, dando a conhecer aos terceiros, a quem a declaração é dirigida, que o fim do ato é a realização dum interesse alheio, costuma designar-se com as palavras: agir em nome alheio. Portanto, as características da representação podem rapidamente resumir-se, dizendo: que a representação é propriamente o agir no nome e no interesse doutrem” (A. ROCCO, *Princípios de direito comercial*, op. cit., p. 315).

¹¹⁷ A. ROCCO, *Princípios de direito comercial*, op. cit., p. 330. No mesmo sentido E. BETTI, *Teoria geral do negócio jurídico* (trad. Ricardo Rodrigues Gama), t. III Campinas, LZN editora, 2003, pp. 155-156.

¹¹⁸ Para A. ROCCO, “a representação não é, portanto, mais do que um daqueles casos em que tem lugar a não coincidência entre o sujeito do ato e o destinatário do fim a que o ato se destina, isto é, um daqueles casos em que a atividade dum pessoa produz efeitos jurídicos com relação a outra” (A. ROCCO, *Princípios de direito comercial*, op. cit., p. 314).

¹¹⁹ “Quando falta esse poder, quem atua como representante sem poderes ou excedendo os limites dos seus poderes, não obriga o terceiro interessado e é responsável, para com a contraparte, pelo dano que esta sofra por ter confiado, sem culpa, na validade do contrato” (E. BETTI, *Teoria geral do negócio jurídico*, t. III, op. cit., p. 155).

Quanto à atribuição de poderes, a representação é usualmente classificada pela doutrina em legal ou voluntária, conforme seja atribuída pela lei ou conferida pelo interessado¹²⁰

3.1.1 Teoria do administrador como representante voluntário

Na representação voluntária, a atribuição dos poderes de representação ocorre por uma declaração de vontade do representado, que confere ao representante o encargo de agir no seu interesse e em seu nome. É uma manifestação de autonomia do sujeito para ver o negócio ser concluído por outra pessoa, mas em seu favor. O representado, ao invés de realizar pessoalmente o negócio jurídico, como poderia fazê-lo livremente, prefere conferir a outrem o poder de concluí-lo e se sujeita aos efeitos da manifestação de vontade deste perante o terceiro¹²¹.

A concepção dos administradores como representantes voluntários da companhia foi corrente na doutrina durante o século XIX e primeira metade do século XX. A concepção era sustentada tradicionalmente pelos adeptos da teoria da ficção, mas também o foi por alguns doutrinadores que consagravam as teorias da realidade da pessoa jurídica¹²².

Para esses, a sociedade possuiria uma vontade coletiva e independente, expressa pela Assembléia Geral dos acionistas, a qual não poderia, todavia, expressá-la diretamente a terceiros. Para tanto, os administradores deveriam representar a pessoa coletiva, substituindo a vontade formada pelos sócios na Assembléia Geral. Os poderes seriam derivados da própria assembléia, que poderia elegê-los e destituí-los, bem como restringir ou modificar seus poderes¹²³.

¹²⁰ V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, Roma, Foro Italiano, 1933, pp. 230-231; A. ROCCO, *Princípios de direito comercial*, op. cit., pp. 323-324; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1988, pp. 339-340.

¹²¹ F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, op. cit., pp. 339-340.

¹²² São adeptos: C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, v. II, 5º ed., Milano, Dottor Francesco Vallardi, 1923, p. 290; E. BETTI, *Teoria geral do negócio jurídico*, t. III, op. cit., p. 167; E. VIDARI, *Corso do diritto commerciale*, v. I, 5º ed., Milano, Ulrico Hoepli, 1900, p. 730; U. NAVARRINI, *Delle società e delle associazioni commerciali*, Milano, Dottor Francesco Vallardi, 1924, p. 297.

¹²³ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, v. II, op. cit., p. 284. Para o autor, “il consiglio di amministrazione di una società anonima deriva i suoi poteri dall’assemblea, che è padrona della sua rielezione e della sua revoca, e può, senza modificare lo statuto, restringere o sospendere, colle proprie deliberazioni, l’esercizio dei suoi poteri, p. ss., dando il voto contrario alla conclusione di un affare”(C.

Por seu turno, a teoria rejeita a qualificação dos administradores como órgãos da pessoa jurídica, em razão da alteridade. Para os autores que a preconizam, o administrador não seria uma *longa manus* da pessoa jurídica ou uma parte do organismo. Segundo lição de E. BETTI, “como pessoa, o administrador é um sujeito perfeitamente distinto do ente, ainda que as funções de que está investido sejam, dentro do ente, não ocasionais, mas estáveis. Existe, portanto, aquela suficiente separação entre o sujeito atuante e o sujeito interessado, que permite qualificar a ação do primeiro no quadro da representação”¹²⁴.

A qualidade de representante voluntário do administrador passou a ser consagrada pelas legislações societárias, a ponto de caracterizarem o administrador como mandatário da sociedade, já que o mandato era entendido como a base material da representação. Na legislação francesa, o Código de Comércio Napoleônico de 1807, em seu artigo 31, determinou que a sociedade “é administrada por *mandatários* temporários, demissíveis, sócios, assalariados ou gratuitos”. Ainda na França, a Lei Geral das Sociedades de 1867, no artigo 22, determinou que “as sociedades anônimas são administradas por um ou vários *mandatários* temporários, demissíveis, assalariados ou gratuitos, escolhidos entre os sócios”; na legislação italiana, o Código Comercial Italiano de 1882, em seu artigo 121, fez referência ao mandato, assim como o fez a legislação brasileira no Código Comercial Brasileiro de 1850, no artigo 295, que estabelecia que as companhias de comércio ou sociedades anônimas eram administradas por mandatários revogáveis, sócios ou não sócios; bem como o Decreto nº 434 de 1891, que, em seus artigos 97, 98, 100 e 108, estabeleceu que o mandato do administrador não poderia durar mais de seis anos, poderia ser oneroso ou gratuito, e não geraria obrigação pessoal do administrador nos contratos e operações em seu exercício.

Entretanto, a representação voluntária não se confunde com o contrato de mandato e não é necessariamente decorrente deste.

A confusão iniciou-se com a ausência do instituto da representação voluntária no direito romano, embora já houvesse no período a elaboração de toda a estrutura conceitual do contrato de mandato. Como seria usual a existência da representação por ocasião da

VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, v. II, *op. cit.*, p. 284). Em sentido análogo, E. BETTI afirma: “quanto à representação que compete aos administradores da pessoa coletiva, em particular ao administrador de sociedades por ações, em virtude da atribuição de poderes feita segundo as regras estatutárias, é de negar que ela possa qualificar-se como ‘representação orgânica’ de caráter necessário, visto ter a sua fonte na concessão de poderes por parte da assembleia dos interessados (E. BETTI, *Teoria geral do negócio jurídico*, t. III, *op. cit.*, pp. 171).

¹²⁴ E. BETTI, *Teoria geral do negócio jurídico*, t. III, *op. cit.*, pp. 171.

celebração do mandato, não se tardou a ligar os dois institutos e a caracterizar a representação como uma característica da relação celebrada entre o mandante e o mandatário.

Tal confusão parece ter se manifestado no próprio legislador brasileiro que, no art. 653 do Código Civil, reproduziu o art. 1.288, do Código Civil de 1916, e estabeleceu que “opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, em seu nome, praticar atos ou administrar interesses. *A procuração é o instrumento do mandato*”¹²⁵.

A confusão tradicional entre os institutos foi esclarecida por LABAND, que evidenciou que o contrato de mandato é diverso da representação e não se confunde com a procuração. A representação existe sem o mandato, assim como o mandato pode prescindir da representação. O mandato exige a prática de atos ou a administração de interesses por conta de outra pessoa, mas não necessariamente em nome desta, ou seja, com poderes de representação¹²⁶.

Nesse sentido, lição de F. C. PONTES DE MIRANDA: “a procura, a outorga de poder de representação, é abstrata, e não se há de confundir com o mandato, que é contrato vinculativo de quem é mandante e de quem é mandatário. A procura, a dação de poder, é negócio jurídico unilateral, que se constitui pela manifestação de vontade, receptícia, do representando. A procura legitima o representante fora de qualquer relação jurídica com o dono do negócio. Por isso, se é certo que o mandato é, quase sempre, acompanhado (seguido ou precedido) da procuração, não se há de ter esse acompanhamento como essencial. O mandato pode ser sem a outorga do poder de representação”¹²⁷.

Ressalta-se, nesse ponto, que na representação voluntária apresenta-se como *fatispecie* um negócio jurídico unilateral de procuração¹²⁸, o qual é independente do negócio jurídico que motiva a relação de gestão entre o representante e o representado, que pode ser um contrato de mandato, de prestação de serviços, de trabalho, por exemplo. Enquanto este contrato subjacente, qualquer que seja ele, regula a relação de gestão entre

¹²⁵ Cf. O. GOMES, *Contratos*, 24ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001, p. 348; C. L. B. GODOY, *Código Civil Comentado* (coord. Cezar Peluso), 2ª ed., Barueri, Manole, 2008, p. 606.

¹²⁶ O mandato sem representação é previsto, inclusive, no art. 663, do Código Civil, ao estabelecer que o mandatário que agir em seu nome ficará pessoalmente obrigado.

¹²⁷ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XLIII, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, p. 09.

¹²⁸ “Procuração é todo o ato de concessão de poderes representativos” (A. A. FERRER CORREIA, *A procuração na teoria da representação voluntária*, in *Estudos de Direito Civil, Comercial e Criminal*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 1985, p. 02).

as partes, a procuração conserva-se distinta, autônoma, e é fonte da representação nas relações externas, perante terceiros¹²⁹.

Nestes termos, a procuração não pode ser tida como uma simples cláusula do contrato subjacente, que se apresentaria, nestes termos, como a fonte de eficácia representativa. A independência entre os institutos não é somente conceitual como verdadeiramente material^{130 131}.

Para A. A. FERRER CORREIA, “afirma-se a natureza abstrata da procuração para significar que ela não recebe em si o título que todavia materialmente a explica e justifica – o negócio jurídico fundamental. A procuração constrói-se como se, para além dela, não estivesse o mandato, a *locatio operarum*, a sociedade. Está: mas procedemos como se não estivesse, fazemos abstração deste outro negócio jurídico”¹³². Segundo o autor, a independência da procuração pode ser analisada por três perspectivas: origem, extensão e sorte.

Quanto à sua origem, podem ocorrer poderes de representação independentemente do tipo de contrato de gestão subjacente, quer um contrato de mandato, quer de prestação de serviço, quer contrato de trabalho. Sua existência pode ocorrer ainda que não haja nenhuma relação gestória preexistente¹³³.

¹²⁹ Para E. BETTI, “são caracteres da procuração, segundo o modo de ver comum, a independência e a abstração, sendo ela idônea, como ato conceitualmente suficiente, só por si, para conferir o poder de representação relativamente à contraparte, qualquer que possa ser a relação interna intercedente entre o representante e o representado” (E. BETTI, *Teoria geral do negócio jurídico*, t. III, *op. cit.*, pp. 157-158).

¹³⁰ No mesmo sentido, A. A. FERRER CORREIA, *A procuração na teoria da representação voluntária*, *op. cit.*, p. 27; F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XLIII, *op. cit.*, p. 09; Para E. BETTI, “é de toda a evidência, e nem pode ser seriamente contestado, que a *fatispecie* da relação interna de gestão ou de cooperação se conserva distinta da do conferimento do poder de representação, que é, essencialmente, um poder em relação a terceiros” (E. BETTI, *Teoria geral do negócio jurídico*, t. III, *op. cit.*, p. 157).

¹³¹ Em sentido contrário, exigindo a existência da relação de gestão e pugnando pela falta de autonomia da relação de representação, S. PUGLIATTI, *Il conflitto d'interessi fra principale e rappresentante*, in *Studi sulla rappresentanza*, Giuffrè, Milano, 1965, p. 84.

Ainda que L. BRITO CORREIA sustente a independência da procuração em relação ao contrato de gestão, argumenta que esta não é a única fonte de representação voluntária e que os poderes de representação podem ser atribuídos nos próprios contratos de gestão. Para o autor, possível a concessão de poderes de representação sem necessidade de procuração, como no caso do contrato de trabalho que tenha por objeto a prática de negócios jurídicos. “Pode, pois, concluir-se que a procuração não é o único negócio jurídico atributivo de poderes de representação voluntária. Conseqüentemente, haverá que analisar cada tipo de negócio para ver se dele resultam tais poderes ou se é necessário conjugá-lo com uma procuração” (L. BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anônimas*, Coimbra, Almedina, 1993, pp. 488-489).

¹³² A. A. FERRER CORREIA, *A procuração na teoria da representação voluntária*, *op. cit.*, pp. 27-28.

¹³³ A. A. FERRER CORREIA, *A procuração na teoria da representação voluntária*, *op. cit.*, p. 27. Neste ponto, ressalto o posicionamento de L. BRITO CORREIA, para quem “não parece de excluir a possibilidade de conferir procuração – de modo válido e eficaz (vinculativo para o constituinte em face de terceiros) – sem

Quanto à sua extensão, os poderes representativos podem não coincidir com a relação interna disciplinada pelas partes. “As instruções *a latere* da procuração, comunicadas só ao representante, não valem contra terceiros que, sem culpa, as ignorassem”¹³⁴. Apesar de uma ampla procuração, poderia o mandante querer restringir a atuação gestória dos mandatários através de uma declaração restritiva no contrato subjacente. Exemplifica A. A. FERRER CORREIA com a situação de “A, ao mesmo tempo que confere a B, por documento escrito, poderes ilimitados para a compra de um imóvel, ordena-lhe que não feche o contrato além de certo preço”¹³⁵. Para o autor, ainda que o procurador não respeite as instruções recebidas, o constituinte continua obrigado pelo ato.

Quanto à sorte, a nulidade da procuração não implica a invalidade do mandato. Para quem sustenta que o destinatário da procuração é o terceiro com quem o procurador irá contratar, o dolo do procurador não implica a anulabilidade da procuração. Na hipótese de dolo do procurador e ignorado pelo terceiro, a procuração é inatacável, já que o dolo do procurador (terceiro na relação) somente anula o negócio jurídico se a parte a quem o negócio aproveite tivesse ou devesse ter conhecimento, conforme art. 148, do Código Civil. Por seu turno, se o dolo for causado pelo próprio contratante, a procuração seria anulável. Tal anulação, entretanto, não se comunica ao contrato de mandato, cujos direitos e obrigações entre o mandante e o mandatário ficam preservados¹³⁶.

A independência, entretanto, não impede a fusão dos dois negócios numa única declaração, de modo que a atribuição de poderes de representação pode estar inserida no mesmo instrumento do negócio subjacente, embora os negócios se conservem distintos¹³⁷.

que exista uma relação (jurídica) de gestão, nomeadamente nos casos referidos em que há uma relação (social) de amizade ou de confiança ou um desejo de mera cautela. E, por isso mesmo, não se vê motivo para excluir (em face do CCiv, art. 265, nº 1) a possibilidade de sobrevivência da procuração depois de extinta a relação subjacente, mesmo que não tenha sido criada nova relação subjacente, caso seja essa a vontade do representado (por amizade, confiança ou cautela): o representante continua com o poder de agir, ainda que sem o dever de o fazer” [L. BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anónimas*, op. cit., p. 487].

¹³⁴ A. A. FERRER CORREIA, *A procuração na teoria da representação voluntária*, op. cit., p. 15.

¹³⁵ A. A. FERRER CORREIA, *A procuração na teoria da representação voluntária*, op. cit., p. 15.

¹³⁶ A. A. FERRER CORREIA, *A procuração na teoria da representação voluntária*, op. cit., pp. 24-25.

¹³⁷ F. C. PONTES DE MIRANDA afirma que: “A procuração, conforme temos frisado, é negócio jurídico unilateral, abstrato. Se, no mesmo instrumento (na mesma forma!), se dão os poderes, unilateralmente, e se conclui o contrato de mandato, o que exige a assinatura dos dois figurantes, porque se trata de negócio jurídico bilateral, é outro problema, que se reduz à afirmação de se terem posto no mesmo escrito os dois negócios jurídicos” [F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XLIII, op. cit., p. 110].

A distinção entre o mandato e a representação, nestes termos, atenua a força do argumento literal que sustentava que o administrador era representante voluntário, já que do mandato não decorre *necessariamente* a representação.

Além da distinção entre os institutos jurídicos, a segunda crítica feita à teoria da representação voluntária consiste na refutação do pressuposto de que os poderes dos administradores seriam voluntariamente conferidos pela pessoa jurídica. Para os críticos à concepção, não haveria a autonomia privada necessária para sua configuração. A sociedade não poderia manifestar sua vontade a terceiros senão através dos administradores, de modo que a conferência dos poderes de representação seria imprescindível ao desenvolvimento da pessoa jurídica.

Outrossim, a livre conferência de poderes exigiria a livre restrição, o que seria inconcebível na pessoa jurídica. Haveria um mínimo inderrogável de poderes, os quais não poderiam ser suprimidos pois a administração é garantida como “elemento essencial da estrutura da sociedade anônima”¹³⁸. Inconciliável, assim, a atribuição voluntária de poderes de representação pelo próprio representado, de modo que seria a própria lei que impor a existência da administração na pessoa jurídica e conferiria os poderes a tanto.

3.1.2 Teoria do administrador como representante legal

Diante da inviabilidade de conferência de tais poderes pela sociedade, através da assembléia geral, bem como da imprescindibilidade de sua concessão, surgiu corrente doutrinária que sustentava que a representação não poderia ser voluntária, mas necessária. Para V. SCIALOJA, os administradores de sociedades seriam representantes legais, cujos poderes adviriam diretamente da lei ou de decisão judicial¹³⁹.

Ao contrário da representação voluntária, a representação legal prescinde da autonomia do representado. A representação legal pressupõe a falta da capacidade plena

¹³⁸ G. FRÈ, *L'organo amministrativo nelle società anonime*, op. cit., p. 161. Segundo G. FRÈ, “se a limitação dos poderes dos administradores transferisse integralmente a administração da sociedade a um outro órgão social de modo que este assumisse também tais funções, não somente se deveria reter ilegal a relativa disposição estatutária, mas seria difícil sustentar que uma similar sociedade poderia ainda considerar-se como uma anônima” (G. FRÈ, *L'organo amministrativo nelle società anonime*, op. cit., p. 161).

¹³⁹ Para V. SCIALOJA, “abbiamo già accennato che la rappresentanza può avere la sua base sopra una disposizione di legge ovvero sopra atti di volontà: vi sono dei rappresentanti legali come i tutori, i curatori, i rappresentanti di persone giuridiche” (V. SCIALOJA, *Negozi giuridici*, op. cit., p. 230).

deste, ou seja, a impossibilidade jurídica do representado de exercer, por si próprio, os atos necessários à tutela de seus interesses. A lei, para tanto, “substitui a apreciação do interessado pela apreciação e pela deliberação de um outro sujeito, ao qual confia, conjuntamente com a competência para curar dos interesses do incapaz, a de deliberar acerca da gestão dos seus negócios e representá-lo nos negócios que celebra por conta dele”¹⁴⁰. Na representação legal, nestes termos, o representado não participa, nem indiretamente, da regulação de seus interesses, o qual é totalmente independente de sua vontade¹⁴¹.

Diante de uma incapacidade do representado de expressar sua vontade, ainda que a possua, a lei substitui a vontade do representado pela do representante, tal como ocorre no caso dos pais que, no exercício do pátrio poder, são representantes legais de seus filhos menores, do curador do enfermo ou do deficiente mental que não possuem o necessário discernimento para os atos da vida civil. A vontade do representante substitui a vontade própria, ainda que potencial e considerada deficiente, do representado.

A teoria, todavia, não é suficiente a explicar a posição dos administradores.

Diferentemente da situação do curador do incapaz ou dos pais no exercício do pátrio poder, a determinação do ‘representante’ não decorreria da Lei ou de decisão judicial, mas seria realizada através de eleição pela Assembléia ou pelo Conselho de Administração, já que na sociedade anônima a administração não é decorrente da qualidade de acionista.

Por seu turno, a representação, quer voluntária, quer legal, pressupõe a substituição de uma vontade, ainda que esta seja deficiente. Na sociedade, porém, a vontade da sociedade é formada pelos seus centros de poder, quer a administração, quer a Assembléia Geral. Não há uma vontade do representante a substituir a vontade do representado. A vontade do administrador é a própria vontade da companhia.

¹⁴⁰ E. BETTI, *Teoria geral do negócio jurídico*, t. III, *op. cit.*, p. 168. Nas palavras de L. MOSCO, “il primo carattere specifico che si riscontra nella rappresentanza legale sta in ciò che essa trova il suo fondamento nell’assenza di un soggetto capace di tutelare i suoi interessi o nella minore idoneità del soggetto interessato. Da questo fondamento deriva in primo luogo che non vi è un soggetto in luogo del quale il rappresentante legale conclude il negozio, esercitando quindi un potere che da quel soggetto gli proviene; ma che il rappresentante agisce in virtù di un potere che egli acquista per vincolo di sangue o che gli viene conferito con un provvedimento dell’autorità giudiziaria” (L. MOSCO, *La rappresentanza volontaria nel diritto privato*, Napoli, Dott. Eugenio Jovene, 1961, p. 13).

¹⁴¹ Segundo L. MOSCO, “il rappresentato legale infatti nulla ha da determinare, nè per la fondazione, nè per la sfera degli effetti negoziali. Egli non partecipa neppure indirettamente al regolamento dei suoi interessi, ma tale regolamento avviene del tutto indipendentemente dalla sua volontà (L. MOSCO, *La rappresentanza volontaria nel diritto privato*, *op. cit.*, p. 14).

3.2 Teoria dos administradores como órgãos sociais

Em contraposição à teoria da ficção, as teorias da realidade concebem a pessoa jurídica como ente de existência real, a qual tem em seu substrato indivíduos organizados diante de um escopo comum. É da união desses indivíduos em órgãos sociais que resulta a vontade do ente coletivo e a possibilidade de sua execução.

A teoria orgânica foi desenvolvida inicialmente por O. GIERKE, no âmago da teoria da realidade objetiva da pessoa jurídica. Para O. GIERKE, a pessoa jurídica existiria como organismo social e seria composta por organismos individuais que agiriam como parte do ente. A totalidade dos membros formaria a pessoa jurídica a qual, à semelhança da pessoa física, teria sua vontade formada e executada por seus próprios órgãos, partes deste organismo social.

Segundo o autor, “el concepto jurídico de órgano es de carácter específico y no puede confundirse con el concepto jurídico-individual de representante. No se trata aquí de una representación de una persona independiente, por otra también autónoma; sino que como cuando el ojo mira, la boca habla ó la mano coge, ve habla y coge el hombre; así cuando el órgano funciona debidamente dentro de su esfera, la unidad de vida del todo es inmediatamente activa”¹⁴².

A qualidade dos administradores como órgãos da sociedade, posteriormente, foi defendida pelos adeptos da teoria da realidade jurídica, que a difundiram a ponto de a tornar a concepção dominante na atualidade¹⁴³.

Na concepção da realidade jurídica, não haveria um organismo a ser reconhecido, como propugnado pela teoria da realidade objetiva, em que os indivíduos integrariam como órgãos uma pessoa jurídica considerada como organismo dotado de uma vida

¹⁴² O. GIERKE, *La naturaleza de las asociaciones humanas*, op. cit., p. 88.

¹⁴³ A. BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, v. III, op. cit., p. 286; A. FIORENTINO, *Gli organi delle società di capitali*, op. cit., p. 3; G. FRÉ, *L'organo amministrativo nelle società anonime*, op. cit., p. 36; S. ROMANO, *Organi*, op. cit., p. 147; L. BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anônimas*, op. cit., p. 214; W. BULGARELLI, *Apostamentos sobre a responsabilidade do administrador das companhias*, op. cit., p. 90; T. M. VALVERDE, *Sociedades por ações*, v. II, op. cit., p. 12; M. CARVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. III, op. cit., p. 22; R. REQUIÃO, *Curso de direito comercial*, v. II, op. cit., p. 152; P. F. CAMPOS SALLES DE TOLEDO, *O conselho de administração na sociedade anônima*, op. cit., p. 43; E. L. TEIXEIRA, *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*, São Paulo, Quartier Latin do Brasil, 2007, p. 105; H. M. D. VERÇOSA, *Curso de direito comercial*, v. II, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 170.

psíquica coletiva. Para a teoria da realidade jurídica, sobre os indivíduos agrupados em razão de um fim comum, o direito atribuiria a formação de um novo sujeito de direitos e unificaria a titularidade coletiva de direito e de interesses.

Sob essa perspectiva, a personificação seria a forma jurídica de unificação dos membros, os quais integrariam o ente coletivo. Em razão da constituição legal, os indivíduos subjacentes a essas relações unificadas e que possuem poderes para as criarem, extinguírem ou modificarem são considerados como parte imanente do ente coletivo, o qual adquire organicidade.

A pessoa jurídica, assim, manifesta sua vontade e age por esses órgãos, fazendo-se presente a terceiros. Os órgãos conferem à pessoa jurídica uma qualidade física e psíquica que é natural às pessoas físicas que lhe integram, mas que, em relação ao ente coletivo, é meramente jurídica e não biológica. Os indivíduos membros são organizados de modo a permitir o regular desenvolvimento do ente para a obtenção do interesse social, o que permite ao ente manifestar sua vontade e agir conforme esta.

A noção de órgão exigiria, como corolário dessa doutrina, dois requisitos: “che esso faccia parte integrante della struttura di um ente e che l’attività da lui esplicata come organo sia dal diritto considerata come direttamente e immediatamente própria dell’ente stesso”¹⁴⁴.

Para a corrente, portanto, a função de representação não poderia ser entendida senão em seu sentido impróprio¹⁴⁵. Não há o requisito da alteridade entre o órgão e a pessoa jurídica. O órgão não possui individualidade jurídica própria ou diversa da pessoa de que é parte. Na pessoa jurídica, o órgão é parte constitutiva da estrutura da companhia¹⁴⁶, em um todo único, de modo que ato do órgão é ato do próprio ente coletivo.

Em decorrência de serem inerentes ao aparelhamento da pessoa jurídica, não há qualquer delegação de poderes, como na representação voluntária. A delegação pressupõe a liberdade de conferência, assim como a supressão dos poderes. Na pessoa jurídica,

¹⁴⁴ S. ROMANO, *Organi*, op. cit., p. 147.

¹⁴⁵ Segundo A. BRUNETTI, “si dice che in essi è l’organo esclusivo di rappresentanza della società nei rapporti com i terzi, ma il concetto qui non va inteso in senso tecnico, perchè gli amministratori sono la stessa persona giuridica o, se si vuole, quella parte dell’organo com cui la società svolge l’attività indispensabile alla sua vita di relazione (A. BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, v. III, op. cit., p. 206).

¹⁴⁶ Para L. MOSSA, “nella persona fisica è affidata alla mano nello scrivere o alla bocca nel parlare la dichiarazione della vonlontà internamente decisa, nella persona giuridica è affidata all’organo reppresentativo”. (L. MOSSA, *L’inefficacia della deliberazione assembleare nelle società per azioni*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, Milano, Francesco Vallardi, 1915, p. 454).

todavia, os administradores são fundamentais à persecução do interesse social. Embora os poderes dos administradores possam ser especificados e distribuídos pelos demais órgãos sociais, há um mínimo essencial aos administradores, sem o qual a companhia não conseguiria desenvolver seu objeto, o que afasta a delegação.

Outrossim, a administração da companhia é imposta de maneira inderrogável, de modo que se assegura, inclusive, os poderes administrativos para pessoa determinada na hipótese de vacância total de todos os ‘cargos’ administrativos. A conferência dos poderes, portanto, é realizada diretamente pela Lei, que simplesmente confere a regulação destes aos demais órgãos da pessoa jurídica.

Se não há representação voluntária, tampouco haveria representação legal. A pessoa jurídica não é incapaz de formar ou de manifestar sua vontade. A lei integra o órgão à pessoa coletiva, de modo que a vontade do órgão é a vontade do próprio ente coletivo. Não existiria distinção entre a vontade social e a vontade do administrador, ou qualquer substituição de vontade.

A ausência da substituição de vontade, característica da representação, quer voluntária, quer legal, é ressaltada por F. C. PONTES DE MIRANDA. Para o autor, “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 *presentação*. O ato do órgão não entra, no mundo jurídico, como ato da pessoa, que é 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”¹⁴⁷.

Outrossim, na representação há necessária declaração de vontade dirigida a terceiros para a realização de um fim. Há administradores, contudo, que não possuem o poder de manifestar a vontade social perante terceiros. Nas hipóteses de atuação interna, em que a manifestação e execução ocorrem em face do próprio beneficiário, não há

¹⁴⁷ F. C. PONTES DE MIRANDA. *Tratado de direito privado*, t. III, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1974, p. 233. Conceito correlato à apresentação é o de representação orgânica. Para L. BRITO CORREIA, “só pode aceitar-se a expressão representação orgânica, se se considerar como representação a prática de atos jurídicos por uma pessoa (titular do órgão) em nome de outra (pessoa coletiva), perante terceiro – admitindo que, ao lado da representação por substituição de vontades, existe representação por integração de vontade. Mas a figura da representação orgânica não abrange todas as espécies de órgãos, mas apenas os órgãos externos que praticam atos jurídicos – que, por isso, se chamam órgãos representativos” (L. BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anônimas*, op. cit., pp. 208-209).

representação, pois sequer há declaração de vontade, já que esta não é manifestada a terceiros estranhos à companhia¹⁴⁸.

Para a teoria, portanto, o administrador não deveria ser considerado representante da companhia, pessoa fora desta, mas integrante do ente coletivo como parte de um todo, seu órgão.

A teoria passou a ser consagrada nos diversos ordenamentos jurídicos, que passaram a se referirem expressamente aos administradores como órgãos. Inicialmente, consagrada pela *Aktiengesetz* alemã de 1937, a teoria foi posteriormente adotada pelo Código Civil italiano de 1942, pela Lei francesa de 1966 e, no ordenamento jurídico brasileiro, pelo Decreto Lei 2.627/1940 e pela Lei 6.404/76 que, em diversos dispositivos, fez alusão aos administradores como órgãos da companhia.

O conceito de órgão, contudo, não permaneceu uníssono na doutrina.

Parte da doutrina conceitua como órgão a própria pessoa física a quem são atribuídos os poderes administrativos¹⁴⁹. O conjunto de atribuições manter-se-ia inerte até sua substanciação, sua incorporação pela pessoa física. Desta forma, somente se poderia falar em órgão quando a pessoa física estivesse desempenhando as funções, o que acabaria por provocar uma identificação absoluta entre a pessoa física e o órgão.

Parte majoritária da doutrina, contudo, compreende como órgão um núcleo de poder dentro da companhia, o qual deveria ser exercido pela pessoa física, mas que com o órgão não se confundiria. Nestes termos, por órgão deveria ser entendido o “elemento da pessoa coletiva que consiste num centro institucionalizado de poderes funcionais a exercer

¹⁴⁸ A. FIORENTINO, *Gli organi delle società di capitali*, op. cit., p. 6. Para A. ROCCO, “os órgãos deliberantes da pessoa jurídica, com efeito, não são seus representantes, porque se limitam a formar ou a concorrer para a formação da vontade do ente coletivo, mas sem que a declarem aos terceiros como uma vontade deste mesmo ente. Assim, por exemplo, os membros da Câmara dos Deputados ou do Senado são órgãos, mas não são representantes do Estado; e o mesmo se diga dos membros do conselho de administração das sociedades, que não têm uma firma social, e que também são órgãos, mas não representantes da sociedade. E contudo também aqui não pode negar-se que há casos em que ao caráter do órgão pode acrescer a função de representação, casos estes em que então se falará de órgãos representativos das pessoas jurídicas, distintos dos representantes que não são órgãos. É assim que é órgão representativo do Estado o Rei; são órgãos representativos do Estado os ministros e é também órgão representativo da comuna o podestà, como o são das sociedades comerciais os administradores que usam da firma social” (A. ROCCO, *Princípios de direito comercial*, op.cit., p. 318).

¹⁴⁹ G. FRÉ, *L'organo amministrativo nelle società anonime*, op. cit., p. 37; A. BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, v. I, Milano Giuffrè, 1948, p. 270; F. CARNELUTTI, *Lezioni di diritto processuale civile*, op. cit., p. 10; S. ROMANO, *Organi*, op. cit., pp. 154-155. Para A. BRUNETTI, são considerados órgãos “as pessoas, ou os grupos de pessoas físicas, que, por vontade da lei, são autorizados a manifestar a vontade e a desenvolver a atividade do ente para a obtenção de seus escopos” (A. BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, v. I, op. cit., v. I, p. 270).

pelo indivíduo ou colégio de indivíduos que nele estiverem providos com o objetivo de exprimir a vontade juridicamente imputável a essa pessoa coletiva»¹⁵⁰.

A teoria do órgão não permaneceu avessa às críticas.

Sobre a caracterização do administrador como órgão e não como representante, teceu pertinente crítica G. MINERVINI. Para o autor, a princípio, a pessoa jurídica poderia possuir órgãos ou representantes, ou, eventualmente, ambos, a depender da regulação específica do ordenamento jurídico para cada pessoa. Isso porque, para o autor, a diferença entre ambas as figuras residiria simplesmente na imputação jurídica. A pessoa jurídica utilizar-se-ia de órgãos se as pessoas físicas forem meros instrumentos de produção psicológica de *fattispecie* que à pessoa jurídica sejam juridicamente imputadas. Por seu turno, utilizar-se-ia de representantes se as pessoas físicas forem pontos de imputação jurídica de *fattispecie* e somente os efeitos recairiam sobre a pessoa jurídica¹⁵¹.

Frente ao ordenamento jurídico italiano, o autor sustenta que não subsistiria a natureza dos administradores como órgãos em razão da imputação jurídica pelo cometimento do ato ilícito. Se o órgão exigisse que a imputação jurídica dos atos realizados recaísse sobre a pessoa jurídica, como ato desta, o ato ilícito não poderia ser imputado a este. Contudo, cometido o ato ilícito pelo administrador no exercício das suas funções é, a este, imputado pelo ordenamento jurídico e torna o próprio administrador responsável diretamente perante o terceiro prejudicado, com a responsabilidade somente indireta da sociedade. O ordenamento jurídico revelaria, assim, que adota o conceito de administrador como *representante* da pessoa coletiva¹⁵².

¹⁵⁰ M. CAETANO, *Manual de direito administrativo*, Lisboa, Coimbra Editora, v. I, 10ª ed, 1973, p. 204. Para T. M. VALVERDE, “tampouco se poderá dizer que os administradores são órgãos representativos, como não se poderia dizer que o deputado ou o senador é um órgão da soberania nacional. Órgãos são a Câmara e o Senado, o Poder Executivo, o Poder Judiciário, que funcionam, nos limites de suas atribuições, por intermédio das pessoas, que têm qualidade para os ativar” (T. M. VALVERDE, *Sociedades por ações*, v. II, *op. cit.*, p. 12). O conceito é compartilhado também por W. BULGARELLI, para quem “a pessoa física (por si ou representando uma pessoa jurídica) age na moldura do órgão, limitada pela sua esfera de competência, portanto, normalmente, sem necessidade de mais complicações como a de qualificar o órgão como pessoa ou dividir a noção de órgão em objetiva e subjetiva, etc” [W. BULGARELLI, *Apontamentos sobre a responsabilidade do administrador das companhias*, *op. cit.*, p. 90]. Assim como por A. FIORENTINO, *Gli organi delle società di capitali*, *op. cit.*, p. 3.

¹⁵¹ G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1956, pp.1-2.

¹⁵² G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, *op. cit.*, pp. 2-3.

3.3 Posição adotada

A análise das diversas legislações, vacilantes ao longo dos anos, demonstrou que a interpretação literal de seus dispositivos, com a expressa referência a órgãos, mandatários ou representantes, é insuficiente a demonstrar, por si só, a qualidade pela qual agem os administradores da companhia. Sua compreensão, outrossim, deve ser pautada numa análise sistêmica, que depende da própria caracterização do conceito de personalidade jurídica.

Nestes termos, pela teoria adotada da realidade técnica, não se cria um novo ente fictício, de existência ideal, cuja total independência em relação aos seus membros exigiria que, para poder agir, a pessoa jurídica necessitasse de terceiros que praticassem atos em seu nome e por sua conta. Tampouco implicaria mero reconhecimento de organismo social, de forma análoga ao homem, em que mesmo antes da atribuição da personalidade jurídica já existiriam órgãos que permitiriam a esse organismo social agir.

A teoria da realidade técnica atribui personalidade jurídica sobre uma coletividade já estruturada e unifica, com a constituição de um novo sujeito, os direitos e obrigações contraidos mediante o desempenho da atividade social. Os indivíduos subjacentes a essa unificação integram o ente coletivo e permitem seu regular desenvolvimento. Não se caracterizam como terceiros, pois a pessoa jurídica não é uma ficção ou abstração, criada pelo alvedrio da Lei, sem qualquer correspondência na situação fática, mas uma realidade, uma forma de unificação de diversas relações jurídicas criadas pelos indivíduos em razão de um fim, ainda que estabelecida pela Lei.

Entre a pessoa jurídica e o administrador, por essa razão, inexistiriam alteridade ou substituição de vontade. O administrador integra o ente coletivo e, enquanto age dentro dos poderes que lhe foram atribuídos, age como a própria pessoa jurídica. Não há, assim, representação, mas verdadeira apresentação. O administrador não atua no interesse da companhia, mas é a própria pessoa jurídica, presente na atuação do administrador, que manifesta sua vontade social.

Seus poderes, outrossim, não são atribuídos por delegação. Ainda que possam ser regulados pela Assembléia Geral ou pelo Conselho de Administração, impossível a supressão total de todos os poderes dos administradores, sob pena de se tornar impossível o

desenvolvimento do objeto social da companhia¹⁵³. Nesse sentido, pela redação expressa do art. 139, da Lei 6.404/76, o ordenamento jurídico garante, com exclusividade, o poder de gestão ao Conselho de Administração e os poderes de gestão e apresentação à diretoria, de modo que não se poderia suprimi-los por completo, ou mesmo transferi-los a outro órgão social.

O caráter inderrogável da existência dos administradores, ainda, é assegurado pela Lei societária, em seu artigo 150. No referido artigo, determinou-se que, na hipótese de vacância dos cargos do Conselho de Administração, os conselheiros remanescentes ou a Assembléia Geral, na hipótese de vacância de todos os cargos, escolherão o substituto. Já na hipótese de vacância dos cargos da Diretoria, conforme art. 150, §2º, da Lei das S.A., a própria Lei estabeleceu como administrador o representante do maior número de ações para a prática dos atos urgentes de administração da companhia.

Desta forma, como a delegação pressupõe a livre concessão, supressão ou transferência, os poderes administrativos não poderiam ser atribuídos pelo ente coletivo, mas seriam assegurados pela própria Lei ao conferir a personalidade jurídica à união de indivíduos ou bens, ainda que os demais órgãos sociais possam regular a distribuição dos poderes concebidos.

Nestes termos, os administradores não poderiam ser caracterizados como representantes. Apresentam-se como verdadeiros órgãos sociais, imprescindíveis ao aparelhamento da pessoa jurídica e ao desenvolvimento de sua atividade ulterior, quer internamente na organização dos fatores de produção, quer externamente na *apresentação* da vontade corporativa.

Por seu turno, por órgão administrativo deve ser compreendido o centro institucionalizado de poderes funcionais de gestão hodierna e de representação, o qual não se confunde com a pessoa ou grupo de pessoas nele providos e que exerçam os referidos poderes.

A definição do órgão como centro institucional de poderes é resultante dos diversos artigos da legislação societária pátria. Assim como os artigos 139 e 146, da Lei das Sociedades Anônimas, ao utilizarem a palavra “órgão”, fazem referência ao conjunto de funções e atribuições, o art. 139 refere-se a poderes outorgados a outro órgão, criado por

¹⁵³ T. M. VALVERDE, *Sociedades por ações*, v. II, *op. cit.*, p. 26; G. FRÈ, *L'organo amministrativo nelle società anonime*, *op. cit.*, p. 161.

lei ou pelo estatuto. Mais clara ainda aparece a redação do art. 146, em que a pessoa natural seria eleita para membro dos órgãos de administração. Ambos, assim, empregam ‘órgão’ como centro de poderes, e não indicam, diretamente, a pessoa que exercerá a função.

Não fosse isso o suficiente, a distinção entre órgão e a pessoa que exerce suas funções é esclarecedora no Conselho Fiscal. Ainda que de existência obrigatória nas companhias, o funcionamento do órgão não é necessariamente permanente. Embora não esteja em funcionamento, situação em que não haveria membros eleitos, as atribuições previstas no art. 163, como de fiscalização, de opinar sobre o relatório anual da administração, de convocar a assembléia ordinária, de analisar balancetes etc., já lhe são garantidas em razão de sua existência, pois não podem ser outorgadas a outro órgão da companhia, conforme art. 163, §7º, da Lei das S.A.¹⁵⁴.

A crítica à definição dos administradores como órgãos em virtude da responsabilidade própria destes perante terceiros pela prática de ato ilícito no exercício das suas funções e não apenas da companhia, como seria natural na adoção da teoria orgânica, não subsiste no ordenamento jurídico pátrio.

Embora o art. 158, da Lei 6.404/76, determine que o administrador é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade com violação da lei ou do estatuto, o dispositivo não refuta a teoria do órgão. O administrador possui tal qualidade apenas quando age dentro dos poderes que lhe foram atribuídos. Além dos limites desses poderes, com violação da lei ou do estatuto, atua somente a pessoa física, vez que administrador sem poderes não age como *presentante* da pessoa jurídica, mas como terceiro estranho à sociedade. Nesse ponto, o ato ilícito praticado não poderia vincular outra pessoa que não a pessoa física do administrador.

Outrossim, a extensão dos efeitos dessa responsabilidade à companhia somente ocorreria para proteger terceiros de boa fé, em situações excepcionais em que a sociedade

¹⁵⁴ Nesse sentido, M. CARVALHOSA ressalta que “no âmbito privado, os órgãos, - diretoria e Conselho de Administração – são aparelhos da companhia, não tendo com ela nenhuma relação jurídica, sendo, portanto, irresponsáveis perante terceiros. Já os titulares – conselheiros e diretores – têm relação jurídica com a companhia, em termos de nomeação, destituição, deveres e responsabilidades, respondendo perante ela não só pela má gestão, mas também pelo eventual aproveitamento das suas funções em benefício próprio (art. 154, 155 e 156). Tendo em vista essa dualidade entre o órgão e seus titulares, tanto na organização dos aparelhos do Estado como na das sociedades anônimas, não se pode admitir seja o administrador o próprio órgão” (M. CARVALHOSA, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, v. III, *op. cit.*, p. 23).

teria se beneficiado do ato, ratificado-o, ou se o excesso de poderes não pudesse ser de conhecimento do terceiro contratante¹⁵⁵.

O órgão seria, assim, um conjunto de funções que deveriam ser desempenhadas por uma pessoa, mas que com esta não se identificaria. Órgãos administrativos são os centros institucionais de poderes funcionais de gestão hodierna e de apresentação da companhia, em cuja qualidade de integrantes se apresentam os membros do Conselho de Administração e da Diretoria no desenvolvimento de suas funções.

¹⁵⁵ Em sentido correlato, frente à legislação portuguesa que prevê a possibilidade de responsabilidade cumulativa tanto da companhia quanto do administrador por atos ilícitos, L. BRITO CORREIA sustenta: “é claro que a responsabilidade pessoal do administrador por atos ilícitos praticados no exercício das suas funções constitui um desvio à regra de que os actos funcionais são imputáveis à pessoa colectiva e só a ela. Esse desvio tem justificação na própria ilicitude do acto e na conseqüente censurabilidade pessoal do agente. Traduz-se afinal num caso tipificado de desconsideração da personalidade colectiva (‘Durchgriff’, ‘lifting the veil’, ou ‘superamento’ da personalidade colectiva) para protecção dos interesses dos terceiros prejudicados: a personalidade colectiva é atribuída pelo direito para protecção de certos interesses, nomeadamente dos sócios das sociedades; mas não deve ser entendida em termos tão rigorosamente conceptualistas que possa transformá-la em cobertura ou protecção para actos ilícitos, em prejuízo de terceiros” [L. BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anónimas*, *op. cit.*, p. 214).

CAPÍTULO III – MODALIDADE DO ATO DE PREENCHIMENTO DO ÓRGÃO DE ADMINISTRAÇÃO

1. A necessidade do ato de preenchimento

Como concluídos no capítulo anterior, o órgão, como centro de atribuições, não possui personalidade jurídica própria e entre o órgão e a sociedade não existe relação jurídica que não a de parte de um todo.

A imediação entre as vontades do órgão e da pessoa jurídica fez com que alguns autores negassem qualquer relação intersubjetiva entre o administrador e a pessoa jurídica¹⁵⁶. Entretanto, ainda que pela *representação* seja imputada à sociedade a vontade dos órgãos e o órgão não seja por si sujeito de direitos, a pessoa legitimada a exercer a função no órgão não perde sua personalidade jurídica própria, a qual não se confunde com a personalidade da sociedade.

Em situações como o cometimento de ato ilícito, ou de dolo ou culpa na execução de suas funções administrativas, nos termos do art. 158, da Lei 6.404/76, a vontade é considerada como do próprio administrador, permitindo-lhe a responsabilização pessoal e, portanto, deixando expressa a alteridade entre a pessoa física e o ente coletivo. A imediação entre a vontade do órgão e da sociedade não impede, por si só, a existência de relação jurídica entre a pessoa coletiva e o legitimado ao desempenho da função¹⁵⁷.

A natureza dessa relação, todavia, não é indiferente em relação a qualquer órgão social. A posição de legitimado do órgão da Assembleia Geral decorre da própria condição

¹⁵⁶ “Inexiste, como ocorre na representação, uma relação entre o órgão e a pessoa jurídica ou entre esta e seu membro. A representação decorre de um ato jurídico ou advém de determinação legal. O órgão resulta da própria constituição da sociedade, eis que elemento de sua estrutura” (V. H. M. FRANCO e R. SZTAJN, *Direito empresarial*, v. 2, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p. 177).

¹⁵⁷ Segundo A. A. FERRER CORREA, “o facto de os administradores serem imprescindíveis na estrutura da sociedade não exclui que entre eles e esta interceda uma relação jurídica – não exclui o referido dualismo subjectivo. Uma coisa, com efeito, é o órgão de gestão da pessoa jurídica, outra, perfeitamente distinta, são as pessoas incumbidas do exercício das funções que aquele competem. Para usar a terminologia de Jellinek, poderemos dizer que uma coisa é o órgão, outra o portador ou portadores do órgão – ou antes, portador ou portadores de organicidade (Organträger)” [A. A. FERRER CORREA, *Lições de Direito Comercial*, Lisboa, Lex, 1994, §2, n. 120]. Cf. I. DUARTE RODRIGUES, *A administração das sociedades por quotas e anónimas*, Lisboa, Livraria Petrony, 1990, p. 263.

de acionista da sociedade anônima. Na administração da sociedade, os administradores adquirem essa posição em decorrência, ordinariamente, de ato de outro órgão social, ou por eleição pela Assembléia Geral, ou pelo Conselho de Administração. Podem também ser eleitos por escritura pública de constituição por subscrição particular (art. 88, §2º, f), por empregados (art. 140, parágrafo único), por votação em separado dos minoritários ou preferencialistas (art. 141, §4).

Antes de se especificar eventual tipo do ato de preenchimento do órgão, cumpre precisar qual a modalidade do referido ato, ou seja, se trata-se de negócio jurídico unilateral, bilateral ou dúplice.

2. Teorias sobre a modalidade do ato

Muitas são as teorias elaboradas a explicar a forma do ato de preenchimento dos órgãos de administradores pela sociedade.

Quanto a estas, cumpre destacar que a relevância da legislação e doutrina de França, Alemanha, Itália e Portugal, na elaboração do projeto de lei que se converteu na Lei 6.404/76, indica a importância do estudo detalhado das posições doutrinárias adotadas por esses países sobre o tema em destaque¹⁵⁸. Sua sistematização, entretanto, diante de correntes intermediárias e mesmo de argumentos contrários entre adeptos do mesmo grupo, só é possível parcialmente.

De modo geral, as posições podem ser sintetizadas em quatro grupos principais: a concepção do ato jurídico em sentido estrito; do negócio jurídico unilateral; a concepção do negócio jurídico bilateral, envolvendo as teorias do contrato de mandato, prestação de serviço, trabalho e do contrato inominado; e a concepção dualista, na qual haveria concurso de dois negócios jurídicos.

¹⁵⁸ A análise foi realizada, com singular brilho, por L. BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anônimas*, *op. cit.*

2.1 Teoria do negócio jurídico bilateral

Historicamente, conceituava-se o vínculo entre administrador e sociedade como uma relação jurídica contratual, um negócio jurídico bilateral de mandato.

A consagração jurisprudencial e doutrinária da natureza contratual decorria de uma vinculação entre o poder de representação, apregoado pela teoria da ficção da pessoa jurídica, e o contrato de mandato, este último inicialmente entendido como base material da representação. Consagrou-se também pela interpretação literal dos dispositivos vigentes nas diversas legislações societárias, que expressamente caracterizavam o administrador como mandatário da companhia¹⁵⁹.

Ainda que, em relação a grande parte dos adeptos, careça de uma fundamentação da estrutura contratual no modo de eleição dos administradores, a teoria alcançou seu maior destaque entre os juristas franceses, que permaneceram, majoritariamente, defendendo-a até os dias atuais¹⁶⁰.

A doutrina italiana, por seu turno, já não conta com adeptos da teoria do mandato após o Código Civil italiano de 1942, que extirpou a qualificação dos administradores como mandatários no texto legal, embora não haja uma posição atual uníssona, assim como ocorre na doutrina portuguesa¹⁶¹, a respeito da natureza da relação jurídica entre os administradores e a companhia.

¹⁵⁹ Na Itália, art. 31 do Código de Napoleão de 1807, Código de Comércio de 1865, art. 129, no Código Comercial Italiano de 1882, arts. 121 e 122. Na França, fizeram expressa indicação do mandato o Código Comercial francês de 1807, em seu art. 31, a Lei francesa de 1863, no art. 6º, a Lei francesa de 1867, no art. 22. Em Portugal, o Código Comercial de 1833, nos arts. 538 e 542, asseverou que a companhia é administrada por mandatários, os quais somente responderiam pela execução do mandato recebido; assim como também fizeram referência ao mandato a Lei de 1867, no art. 13, e o Código Comercial de 1888, em seus arts. 172, 173, 179 e 192.

¹⁶⁰ M. JUGLART e B. IPPOLITO, *Droit Commercial*, 2º ed., Paris, Montchrestien, 1975, p. 502; B. PIÉDELIÈVRE, *Situation juridique et responsabilités des dirigeants de sociétés anonymes*, Paris, Dunod, 1967, p.3; P. BÉZARD, *La société anonyme*, Paris, Montchrestien, 1986, p. 48; J. HÉMARD, F. TERRÉ e P. MABILAT, *Sociétés commerciales*, T. I, Paris, Librairie Dalloz, 1972, p. 749; C. ROYER, *Traité théorique et pratique des sociétés anonymes*, t. II, Paris, Librairie Dalloz, 1919, p. 287; Em sentido adverso, J. HAMEL e G. LAGARDE, *Traité de droit commercial*, t. I, Paris, Librairie Dalloz, 1954, p. 756; P. LE CANNU, *Droit des sociétés*, 2ª ed., Paris, Montchrestien, 2003, p. 270.

¹⁶¹ Na doutrina portuguesa, A. A. FERRER CORREIA opta por uma solução mista, assente no ato unilateral de nomeação e num contrato de emprego (A. A. FERRER CORREIA, *Lições de direito comercial*, op. cit., §2º, nº 120). L. BRITO CORREIA, por seu turno, sustenta um contrato sui generis de administração (L. BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anônimas*, op. cit., p. 412). Já I. DUARTE RODRIGUES sustenta uma natureza mista, composta de um negócio jurídico unilateral de nomeação, que criaria uma relação orgânica, e um contrato, que regularia uma relação concomitante de serviço, quer seja contrato de emprego,

Contudo, diante das críticas à inadequação do contrato de mandato a explicar a natureza da relação jurídica entre os administradores e a sociedade, as quais serão analisadas oportunamente, parte da doutrina passou a sustentar a qualificação do administrador como prestador de serviços, empregado ou mesmo originada de um contrato *sui generis* de administração. Apesar da crítica ao tipo de negócio, as teorias mantinham seus postulados na estrutura de um negócio jurídico bilateral e esclareciam as condições da oferta e da aceitação, até então tratadas com obscuridade pelos adeptos da teoria do mandato.

Para os adeptos das teorias contratualistas, ainda que o órgão de administração fosse imprescindível ao regular desenvolvimento da atividade corporativa, a pessoa jurídica teria autonomia tanto para a celebração quanto para a estipulação do contrato, pois lhe seria garantida a liberdade para a eleição ou não dos administradores, para a nomeação de todos ou de somente alguns, especificação de quem ocupará a função e, dentro dos limites legais e estatutários, quais são os direitos e deveres para o exercício das atribuições por cada eleito¹⁶².

Para a corrente, a deliberação social de eleição seria declaração de vontade negocial, dirigida a terceiros e com o intuito de produzir efeitos jurídicos. Ao menos na hipótese de eleição, a Assembléia Geral teria poderes para atuar como órgão externo da sociedade e poderia manifestar a vontade social perante terceiros. Mesmo quando o eleito for acionista, a deliberação não tem efeito meramente interno, já que a condição do

quer seja contrato de administração (I. DUARTE RODRIGUES, *A administração das sociedades por quotas e anônimas*, op. cit., pp. 265).

Para A. MENEZES CORDEIRO, a natureza jurídica da relação possuiria diversas fontes de constituição. Para o autor, “a própria junção eleição-aceitação, como foi visto, tendo embora natureza voluntária, não é contratual. Pela mais simples e definitiva das razões: não se lhe aplica o regime dos contratos mas, antes, um conjunto preciso de regras de natureza deliberativa e societária. A situação jurídica de administração não pode ser definida com recurso à via da sua constituição. Ela encontra-se num grupo de situações jurídicas, enformadas por uma multiplicidade de factos constitutivos. E designadamente: ela pode ser contratual ou não-contratual sem, por isso, perder a sua unidade” (A. MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lisboa, Lex, 1997, §16, item 50).

¹⁶² L. BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anônimas*, op. cit., p. 421. Para G. FANELLI, “sia l’atto di costituzione dell’ufficio sia l’atto di preposizione all’organo sono del tutto facoltativi per il consiglio di amministrazione e massima è inoltre, in questo caso, la libertà di determinazione del contenuto del rapporto organico entro i vasti confini dell’art. 2381” (G. FANELLI, *La delega di potere amministrativo nella società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1952, p. 87).

administrador não é imanente à qualidade de acionista, de modo que a assembléia, ao elegê-lo, manifesta uma vontade a terceiro¹⁶³.

Por seu turno, a aceitação não seria mera condição de eficácia do negócio jurídico unilateral de eleição, pois pelo ato não somente são atribuídos poderes aos administradores, como também deveres. O consentimento expresso do eleito é imprescindível à imposição de obrigações. A declaração de aceitação concordaria com a proposta e seria elemento essencial para a validade do negócio jurídico integrado por duas declarações de vontade contrapostas e com objetivo comum, um contrato¹⁶⁴.

A teoria não permaneceu isenta às críticas.

A primeira crítica é decorrente da suposta falta de autonomia necessária à relação contratual. Suscita-se que os administradores seriam tidos como imprescindíveis à sociedade e, em razão desta necessidade, não haveria liberdade para contratá-los. A sociedade não possuiria a faculdade da nomeação ou não de administradores, o que não se adequaria à voluntariedade e autonomia na celebração do contrato. Para os críticos, a necessidade dos poderes de *apresentação* na administração é imposta em caráter inderrogável pela lei, o que excluiria, por si só, o eventual caráter obrigacional da relação jurídica. Não haveria contrato onde não exista a possibilidade de se prescindir de sua realização¹⁶⁵.

¹⁶³ L. BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anônimas*, op. cit., p. 448; G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 56; G. FANELLI, *La delega di potere amministrativo nella società per azioni*, op. cit., p. 84-92.

¹⁶⁴ Para L. BRITO CORREIA, “o ato criador de direitos e deveres entre o administrador e a sociedade depende essencialmente da vontade da sociedade e do administrador: no âmbito do direito privado, não pode uma pessoa impor a outra obrigações sem o consentimento desta – consentimento que não é mera condição de eficácia do ato (unilateral) daquela, mas verdadeiramente integrador, em plano de igualdade, do ato (bilateral) constitutivo dessas obrigações. Seja ou não remunerado o administrador, ele assume as obrigações e direitos correspondentes à sua função, porque ele e a sociedade, em conjunto, o quiseram, de harmonia com a lei” [L. BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anônimas*, op. cit., p. 470].

¹⁶⁵ A. CANDIAN, *L'azione civile di responsabilità contro gli amministratori di società anonime*, in *Saggi di Diritto*, v. II, Padova, Cedam, 1935, p. 142; G. FRÈ, *Il rapporto fra l'organo amministrativo delle società anonime e la società*, in *Rivista del diritto commerciale*, v. XXXVI, Milano, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1938, p. 419; G. FRÈ, *L'organo amministrativo nelle società anonime*, op. cit., p. 28. Segundo A. A. FERRER CORREIA, “sendo o órgão de gestão que eles integram essencial à pessoa colectiva, a sua actividade é imprescindível. As sociedades utilizam administradores em virtude de uma necessidade insuperável e não apenas para potenciar a sua actividade, como sucede quando se recorre a um mandatário” (A. A. F. CORREIA, *Lições de direito Comercial*, op. cit., nº 120). Segundo A. BRUNETTI, “il collegio sorge come organo essenziale di capacità della persona giuridica, il che porta ad escludere, per lógica evidente, la sussistenza di un contratto qualsiasi fra società e amministratori relativamente alla gestione sociale” (A. BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, v. II, Milano Giuffrè, 1948, p. 365). Cf. I. DUARTE RODRIGUES, *A administração das sociedades por quotas e anônimas*, op. cit., p. 276.

Ademais, os poderes de cada órgão social foram delimitados pelo próprio ordenamento jurídico, que fixou a atribuição dos administradores. Não são os associados “que conferem aos administradores poderes mais amplos ou mais restritos, pois que esses poderes pertencem aos órgãos por força de um estatuto de que a fonte primeira é a lei e não já a vontade”¹⁶⁶. A sociedade, assim, além de não possuir autonomia para nomeá-los, não possuiria liberdade também para a estipulação dos poderes dos administradores.

Outrossim, sustenta-se que se exigiria representante da sociedade para realizar o ato executivo, autônomo em relação à deliberação, consistente em firmar o contrato com os eleitos, pois a Assembléia Geral seria órgão interno, sem poderes para declarar uma vontade a terceiro e executá-la¹⁶⁷. Nesse sentido ainda, A. CANDIAN sustenta que a deliberação não pode ser considerada como uma proposta, vez que sequer pode ser considerada manifestação de vontade. A deliberação, como soma dos votos individuais, possui natureza de manifestação de juízo ou de pensamento, mais que de manifestação de vontade¹⁶⁸.

A deliberação assemblear, ademais, não seria uma proposta a ser integrada pela aceitação para preencher um negócio jurídico bilateral. A aceitação não seria elemento de validade do negócio jurídico, mas condição de eficácia do negócio jurídico unilateral de nomeação¹⁶⁹.

2.2 Teoria do negócio jurídico unilateral

A caracterização dos administradores como órgãos, e não mais como representantes voluntários da pessoa coletiva, e a consequente imediação entre a vontade

¹⁶⁶ I. DUARTE RODRIGUES, *A administração das sociedades por quotas e anônimas*, op. cit., p. 276.

¹⁶⁷ Segundo G. FRÉ, “il preteso mandato agli amministratori sarebbe dunque conferito prima che la società avesse costituito con il mandato stesso l’organo destinato a rappresentarla e potrebbe ritenersi sufficiente questa considerazione per escludere il concetto di mandato” (G. FRÉ, *L’organo amministrativo nelle società anonime*, op. cit., p. 28); Cf. I. DUARTE RODRIGUES, *A administração das sociedades por quotas e anônimas*, op. cit., pp. 269 e 271.

¹⁶⁸ A. CANDIAN, *L’azione civile di responsabilità contro gli amministratori di società anonime*, op. cit., p. 143.

¹⁶⁹ A. FIORENTINO, *Gli organi delle società di capitali*, op. cit., p. 101.

do órgão e a vontade da sociedade fizeram com que parte dos doutrinadores, notadamente na Itália, negasse a natureza contratual da relação¹⁷⁰.

A promoção da teoria deveu-se a fatores que podem ser agrupados em dois grupos: os técnicos e os significativo-ideológicos. Enquanto os fatores técnicos referem-se à estrutura da designação dos administradores, os fatores significativo-ideológicos decorrem dos princípios institucionalistas¹⁷¹.

No primeiro grupo, pode ser referido o posicionamento de que o ato de nomeação seria atinente à organização interna da sociedade e, como se concretizaria por uma deliberação da assembléia, a qual somente possuiria poderes de gestão, mas não de representação, seria um ato exclusivamente interno¹⁷². A deliberação não poderia ser equiparada a uma proposta pois não consistiria numa declaração de vontade dirigida a terceiros. Outrossim, poderia vincular os sócios, ainda que estes não tenham com ela concordado, o que é contrário aos princípios obrigacionais. Ademais, estaria perfeita logo que emanada, independentemente do conhecimento dos terceiros¹⁷³.

Deve ser ressaltado, quanto a esse último argumento, que parte da teoria entende que o ato assemblear se caracterizaria como ato não receptício. O ato não se dirigiria ao administrador eleito, mas se orientaria à generalidade, compreendidos nesta os sócios, os outros órgãos sociais e, externamente, os terceiros¹⁷⁴. Parcela majoritária dos defensores, todavia, sustenta o caráter recipiêdo da deliberação de nomeação, já que a lei

¹⁷⁰ Consagram a teoria unilateralista, na Itália: A. CANDIAN, *L'azione civile di responsabilità contro gli amministratori di società anonime*, op. cit., pp. 147-148; G. FRÈ, *Il rapporto fra l'organo amministrativo delle società anonime e la società*, op. cit.; A. DONATI, *L'Invalidità della deliberazione di assemblea delle società anonime*, Milano, Giuffrè, 1937, p. 29; F. FERRARA JR., *Gli imprenditori e le società*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 1952, p. 320; M. A. AIMI, *Le delibere del consiglio di amministrazione*, Milano, Giuffrè, p. 24; A. BRUNETTI, *Tratato del diritto delle società*, v. II, op. cit., p. 365; F. BONELLI, *Gli amministratori di S.P.A. – dopo la riforma delle società*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 74-75.

¹⁷¹ A classificação é de A. MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, op. cit., nº 43.

¹⁷² Frè, *L'organo amministrativo nelle società anonime*, op. cit., p. 29, n. 1.

¹⁷³ A A. MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, op. cit., nº 43; A. CANDIAN, *L'azione civile di responsabilità contro gli amministratori di società anonime*, op. cit., p. 143.

¹⁷⁴ G. FRÈ, *Il rapporto fra l'organo amministrativo delle società anonime e la società*, op. cit., p. 419; A. FIORENTINO, *Gli organi delle società di capitali*, op. cit., p. 101.

ordinariamente impõe obrigações aos administradores a contar da notícia da nomeação, como inscrição da nomeação no registro, ou prestação de caução, etc¹⁷⁵.

Dentre os fatores técnicos, figura ainda a natureza da aceitação. Parte dos adeptos entende que a aceitação sequer é necessária. Para F. FERRARA JR., a aceitação é desnecessária, pois seria presumida pela Lei. A Assembléia presumidamente teria o cuidado de informar o agente antes de nomeá-lo e a lei pressupõe que o eleito aceite o encargo¹⁷⁶.

Parte majoritária, todavia, sustenta a insuficiência por si só da deliberação para a nomeação do administrador e a necessidade da aceitação, em decorrência da sujeição do eleito a obrigações¹⁷⁷. A aceitação, contudo, não possuiria a natureza de elemento essencial de validade de um negócio jurídico bilateral; seria mera condição de eficácia do negócio jurídico unilateral de nomeação.

O ato de nomeação, unilateral e abstrato, caracterizar-se-ia por investir e atribuir poderes a um sujeito¹⁷⁸. A aceitação somente garantiria eficácia a essa nomeação, vez que não teria o condão de alterar ou discutir as condições do ato de nomeação, pois este não se seria uma proposta.

Sob esta perspectiva, o preenchimento da função de administrador decorreria de atos jurídicos unilaterais concorrentes e não contrapostos. Um primeiro deles seria a deliberação assemblear, a qual consistiria em negócio unilateral de nomeação e investiria a pessoa na posição orgânica. Outro seria o de aceitação por parte do administrador, negócio jurídico unilateral que daria eficácia àquela nomeação. Esses referidos atos não se

¹⁷⁵ A. DONATI, *L'Invalidità della deliberazione di assemblea delle società anonime*, op. cit., p. 49; A. CANDIAN, *Nullità e annullabilità di delibere di assemblea delle società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1942, p. 33.

¹⁷⁶ Para o autor, “si noti che la legge prescinde dall'accettazione, perchè è naturale pensare che l'assemblea si dia cura di interpellare il soggetto se consente ad assumere l'ufficio, prima di nominarlo, e che non vi provveda, se egli non vuol saperne. Ma se anche tutto questo in fatto non fosse avvenuto, l'obbligo sussiste egualmente. (...) In realtà l'obbligo qui non deriva dalla sola deliberazione; la legge presume che il nominato accetti, e da questo consenso presunto fa scaturire a suo carico gli obblighi suddetti. Tutto ciò importa praticamente il dovere per chi non voglia accettare, di distruggere la presunzione della legge, comunicando il suo rifiuto, e scalzando con ciò la base su cui poggiano gli obblighi a lui imposti” (F. FERRARA JR., *Gli imprenditori e le società*, op. cit., p. 320).

¹⁷⁷ A. CANDIAN, *L'azione civile di responsabilità contro gli amministratori di società anonime*, op. cit., pp. 147-148; G. FRÈ, *Il rapporto fra l'organo amministrativo delle società anonime e la società*, op. cit.; A. DONATI, *L'invalidità della deliberazione di assemblea delle società anonime*, op. cit., p. 29; M. A. AIMI, *Le delibere del consiglio di amministrazione*, op. cit., p. 24; A. BRUNETTI, *Tratatto del diritto delle società*, v. II, op. cit., p. 365.

¹⁷⁸ A. CANDIAN, *L'azione civile di responsabilità contro gli amministratori di società anonime*, op. cit., p. 147.

integrariam com a formação de uma convenção tipicamente contratual. A aceitação seria mera condição de eficácia e não de validade do ato de eleição¹⁷⁹.

Os fatores significativo-ideológicos, por outro lado, conciliam-se com concepções institucionalistas ou organicistas da personalidade jurídica, em que a pessoa jurídica seria reconhecida pelo ordenamento jurídico como um organismo social, que deteria uma relação orgânica com os diversos membros que lhe integram. A totalidade dos membros formaria a própria pessoa jurídica e com ela se identificaria.

Dentre esses fatores figura o argumento da falta de alteridade. A pessoa nomeada para preencher o órgão integraria o 'organismo social'. Seu ato de designação é somente interno, de natureza corporativa ou institucional, já que a pessoa integraria o organismo e seria imanente ao ente coletivo.

Nessa concepção, ainda, sustenta-se que os poderes dos administradores decorreriam da própria lei. Somente poderia haver autonomia para conceder poderes pelos acionistas ou outro órgão social se os poderes também pudessem não ser concedidos. Na sociedade, essa autonomia não existiria. Os administradores possuiriam um mínimo de poderes dos quais não poderiam ser privados, sob pena de a companhia não poder desenvolver a empresa e ser reconhecida pelo direito¹⁸⁰.

Os poderes deveriam ser entendidos como conferidos pela Lei e, somente dentro de limites restritos, poderiam ser disciplinados pela assembléia. Esta, apesar de ter a faculdade de eleger a pessoa a ocupar a função, não poderia negar a atribuição dos poderes inerentes ou dispensar o adimplemento dos deveres exigidos pela lei¹⁸¹. A eleição provocaria simplesmente “a investidura de uma determinada pessoa em uma posição orgânica à qual são comuns determinados poderes”¹⁸².

¹⁷⁹ Segundo G. FRÈ, “si ha infatti da una parte una dichiarazione unilaterale dell’assemblea (dichiarazione non ricettizia – nichtempfangsbedürftige), a cui non fa riscontro da parte dell’amministratore l’accettazione di un’offerta diretta a porre in essere un vincolo contrattuale, ma che rimane inefficace in mancanza di tale accettazione, la quale è, a sua volta, un atto unilaterale. Si verifica insomma un concorso, ma non un incontro di due volontà, onde l’impossibilità di riconoscere struttura contrattuale all’atto di nomina dell’amministratore” (G. FRÈ, *l’organo amministrativo nelle società anonime*, op. cit., p. 28).

¹⁸⁰ Segundo A. BRUNETTI, “il collegio sorge como organo essenziale di capacità della persona giuridica, il che porta ad escluder, per lógica evidente, la sussistenza di un contratto qualsiasi fra società e amministratori relativamente allá gestione sociale” (A. BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, v. II, op. cit., p. 365).

¹⁸¹ F. FERRARA JR., *Gli imprenditori e le società*, op. cit., p. 314.

¹⁸² Para G. FRÈ, “la nomina degli amministratori, considerata como atto unilaterale di preposizione, partecipa dunque della natura che è propria dell’atto ugualmente unilaterale di nomina del tutore o dell’esecutore testamentário, e l’analogia sembra particolarmente efficace con la nomina del tutore da parte del consiglio di

Para a corrente, não descaracteriza o ato unilateral de nomeação o fato de serem imputados ao administrador determinados deveres ou a previsão de remuneração para as funções de administração. Os deveres seriam comportamentos previstos pela própria lei e a remuneração é fixada no ato constitutivo ou determinada unilateralmente pela assembléia, o que não exigiria uma correspondente manifestação de vontade do administrador e decorreria da própria assunção do cargo.

Deste modo, quer seja pelos fatores técnicos, quer seja pelos fatores ideológicos, a teoria sustenta que a natureza jurídica da relação entre o administrador e a sociedade consistiria em um negócio jurídico unilateral de nomeação, o qual, majoritariamente, teria sua eficácia condicionada à aceitação do nomeado.

A doutrina unilateralista da natureza do ato de preenchimento repercutiu na doutrina brasileira, embora não tenha sido sempre sustentada de modo perfeitamente claro pelos juristas nacionais adeptos. Isso porque, com a substituição do Decreto nº 434 pelo Decreto-Lei nº 2.627/1940, diversos juristas passaram a adotar a concepção dos administradores como órgãos; não como função ou posição do administrador na companhia, mas como explicação à natureza jurídica da relação entre o administrador e a sociedade. Conceberam-se os administradores como órgãos em contraposição à natureza de mandatários¹⁸³.

A diferenciação entre órgão e o legitimado a exercer a função foi diferenciada por M. CARVALHOSA. Segundo o autor, “os órgãos – diretoria e conselho de administração – são aparelhos da companhia, não tendo com ela nenhuma relação jurídica, sendo, portanto, irresponsáveis perante terceiros. Já os titulares – conselheiros e diretores – têm relação jurídica com a companhia, em termos de nomeação, destituição, deveres e responsabilidades, respondendo perante ela não só pela má gestão, mas também pelo eventual aproveitamento das suas funções em benefício próprio (arts. 154, 155 e 156)”¹⁸⁴.

famiglia o del consiglio di tutela, perchè si há per l'appunto nell'uno e nell'altro caso un atto collettivo di nomina” (G. FRÈ, *Il rapporto fra l'organo amministrativo delle società anonime e la società*, op. cit., p. 419).

¹⁸³ Para F. MARTINS: “ao ser substituído o Decreto nº 434 pelo Decreto-Lei nº 2.627, de 1940, foi afastada a orientação anterior e os administradores passaram a ser tratados como órgãos e não mandatários das companhias” (F. MARTINS, *Direito Societário: estudos e pareceres*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 110). Para O. Barreto Filho, “a lei passa a reconhecer aos administradores poderes exclusivos não derivados da assembléia ou por ela avocáveis. Afirma-se cada vez mais, o caráter orgânico, e não contratual da administração” (O. BARRETO FILHO, *Estrutura administrativa das sociedades anônimas*, op.cit., p. 70).

¹⁸⁴ M. CARVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. III, op. cit., p. 23.

Embora para o autor inexista relação entre o órgão e a sociedade, entre a sociedade e o titular existiria relação intersubjetiva, a qual, todavia, não seria contratual, mas consistente num ato unilateral da companhia para eleger o administrador, ao qual concorre o ato unilateral de aceitação deste. Inexistiria qualquer convenção. A aceitação somente seria condição de eficácia do ato de eleição e vincularia o administrador aos seus deveres e encargos estipulados pela lei e pelo estatuto. A aceitação não visaria a regular os efeitos de uma proposta; simplesmente daria início à execução das funções administrativas. Não haveria, portanto, vínculo contratual¹⁸⁵.

Dentre as críticas endereçadas, a necessidade de nomeação do ente coletivo, como argumento da corrente para afastar a teoria contratualista provaria demais. A falta de autonomia na declaração de vontade não somente impediria a formação de um negócio jurídico bilateral, como também impediria a caracterização do negócio jurídico unilateral como ato de preenchimento da função, pois ambos pressuporiam a manifestação de vontade livre¹⁸⁶.

A mesma crítica é feita quanto à falta de poderes de representação da Assembléia Geral, o que tornaria insubsistente uma declaração de vontade. Ambos os negócios jurídicos, quer bilateral, quer unilateral, exigem para sua configuração uma declaração de vontade destinada a produzir efeitos jurídicos, de modo que a falta de declaração tornaria impossível o contrato, como também a caracterização do negócio jurídico unilateral.

A dispensa da aceitação, por seu turno, também é criticada. No campo do direito privado vigora o princípio de que ninguém pode ser obrigado senão em decorrência de seu

¹⁸⁵ M. CARVALHOSA, *Comentários à lei de sociedades anônimas*, v.III, *op. cit.*, p. 232. Para o autor, “ao ato unilateral da companhia de eleger o administrador deve necessariamente corresponder outro ato unilateral deste: a aceitação. A aceitação não implica a conclusão de nenhum contrato entre a companhia e o administrador. Trata-se, com efeito, de duplo ato unilateral: de uma parte, a deliberação da assembléia geral ou do Conselho de Administração; da outra, a aceitação” (M. Carvalhosa, *Comentários à lei de sociedades anônimas*, v.III, *op. cit.*, p. 232).

À concepção unilateralista também adere O. GOMES, embora não descarte a teoria dúplice. Segundo o autor, “predomina, em doutrina, a tese de que a condição de administrador decorre, não de um contrato com a sociedade, mas de um ato jurídico unilateral, por via do qual se lhe atribui, com os respectivos poderes, a qualidade de órgão da pessoa jurídica. Conquanto esse ato unilateral, denominado nomeação, tenha a sua eficácia condicionada à aceitação do nomeado, nem por isso se torna contratual, porquanto ela é simples condição de eficácia. (...) Entretanto, pode-se aceitar a orientação do direito alemão de admitir-se, ao lado do ato unilateral de nomeação, o contrato de emprego – Anstellung – como instrumento de regulação das relações internas entre o administrador e a sociedade” (O. GOMES, *Responsabilidade dos Administradores de sociedades por ações*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 8, ano XI, 1972, p. 12).

¹⁸⁶ P. GRECO, *Le società nel sistema giuridico italiano – Lineamenti generali*, Torino, Giappichelli, 1959, p. 289; Minervini, *Gli amministratori di società per azioni*, *op.cit.*, p. 57; G. FANELLI, *La delega di potere amministrativo nella società per azioni*, *op. cit.*, p. 86.

comportamento, ativo ou omissivo, ou por ter manifestado sua vontade livre a tanto. Para que deveres sejam contraídos, assim, exigir-se-ia a manifestação voluntária do sujeito para obrigar-se. Na relação de administração, nesse contexto, como não são atribuídos exclusivamente poderes, mas também diversos deveres ao administrador, a imposição de obrigações exigiria, portanto, o livre consentimento do obrigado, de modo que a aceitação seria imprescindível¹⁸⁷.

Por seu turno, critica-se a aceitação como simples condição de eficácia da nomeação. Para M. V. ADAMEK, “tanto a nomeação como a aceitação são declarações de vontade de conteúdo concordante. Mais do que isso, a aceitação não é elemento extrínseco ao ato constitutivo da relação de administração, mas um de seus elementos integrantes”¹⁸⁸. O efeito principal da nomeação seria condicionado a aceitação e não um efeito secundário, de modo que não haveria duas declarações unilaterais paralelas; haveria um concurso de duas declarações que se destinam a regular os mesmos interesses¹⁸⁹.

2.3 Teoria do ato jurídico em sentido estrito ou de execução do contrato de sociedade

Em razão da crítica à teoria dos negócios jurídicos unilateral e bilateral, doutrinadores como F. GALGANO e R. GENGHINI passaram a sustentar a caracterização do ato de preenchimento do órgão de administração como ato jurídico em sentido estrito¹⁹⁰.

Para os autores, não haveria qualquer delegação de poderes administrativos pela Assembléia Geral. Os poderes dos administradores seriam indisponíveis à Assembléia, que não poderia avocá-los, determinar condutas aos administradores ou revogar os atos administrativos realizados¹⁹¹. Pela corrente, os poderes de gestão e representação seriam originários e garantidos aos administradores como órgãos necessários ao regular

¹⁸⁷ P. GRECO, *Le società nel sistema giuridico italiano – Lineamenti generali*, op. cit., p. 291.

¹⁸⁸ M. V. ADAMEK, *Responsabilidade civil dos administradores de S.A. e as ações correlatas*, 1ª ed., Saraiva, São Paulo, 2010, p. 41.

¹⁸⁹ G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., pp. 57-58.

¹⁹⁰ F. GALGANO e R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societário*, t. I, 3ª ed., Padova, Cedam, 2006, pp. 444-445.

¹⁹¹ F. GALGANO e R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societário*, t. I, op. cit., p. 443.

desenvolvimento da companhia. Os poderes e deveres destes adviriam diretamente do contrato de sociedade, cuja execução seria sua função precípua.

Ainda que os administradores não sejam parte do contrato de sociedade, seria possível atribuir, em analogia à estipulação em favor de terceiros, direitos a pessoas ausentes da relação contratual, desde que preenchidas determinadas condições. Seria a hipótese do administrador, que figuraria como elemento necessário de execução do contrato e se sujeitaria às obrigações correlatas desde que aceitasse a nomeação e se submetesse ao estatuto da sociedade¹⁹².

O próprio contrato de sociedade é que atribuiria poderes e sujeitaria os administradores aos deveres iminentes à função. O ato de nomeação dos administradores pela assembléia não seria ato atributivo de poderes; “è, più semplicemente, l’atto che designa le persone preposte all’organo cui è, per legge, connesso il compito di dare esecuzione al contratto; e le persone, una volta designate, eserciteranno i poteri, ed adempieranno le correlative obbligazioni, inerenti alla funzione che è propria dell’organo cui sono preposte”¹⁹³. O ato de nomeação caracterizar-se-ia como ato que daria execução ao contrato de sociedade e apenas indicaria a pessoa a ocupar as funções e deveres já disciplinados no estatuto.

Em crítica ao posicionamento, L. BRITO CORREIA sustenta que a eleição dos administradores não pode ser considerada mero ato material de aplicação do estatuto, pois a norma estatutária “exige a prática de atos juridicamente inovadores: atos que são necessários para constituir relações jurídicas entre a sociedade e os administradores e que podem, em certa medida, moldar tal relação (v.g., limitando os poderes, estabelecendo deveres ou regulando os direitos dos administradores, por exemplo, quanto à remuneração), criar uma disciplina de interesses”¹⁹⁴.

Para o autor, ainda que a designação seja ato de execução do contrato de sociedade, nada obsta que tal execução tenha por conteúdo novo negócio jurídico, vez que o ato de eleição possuiria caráter negocial, notadamente diante de administradores não

¹⁹² F. GALGANO e R. GENGINI, *Il nuovo diritto societario*, t. I, *op. cit.*, p. 445.

¹⁹³ F. GALGANO e R. GENGINI, *Il nuovo diritto societario*, t. I, *op. cit.*, p. 445.

¹⁹⁴ L. BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anônimas*, *op. cit.*, pp. 423-424.

acionistas, os quais somente a partir deste momento estariam vinculados à sociedade e passariam a ser titulares de direitos e sujeitos a obrigações¹⁹⁵.

2.4 Teorias dualistas ou analíticas

As teorias dúplices ou analíticas fundamentam a relação entre o administrador e a sociedade em dois atos distintos: um ato unilateral de nomeação, em que haveria a concessão de poderes para exercer a atividade de órgão; e um contrato, ora de mandato ora de prestação de serviço, em que haveria a assunção dos direitos e deveres de exercício de tal atividade.

A doutrina alemã, em crítica à teoria do mandato, procurou distinguir a procuração e o contrato subjacente por ocasião dos estudos à preparação do Código Comercial Alemão. O posicionamento foi consagrado na versão do art. 227/3, do ADHGB de 1861, em que se determinou que a designação dos administradores seria revogável, sem prejuízo da indenização relativa aos contratos existentes¹⁹⁶.

Sobre o dispositivo, a jurisprudência alemã do período assentou que o contrato subjacente entre a sociedade e o administrador somente se resolveria automaticamente, com a revogação do ato unilateral de designação, caso houvesse um fundamento importante de desconfiança. Nas hipóteses em que este fundamento de desconfiança inexistisse, o contrato de prestação de serviço permaneceria em vigor, a despeito da revogação da designação. Diferenciava-se, assim, com base no dispositivo referido, os efeitos e a disciplina do ato de nomeação (*Bestellung*) e do contrato subjacente (*Anstellung*)¹⁹⁷.

Essa distinção foi reconhecida pelos diversos diplomas alemães posteriores sobre as sociedades. A AktG de 1935, em seu §75, prescreveu que "os membros do diretório são nomeados ('bestellt') pelo conselho de vigilância pelo máximo de cinco anos (...) Às pretensões decorrentes do *contrato de emprego* ('Anstellungsvertrag') aplicam-se as

¹⁹⁵ L. BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anônimas*, op. cit., p. 424.

¹⁹⁶ A. MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, op. cit., nº 44, I.

¹⁹⁷ Os diversos julgados alemães são apresentados por A. MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, op. cit., nº 44, I.

disposições gerais”. Apesar de algumas distinções, a AktG de 1965, em seu §84, manteve a distinção entre a nomeação e o contrato. Seu §84 estabelece: “é permitida uma nomeação repetida ou prorrogação do período de funções, sempre pelo máximo de cinco anos. Para isso é necessária uma nova deliberação do conselho de vigilância (...). Só por uma nomeação por menos de cinco anos pode prever-se uma prorrogação do período de funções sem nova deliberação do conselho de vigilância, desde que, desse modo, o total do período de funções não exceda cinco anos. Isto aplica-se adequadamente ao contrato de emprego (...)”¹⁹⁸.

A partir da concepção legal, a doutrina alemã passou a conceber, de maneira dominante, a relação entre os diretores e a sociedade anônima como baseada tanto no negócio jurídico unilateral de nomeação quanto num contrato.

Pelo ato unilateral de nomeação, o diretor adquiriria a qualidade de membro do diretório e preencheria o órgão social. O negócio jurídico seria unilateral pois somente sua eficácia dependeria da aceitação do nomeado e não a existência do ato.

Por outro lado, pelo contrato de prestação de serviço, o diretor se obrigaria a realizar as atividades de gestão, mediante remuneração. A doutrina majoritária alemã entende que “o referido contrato teria a natureza de um contrato de prestação de serviço (‘Dienstvertrag’); mas se a atividade for prestada gratuitamente, é qualificado como um contrato de mandato (‘Auftrag’). Não se trata, em qualquer caso, de um contrato de trabalho, embora algumas (poucas) disposições do direito laboral sejam aplicáveis aos diretores”¹⁹⁹.

Segundo L. BRITO CORREIA, frente à legislação alemã, e consoante posicionamento jurisprudencial já manifestado à época do ADHGB de 1861, a autonomia do contrato de prestação de serviço em face do ato de nomeação se manifestaria claramente no caso de revogação dos diretores. “Se se verificar uma causa justa de revogação, a nomeação como membro do diretório (“Organstellung”) cessa em consequência disso e sem mais. Mas o contrato de emprego pode continuar, pois a causa justa de revogação da nomeação pode ser, mas não tem necessariamente de ser justa causa de rescisão imediata

¹⁹⁸ L. BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anônimas*, op. cit., p. 358.

¹⁹⁹ L. BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anônimas*, op. cit., pp. 356-357.

do contrato de prestação de serviço (BGB, §626), por exemplo, quando se trata de voto de desconfiança da assembleia geral não fundamentado objetivamente”²⁰⁰.

No direito italiano, a concepção é defendida por T. ASCARELLI²⁰¹ e admitida por G. FERRI²⁰². Este último, utiliza-se da posição consagrada no direito administrativo a respeito da nomeação. Para o autor, o ato de nomeação dos administradores para desempenhar as funções do órgão seria ato interno, já que a deliberação da Assembleia não se manifesta a terceiros, e unilateral, pois a aceitação somente seria condição de eficácia da nomeação. Mediante o ato de nomeação, seriam atribuídos os poderes e as funções administrativas, cujos atributos teriam como única fonte de disciplina a deliberação assemblear e a lei. Os direitos e deveres seriam imanentes à posição ocupada pelo órgão na sociedade e, portanto, prescindiriam de uma correspondente vontade do administrador. Referido ato unilateral, contudo, não prejudicaria a possibilidade de se estabelecer, concomitantemente, um contrato entre o administrador e a sociedade para que fossem reguladas as condições da atividade e a forma de remuneração²⁰³.

Em Portugal, a teoria é defendida por A. A. FERRER CORREIA²⁰⁴ e por I. DUARTE RODRIGUES²⁰⁵. Para este último, deveriam ser distinguidas a relação de serviço, autônoma, em que o administrador se obrigaria a gerir e a sociedade a remunerá-lo, e a relação orgânica, em que o administrador ficaria investido nos poderes funcionais que integraria as

²⁰⁰ L. BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anônimas*, op. cit., pp. 359.

²⁰¹ “Nei riguardi dell’opera da prestarsi dai singoli amministratori parlerei piuttosto che di mandato, di locazione d’opere: a base del rapporto è sotto questo aspetto un vero contratto di lavoro tra società e amministratori. A detto contratto accede però da parte della società un atto unilaterale, analogo alla procura, con il quale gli amministratori vengono investiti del potere di concorrere con le loro decisioni a formare la volontà sociale e a manifestarla ai terzi” (T. ASCARELLI, *Appunti di diritto commerciale*, 3ª ed., Roma, Foro Italiano, 1936, p. 151)

²⁰² “La deliberazione di nomina, como atto interno, non può evidentemente assumere il valore di proposta; d’altra parte, il rapporto di amministrazione è un rapporto intrasoggettivo non un rapporto intersoggettivo. Con la sua accettazione l’amministratore assume una posizione all’interno della società nella organizzazione della persona giuridica per effetto della quale ha determinati poteri e determinate funzioni. E non deve confondersi questo rapporto interno di amministrazione con quel rapporto intersoggettivo che può porsi tra società e amministratore al fine di regolare le condizioni riguardanti la esplicazione dell’attività e i compensi, e che, per quanto atteggiandosi in modo particolare, può anche assumere natura contrattuale” (G. FERRI, *Le società*, trattato di Diritto Civile Italiano, v. X, Unione Tipografica, p. 494).

²⁰³ G. FERRI, *Le Società*, Torino, Unione Tipografica Editrice Torinese, 1971, pp. 494-495.

²⁰⁴ Segundo o autor, sem maiores explicações, haveria um negócio jurídico unilateral de nomeação, pelo qual são atribuídos os poderes de gestão e representação da sociedade para que o administrador aja como seu órgão. Haveria também um contrato de emprego celebrado entre o eleito e a sociedade, em que seriam estabelecidas a obrigação do eleito de administrar e a obrigação da sociedade de remunerá-lo (A. A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, op. cit., nº 120).

²⁰⁵ I. DUARTE RODRIGUES, *A administração das sociedades por quotas e anónimas*, op. cit., pp. 263 e ss.

atribuições do órgão²⁰⁶. Segundo o autor, a distinção seria consagrada pelo Código Português das Sociedades Comerciais que, em seu art. 430, nº 3, dispõe que “se a destituição não se fundar em justa causa, o diretor tem o direito a indenizações pelos danos sofridos, pelo modo estipulado no contrato com ele celebrado ou nos termos gerais de direito (...)”.

Pela análise do dispositivo, I. DUARTE RODRIGUES sustenta que a expressão “contrato por ele celebrado” não poderia fazer referência ao contrato de sociedade, já que administrador pode ser terceiro e, portanto, não estaria presente, nem haveria quem estabelecesse o contrato com o diretor. Outrossim, como pode haver a designação pelo conselho geral, órgão interno, esta não vale como proposta contratual²⁰⁷.

Assim, para o autor, haveria uma primeira relação orgânica, caracterizada por um negócio jurídico unilateral de nomeação, que teria sua eficácia condicionada pelo também negócio jurídico unilateral de aceitação, pelos quais seriam atribuídos poderes de gestão e representação ao administrador para atuar como órgão social²⁰⁸. Quanto a esta relação, haveria o direito dos acionistas de destituírem *ad nutum* o administrador nomeado e, como a destituição não exigiria justa causa, não haveria qualquer obrigação de indenização²⁰⁹.

Por seu turno, os deveres de agir no interesse da sociedade não integrariam a relação orgânica, mas uma segunda relação, que não adviria da designação. Os deveres adviriam de uma relação de serviço, originada de um negócio jurídico bilateral. Como a destituição cessaria a relação orgânica e inutilizaria o contrato, gerador da relação de serviço, haveria o direito de indenização do administrador, o que se conformaria com o art. 430, do Código Português. “E, até por isso, a indenização deverá ser fixada tendo em atenção às remunerações que auferiria durante o tempo de duração normal da relação de serviço (arts. 257, nº 7 e 430, nº 3)²¹⁰”.

Para o autor, o contrato que originaria essa relação de serviço seria um contrato de trabalho ou um contrato de prestação de serviço, a depender da existência de remuneração e da subordinação jurídica. Para I. D. Rodrigues, a verificação da subordinação jurídica depende da análise de a quem cabe a organização da execução das atividades

²⁰⁶ I. DUARTE RODRIGUES, *A administração das sociedades por quotas e anónimas*, op. cit., p. 265.

²⁰⁷ I. DUARTE RODRIGUES, *A administração das sociedades por quotas e anónimas*, op. cit., p. 270.

²⁰⁸ I. DUARTE RODRIGUES, *A administração das sociedades por quotas e anónimas*, op. cit., p. 267.

²⁰⁹ I. DUARTE RODRIGUES, *A administração das sociedades por quotas e anónimas*, op. cit., p. 272.

²¹⁰ I. DUARTE RODRIGUES, *A administração das sociedades por quotas e anónimas*, op. cit., p. 272.

administrativas. “O contrato de administração constituirá um contrato de trabalho sempre que, tendo o administrador direito à retribuição, tenha sido atribuído à sociedade o poder de organizar a execução do seu trabalho, particularmente pela fixação do tempo de trabalho a prestar e do modo de o executar; constituirá um contrato de prestação de serviço sempre que não seja remunerado ou, sendo-o, caiba ao próprio administrador organizar a execução do seu trabalho”²¹¹.

No direito brasileiro, a natureza dúplice da relação jurídica entre o administrador e a sociedade foi defendida por J. A. T. GUERREIRO e E. L. TEIXEIRA²¹² e P. F. CAMPOS SALLES DE TOLEDO²¹³, e foi aceita por O. Gomes²¹⁴.

Para J. A. T. GUERREIRO e E. L. TEIXEIRA, à semelhança do direito alemão, poder-se-ia admitir, ao lado de um negócio jurídico unilateral de nomeação, em que seriam atribuídos poderes e funções do órgão ao administrador, que as relações internas entre o administrador e a sociedade fossem originadas de um contrato de trabalho, pois “a existência do vínculo empregatício, assim considerado, não exclui a condição de administrador, nem esta prejudica aquele, pois se tratam de relações de espécies diversas, com efeitos jurídicos também diversos. Tal concomitância aplica-se, segundo pensamos, quer no caso de empregado diretor, quer no caso de diretor empregado, desde que se comprove sempre a presença do requisito indispensável da subordinação jurídica que pode se configurar em uma ou outra hipótese”²¹⁵.

²¹¹ I. DUARTE RODRIGUES, *A administração das sociedades por quotas e anônimas*, op. cit., pp. 294-295.

²¹² E. L. TEIXEIRA e J. A. T. GUERREIRO, *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, v. I, op. cit., pp. 441 e 442.

²¹³ P. F. CAMPOS SALLES DE TOLEDO, *O conselho de administração na sociedade anônima*, op. cit., pp. 44/45. Para o autor, “a nomeação dos diretores decorre de um ato unilateral praticado ou pela assembléia geral ou pelo conselho de administração, e se torna eficaz pela aceitação do nomeado, expressa ao órgão social que o nomeou”, pela qual o administrador adquiriria os poderes de representação orgânica. Sua relação interna com a companhia, entretanto, teria outro fundamento. “Visto que os administradores, em suas relações com a companhia em que atuam, não se confundem com a própria sociedade, nem agem como órgãos desta, constata-se que este relacionamento é de natureza diversa, conforme se exercite no plano interno ou no externo (...). A solução, que necessariamente deve ser pesquisada, tende a assumir uma feição obrigacional” (*idem*, p. 44).

²¹⁴ Ainda que adepto da corrente unilateralista, O. GOMES não refuta a teoria dualista com a aceitação do contrato de trabalho como relação subjacente. Segundo o autor, “entretanto, pode-se aceitar a orientação do direito alemão de admitir-se, ao lado do ato unilateral de nomeação, o contrato de emprego – Anstellung – como instrumento de regulação das relações internas entre o administrador e a sociedade” (O. GOMES, *Responsabilidade dos administradores de sociedades por ações*, op. cit., p. 12).

²¹⁵ E. L. TEIXEIRA e J. A. T. GUERREIRO, *Das Sociedades Anônimas no Direito Brasileiro*, v. I, op. cit., pp. 441. No mesmo sentido: “há, na espécie, duas esferas distintas de relações jurídicas a considerar: de um lado, relações internas, entre o diretor e a sociedade, reguladas pelo contrato de trabalho, e, de outro, relações externas, entre a sociedade e terceiros, nas quais o diretor assume o papel de órgão social, com a prerrogativa

O posicionamento é criticado por P. F. CAMPOS SALLES DE TOLEDO, que, embora defenda a teoria dualista, rejeita a caracterização do contrato subjacente como contrato de trabalho. Para o autor, a subordinação imprescindível ao contrato de trabalho seria incompatível com a posição do administrador. Isso porque, no desempenho de suas funções, os administradores não se subordinam, juridicamente, a nenhum outro órgão social. Os administradores “não recebem ordens deste ou daquele, para agir desta ou daquela maneira. Podem, é certo, ser destituídos de suas funções pelo órgão que os nomeou. Este, no entanto, não pode substituir-se a eles, ou determinar-lhes que, diante de uma situação concreta, adotem determinada conduta em vez de outra”²¹⁶. Diante da falta do vínculo de subordinação hierárquica, ainda que não refute a relação obrigacional entre as partes, P. F. CAMPOS SALLES DE TOLEDO defendeu a relação não como contrato de trabalho, mas sim como contrato de prestação de serviço, em que a subordinação não seria imprescindível²¹⁷.

À concepção portuguesa da teoria dúplice, estendida por analogia às demais legislações, foram direcionadas várias críticas por L. BRITO CORREIA. Para o autor, a distinção efetuada entre a relação orgânica e a relação de serviço careceria de fundamento. Quanto à primeira, como o órgão faria parte integrante da pessoa coletiva e não teria personalidade jurídica própria, não haveria qualquer relação jurídica entre a pessoa coletiva e o órgão. Por seu turno, não haveria motivo para a restrição à atribuição apenas de poderes de representação pelo ato de designação, mas não também os direitos e deveres decorrentes da assunção do cargo. O art. 430, nº 3, do Código das Sociedades Comerciais Português atribui ao “contrato” a fixação de indenização, mas nada faz referência a que este contrato se distinga da nomeação ou que finde em momento diverso, ao contrário do §84 da Lei alemã²¹⁸.

As críticas à concepção portuguesa podem ser aproveitadas frente à legislação brasileira. Diferente da legislação alemã e de modo análogo à legislação portuguesa, na legislação pátria não haveria razão legal para a distinção entre o ato de nomeação como atribuição de poderes e o negócio jurídico subjacente como modo de contrair deveres e

de representação legal da pessoa jurídica, e com a atribuição dos poderes necessários ao seu funcionamento regular” (J. A. T. GUERREIRO, *Responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas*, op. cit., p. 73).

²¹⁶ P. F. CAMPOS SALLES DE TOLEDO, *O conselho de administração na sociedade anônima*, op. cit., p. 45.

²¹⁷ P. F. CAMPOS SALLES DE TOLEDO, *O conselho de administração na sociedade anônima*, op. cit., p. 46.

²¹⁸ L. BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anônimas*, op. cit., pp. 404-405.

responsabilidades. O art. 122, II, da Lei 6.404/76, determina o poder de a assembleia destituir, a qualquer tempo, os administradores, ressalvado o poder do Conselho de Administração para tanto. Não haveria qualquer fundamento legal, assim, para a distinção entre o fim da relação de administração e o término do contrato de trabalho.

3. Posição adotada

Como se pode deduzir da análise dos posicionamentos construídos sob os ordenamentos de Alemanha, França, Itália e Portugal, as posições majoritárias da doutrina dos referidos países, quando existentes, são contraditórias entre si. Enquanto na Alemanha predomina a posição dualista, na França é majoritária a do contrato de mandato. Os juristas italianos e portugueses, por seu turno, rejeitam integralmente a teoria do contrato de mandato, embora não sejam uníssonos quanto à relação administração e sociedade, à semelhança dos juristas brasileiros mais recentes.

Diante da falta de uma posição uníssona entre os diversos ordenamentos jurídicos e da inexistência de consenso entre os doutrinadores pátrios, revela-se profícuo à compreensão da relação jurídica entre os administradores e as sociedades anônimas o estudo dos elementos estruturais do ato de preenchimento de órgão e, por consequência, a análise da adequação dos principais argumentos de cada teoria frente ao ordenamento jurídico brasileiro.

3.1 Natureza do ato de eleição

Para se apreciar a natureza do ato de eleição, imprescindível esclarecer os conceitos adotados em relação à teoria do fato e do ato jurídico, ainda que de modo sumário.

Classifica-se como fato jurídico todo evento capaz de influir, criar, modificar ou extinguir direitos. Fato jurídico é “o fato ou complexo de fatos sobre o qual incidiu a regra jurídica”²¹⁹.

Dentre os fatos jurídicos, os atos originados da atividade humana são considerados atos jurídicos em sentido amplo, os quais podem ser lícitos ou ilícitos. Nos atos lícitos, podem-se diferenciar os atos-fatos jurídicos, os atos jurídicos em sentido estrito e os negócios jurídicos.

O ato-fato jurídico ocorreria quando o ato não foi desejado ou se abstrai a vontade de sua produção. “São atos humanos, em que não houve vontade, ou dos quais se não leva em conta o conteúdo de vontade, aptos, ou não, a serem suportes fáticos de regras jurídicas”²²⁰.

Por seu turno, no ato jurídico em sentido estrito, o efeito da manifestação de vontade é determinado pela própria lei. Há mero ato material, o qual prescinde de uma vontade qualificada dirigida a produzir efeitos jurídicos²²¹. Nos referidos atos jurídicos, não há o intuito de criação de um negócio jurídico. É “*ex lege* que lhes decorrem a juridicidade e a eficácia: a lei os faz jurídicos e lhes atribui efeitos, quer os tenham querido, ou não, as pessoas que os praticaram”²²². Na definição de V. RÁO, “a vontade só possui o valor de requisito para a sua produção, visto como, considerada do ponto de vista estrutural, é desprovida de força preceptiva e, considerada do ponto de vista funcional, privada é de força dispositiva. Pode o agente visar aos efeitos jurídicos de seu fato, e assim, normalmente, acontece; mas, os efeitos por ele visados só podem ser os determinados e disciplinados intransponivelmente por lei: os efeitos assim queridos, diz SANTORO-PASSARELLI, só e unicamente se realizam quando coincidem com os efeitos admitidos e disciplinados pelo ordenamento jurídico”²²³.

Por outro lado, no negócio jurídico, os efeitos de uma manifestação de vontade são diretamente buscados pelo agente. Há um intuito negocial na manifestação, que é justamente o de criar, modificar ou extinguir direitos.

²¹⁹ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. I, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1974, p. 77.

²²⁰ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. I, *op. cit.*, p. 83.

²²¹ V. RÁO, *Ato Jurídico*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 32.

²²² F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. I, *op. cit.*, p. 84.

²²³ V. RÁO, *Ato Jurídico*, 4ª ed., São Paulo, RT, 1999, p. 32.

Na definição de A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, sob perspectiva estrutural, “negócio jurídico é todo fato jurídico consistente em declaração de vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos designados como queridos, respeitados os pressupostos de existência, validade e eficácia impostos pela norma jurídica que sobre ele incide (...). Ele é uma declaração de vontade, isto é, uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias, as circunstâncias negociais, que fazem que ela seja vista socialmente como destinada a produzir efeitos jurídicos”²²⁴.

Não obstante, para a caracterização do negócio jurídico, é imprescindível a autonomia de vontade, “que é o poder de auto-regulamentação ou auto disciplina dos interesses próprios”²²⁵. Ao agente deve ser permitido livremente determinar, ainda que dentro de limites, a regulação do efeito a que é direcionada sua declaração de vontade.

A breve apreciação dos elementos do negócio jurídico já permite sumariamente afastar algumas críticas formuladas pela teoria unilateralista à teoria bilateralista.

Conforme críticas já expostas de A. CANDIAN²²⁶, G. FRÈ²²⁷ e A. BRUNETTI²²⁸, o negócio jurídico bilateral não subsistiria a explicar a relação jurídica entre o administrador e a sociedade porque os administradores seriam imprescindíveis à condução da atividade corporativa e teriam os poderes estabelecidos diretamente pela lei, de modo que não haveria autonomia de vontade para contratá-los. Ademais, como a Assembléia Geral seria órgão interno, não haveria declaração de vontade suficiente para caracterizar a proposta necessária no negócio jurídico bilateral.

Embora cada um dos elementos descritos pela crítica deva ser apreciado oportunamente, a declaração a terceiros e a autonomia de vontade são requisitos não apenas do negócio jurídico bilateral, como também do negócio jurídico unilateral. Ambos os requisitos são imprescindíveis para a caracterização de todo negócio jurídico de modo que, caso a crítica fosse aceita, a própria teoria unilateralista defendida pelos seus adeptos não seria apta a explicar a natureza do ato de preenchimento do órgão.

²²⁴ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4ª ed, São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 16-17.

²²⁵ V. RÁO, *Ato Jurídico*, op. cit., p. 49.

²²⁶ A. CANDIAN, *L'azione civile di responsabilità contro gli amministratori di società anonime*, op. cit., p. 142.

²²⁷ G. FRÈ, *Il rapporto fra l'organo amministrativo delle società anonime e la società*, op. cit., p. 419; G. FRÈ, *L'organo amministrativo nelle società anonime*, op. cit., p. 28.

²²⁸ A. BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, v. II op. cit., p. 365.

Para a caracterização do ato de eleição como negócio jurídico, ato jurídico em sentido estrito ou ato-fato jurídico, assim, deve-se analisar a forma do ato de deliberação assemblear, sua declaração a terceiros, se há efeitos jurídicos pretendidos e a existência de autonomia de vontade a tanto.

A abordagem deve ser feita, ainda, especificamente quanto à deliberação de eleição dos administradores. Isso porque, a princípio, impossível reduzir todas as deliberações da assembléia geral a uma só espécie de ato. Sua correta classificação exige a análise específica do conteúdo de cada tipo de deliberação. Nestes termos, exemplifica F. C. PONTES DE MIRANDA que “quanto à tomada, anualmente das contas dos diretores e à aprovação ou desaprovação do balanço que eles apresentem, de que cogita o Decreto-lei nº 2.627, art. 87, parágrafo único, b), falta-lhes qualquer negocialidade: há apenas, comunicação de conhecimento, ato jurídico stricto sensu (...)”. Por seu turno, “a deliberação sobre criação e emissão de obrigações ao portador (debêntures) é elemento negocial, porque as obrigações ao portador resultam de manifestação unilateral de vontade (negócio jurídico unilateral)”²²⁹.

3.1.1 A vontade na deliberação assemblear

A doutrina diverge sobre a natureza do ato de deliberação assemblear como ato simples, ato colegial e ato coletivo, conforme as declarações de vontade que o compõem e seu direcionamento.

Enquanto o ato simples caracteriza-se por uma única declaração de vontade, o ato complexo ou colegial e o ato coletivo são formados por diversas declarações. No ato coletivo, as declarações são unidas em um único ato, em razão da persecução de interesses paralelos comuns, mas permanecem distintas, de modo que os efeitos do ato recaem sobre todos os participantes²³⁰. No ato colegial, as declarações de vontade, proferidas na busca de interesses paralelos, fundem-se num único ato.

²²⁹ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. L, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, pp. 278-279.

²³⁰ A. Donati, *L'Invalidità della deliberazione di assemblea delle società anonime*, op. cit., p. 42.

Uma primeira corrente²³¹ sustenta que a deliberação seria ato coletivo. Segundo M. CARVALHOSA, “a deliberação da assembléia é um ato coletivo unilateral na medida em que as declarações de vontade dos acionistas participantes do conclave têm o mesmo objeto e visam à realização de um interesse único e comum a todos. Há uma pluralidade de manifestações paralelas que caracteriza um concurso de vontades”²³². Para essa corrente, a deliberação seria um conjunto de declarações de vontade, os votos, de conteúdo idêntico e, portanto, paralelas, e que produzem efeitos comuns a todos os acionistas participantes.

Parte da doutrina, entretanto, tem caracterizado as deliberações assembleares como atos colegiais²³³. Para a corrente doutrinária, as deliberações se formariam pela convergência da maioria das manifestações de vontades dos acionistas. Os votos fundir-se-iam e gerariam um único ato, imputável a uma única pessoa, a companhia. Como pela teoria da realidade técnica a pessoa jurídica manifesta sua vontade e age por meio de órgãos, como o é a Assembléia Geral, a deliberação assemblear, diversamente do ato coletivo, não exprimiria individualmente as manifestações de vontades dos acionistas membros, mas as uniria para caracterizar uma única manifestação de vontade, um ato colegial imputável à sociedade.

Uma terceira corrente²³⁴, todavia, sustenta que o ato seria juridicamente simples. As declarações de vontade dos acionistas, como não seriam órgãos, seriam dirigidas

²³¹ VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*, v. II, *op. cit.*, pp. 216-217; E. SOPRANO, *L'assemblea generale degli azionisti*, Milano, Dottor Francesco Vallardi, 1914, p. 127; F. FERRARA, *Teoria delle persone giuridiche*, *op. cit.*, p. 830; M. CARVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. II, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009, p. 613; T. M. VALVERDE, *Sociedades por ações*, *op. cit.*, p. 421; F. C. Pontes de Miranda, *Tratado de direito privado*, t. I, *op. cit.*, p. 384; L. MOSSA, *L'inefficacia della deliberazione assembleare nelle società per azioni*, *op. cit.*, p. 444.

²³² M. CARVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. II, *op. cit.*, p. 613.

²³³ E. VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, *Invalidade das deliberações de assembléia das S.A.*, São Paulo, Malheiros, 1999, p. 41; F. K. COMPARATO, *Da imprescritibilidade da ação direta de nulidade de norma estatutária*, in *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, Forense, 1981, pp. 216-217; A. BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, v. II, *op. cit.*, p. 324. Para o autor, “il negocio è unilaterale, nel senso che è compiuto da una parte sola, anche se soggettivamente formato ad opera di più persone fisiche, in quanto la partecipazione di costoro avviene in virtù di una comune e eguale legittimazione per la tutela di un medesimo interesse. È questo il fenomeno più caratteristico negli atti collegiali in senso lato, compiuti cioè da più persone come componenti il medesimo organo. L'atto collegiale è pertanto unitario in quanto emana del collegio come organizzazione unitaria. Il prototipo si trova appunto nell'assemblea della persona giurica” (A. BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, v. II, *op. cit.*, p. 324).

²³⁴ A. DONATI, *L'Invalidità della deliberazione di assemblea delle società anonime*, *op. cit.*, p. 45; A. CANDIAN, *Nullità e annullabilità di delibere di assemblea delle società per azioni*, *op. cit.*, p. 9; E. SOPRANO, *Trattato teorico-pratico delle società commerciali*, v. I, Torino, Editrice Torinese, 1934, p. 586; P. GRECO, *Le società nel sistema giuridico italiano*, *op. cit.*, pp. 256-257. L. BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anônimas*, *op. cit.*, p. 443. Segundo este último, “repugna usar esta terminologia de ato simples para um ato de natureza negocial e realmente tão ‘complexo’ (no sentido de complicado, constituído por uma multiplicidade de elementos ou formalidades), como é a deliberação social. Na verdade, a deliberação social

somente à formação do quorum necessário para a deliberação. O ordenamento jurídico, na organização da pessoa coletiva, determinaria que a maioria dos votos em assembléia geraria a vontade do órgão. A deliberação, que se dirigiria a um determinado fim - fim este que não seria idêntico ao do voto, que somente destinaria a preencher o quorum -, caracterizaria a vontade de um órgão único e, portanto, seria juridicamente um ato simples, unilateral²³⁵.

Pela análise das teorias, a posição do ato juridicamente simples parece a mais coerente com a natureza da realidade técnica da pessoa jurídica e a caracterização da Assembléia Geral como órgão da companhia.

Dentre os órgãos essenciais, a Assembléia Geral é prevista como ‘órgão estrutural’ da companhia. À Assembléia é atribuído o papel de órgão decisório central, com poderes para decidir sobre a organização social, a orientação de sua atividade, a alteração dos bens de capital, a alteração do estatuto social e a eleição dos membros do Conselho de Administração ou da Diretoria, na hipótese de ausência do Conselho.

É a Assembléia que se caracteriza como órgão da companhia e pode manifestar a vontade desta. Os acionistas não figuram como órgãos sociais. Quer sejam pessoas físicas, quer sejam pessoas jurídicas, os acionistas simplesmente preenchem e substanciam o “centro institucional de poder”. As declarações de vontade dos acionistas são consideradas relevantes, através da regra da maioria imposta pela Lei, para estabelecer a vontade do órgão.

As referidas declarações, entretanto, não transparecem como somatória que expressa a vontade do órgão, fundidas a tanto, ou distintas e identificáveis, mas simplesmente como modo que a Lei exige para a obtenção de quorum necessário para a expressão de uma vontade social, cujos efeitos serão imputados à sociedade e vincularão os participantes somente indiretamente e, nessa hipótese, inclusive os que se abstiveram ou discordaram.

Por essa razão, A. DONATI sustenta que o ato colegial exige que as declarações de vontade que se fundem em um ato único sejam proferidas por órgãos distintos com poderes

é o resultado de uma série de atos orientados para um fim comum, de expressar a vontade da pessoa coletiva: é o resultado de um processo. Tal resultado é atribuído a uma pessoa só e, por isso, pode qualificar-se melhor de ato singular” [L. BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anônimas*, *op. cit.*, p. 443].

²³⁵ A. DONATI, *L’Invalidità della delliberazione di assemblea delle società anonime*, *op. cit.*, pp. 48-49.

a tanto ou de pessoas distintas, e não de um único órgão da companhia, pois, caso contrário, a manifestação de vontade seria apenas deste²³⁶.

Outrossim, pode-se chegar a um resultado não unânime na assembléia. A deliberação pode ser realizada de forma majoritária, por maioria de votos em determinado sentido. Nessa hipótese, os votos divergentes não poderiam ser fundidos no ato colegial ou permanecerem distintos no mesmo ‘feixe’ que formaria o ato coletivo, pois não expressariam uma vontade concorrente, mas vontades contratantes²³⁷.

Logo, a deliberação da assembléia é um ato simples e unilateral, que expressa a vontade de um único ente, a pessoa jurídica.

3.1.2 Declaração a terceiros

Parte da doutrina refuta a natureza do ato de eleição como negócio jurídico em razão da impossibilidade da deliberação assemblear caracterizar-se como declaração de vontade, ou seja, manifestação da vontade qualificada perante terceiros. Nesse sentido, T. ASCARELLI caracteriza a deliberação como “ato unilateral”, em que “as deliberações não são diretamente manifestadas aos terceiros; a deliberação diz respeito à ‘formação’ da vontade, não à sua declaração; os seus destinatários imediatos são os diretores, ou seja, o órgão executivo da sociedade; são eles que, por sua vez, comunicam a declaração aos terceiros”²³⁸.

A impossibilidade de a deliberação caracterizar-se como declaração de vontade é sustentada também por V. G. LOBO XAVIER, para quem “entre a deliberação e o terceiro interpõe-se um ato de outro tipo – um ato executivo, que se destina a dar àquele sujeito conhecimento do que foi deliberado. Isto porque os terceiros, como tais, não tomam parte na assembléia. E, nem mesmo quando excepcionalmente se encontrem presentes, a

²³⁶ A. DONATI, *L’Invalidità della delliberazione di assemblea delle società anonime*, op. cit., p. 45.

²³⁷ A. DONATI, *L’Invalidità della delliberazione di assemblea delle società anonime*, op. cit., p. 46.

²³⁸ T. ASCARELLI, *Vícios das Deliberações Assembleares. Direitos individuais dos acionistas. Prescrição*, in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, 1ª ed., Campinas, Bookseller, 2001, p. 533.

estrutura do ato deliberativo permite que eles possam ser considerados destinatários imediatos (hoc sensu) dos respectivos atos(...)»²³⁹.

O posicionamento é clássico e assenta-se na ideia de que a assembleia constituía-se no poder deliberativo da sociedade, cuja função era formar a vontade da pessoa jurídica, enquanto aos administradores eram atribuídos os poderes de executar esta vontade. Mas, assim como não é verdade que aos administradores compete simplesmente a execução dos atos assembleares, já que possuem poderes para formar a vontade social na ausência da deliberação, também não é correto sustentar que a assembleia nunca possui poderes para declarar sua vontade a terceiros diretamente.

De fato, a Assembleia Geral ordinariamente não manifesta a vontade social perante terceiros. Cumpre ordinariamente à assembleia formar a vontade social com efeitos somente internos ou dirigi-la aos administradores, a quem compete declará-la aos terceiros. Entretanto, a deliberação assemblear de eleição dos administradores é exceção a esta regra²⁴⁰.

Para a hipótese de eleição dos administradores, a assembleia geral não pode ser concebida como órgão interno exclusivamente, sem capacidade para manifestar a vontade social. Decerto que o art. 138, §1º, da Lei 6.404/76, prevê que a representação da companhia é *privativa* dos diretores. Sua interpretação, todavia, deve ser realizada em conjunto com os demais dispositivos legais.

O art. 132, da Lei das S.A., determina que a Assembleia deverá eleger os administradores e os membros do Conselho Fiscal. No mesmo sentido, o art. 142 prevê que compete ao Conselho de Administração, em seu inciso II, eleger e destituir os diretores da companhia e fixar-lhes as atribuições, observado o que a respeito dispuser o estatuto.

Os referidos dispositivos são regra específica e excepcionam a regra geral de poderes de representação apenas para os diretores. Isso porque, na hipótese específica da eleição dos administradores, a Assembleia Geral pode manifestar a vontade da companhia diretamente perante terceiros, no caso, os eleitos, dispensando qualquer intermediação.

²³⁹ V. G. LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social*, Coimbra, Livraria Almedina, 1998, p. 103, nota 7. Em sentido análogo, P. TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1958, p. 23.

²⁴⁰ A. DONATI, *L'Invalidità della deliberazione di assemblea delle società anonime*, op. cit., pp. 28-30.

A deliberação do órgão expressa a vontade da sociedade e é direcionada a terceiro, o eleito, que até então não pertence à sociedade. Neste contexto, indiferente a qualificação dos eleitos como acionistas ou não acionistas para a consideração da eficácia externa ou interna da deliberação. Na hipótese em que o eleito não é acionista, é evidente que a nomeação é manifestação pela Assembléia da vontade social perante terceiros, pois estes não pertencem à sociedade. Entretanto, o mesmo ocorre quando o eleito é acionista. Os acionistas não são obrigados a exercerem a função de administrador e, portanto, a eleição não se refere a sua qualidade, nem é inerente a esta. A nomeação é estranha a sua participação social, de modo que a deliberação destina-se à sua posição como pessoa física e não como acionista, ainda que, na hipótese dos conselheiros, a condição de acionista seja um pré-requisito, nos termos do art. 146, da Lei das S.A.

Em conclusão idêntica sobre o direito português, L. BRITO CORREIA sustenta que “quando o administrador designado não assiste à sua própria designação (v.g., por não ser acionista), será necessário que alguém lhe comunique a deliberação tomada. Em regra, será o presidente da mesa a fazê-lo. Mas trata-se aí de mera comunicação e não de representação da sociedade. O ato da sociedade é a deliberação da coletividade dos sócios. O presidente da mesa intervém apenas como núncio, como comunicador ou transmissor, não praticando qualquer novo negócio jurídico, nem qualquer ato de vontade (para além da vontade de comunicar)”²⁴¹.

Nestes termos, a deliberação assemblear e a deliberação do Conselho de Administração são manifestações da vontade coletiva a terceiros, externos à sociedade, ainda que sejam os eleitos acionistas desta.

Logo, a eleição dos administradores é hipótese excepcional em que a Assembléia e o Conselho de Administração possuem poderes para manifestar diretamente a vontade social perante terceiros, ou seja, declararem a vontade social²⁴².

²⁴¹ L. BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anônimas*, op. cit., p. 446.

²⁴² Nesse sentido, A. DONATI, *L'Invalidità della Delliberazione di Assemblée delle Società Anonime*, op. cit., p. 29; L. BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anônimas*, op. cit., p. 446.

3.1.3 Efeitos determinados

Os efeitos produzidos pela declaração de vontade são diretamente relevantes para a apuração da natureza da deliberação assemblear de designação do administrador.

No ato jurídico em sentido estrito, como vimos, o efeito da manifestação de vontade é determinado e circunscrito pela própria lei, quer tenha sido ou não desejado pelo agente. No negócio jurídico, por seu turno, o efeito é diretamente buscado pelo agente, que disciplina a criação, modificação e extinção dos direitos.

Quanto a este ponto, nem todas as deliberações assembleares procuram produzir efeitos jurídicos determinados. A deliberação pode consistir em uma declaração de louvor, pesar, ciência, hipóteses em que não há vontade de produzir efeitos jurídicos²⁴³.

Na deliberação assemblear de designação do administrador, a vontade da sociedade é diretamente destinada à produção do efeito jurídico eleição, o qual não é integralmente determinado pela norma jurídica, mas depende da regulação do interesse pelo agente. Nesta hipótese, a lei não regula todos os efeitos do ato, a ponto de desconsiderar o fim buscado pela declaração de vontade do agente, nem a ponto de proibir a este penetrar na estrutura do ato e formar a espécie de fato jurídico que pretende realizar.

Como principal efeito voluntariamente determinado, a sociedade, por meio da Assembléia Geral, escolhe determinada pessoa para desempenhar a função de administrador. Não é a lei que impõe que determinado indivíduo seja eleito administrador; sua eleição não decorre necessariamente da posição ocupada como acionista, mas exige a indicação pela companhia.

Além da determinação da pessoa a ocupar a função, à sociedade cabe, dentro dos limites legais, estabelecer os parâmetros do exercício do poder dos administradores. No ato de eleição pode haver a fixação e a delimitação de atribuições ao administrador (art. 142, II), inclusive com a atribuição ao diretor eleito de poderes de representação da companhia, ou somente de gestão (art. 144).

²⁴³ E. SOPRANO, *Trattato teorico-pratico delle società commerciali*, v. I, p. 597; A. GREGÓRIO, *Corso di diritto commerciale*, 4º ed., Roma, Società Editrice Dante Alighieri, 1952, p. 284; P. GRECO, *Le società nel sistema giuridico italiano*, op. cit., p. 264; P. TRIMARCHI, *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, op. cit., p. 30.

Os efeitos a serem produzidos, portanto, são diretamente escolhidos pelo agente em sua manifestação de vontade, o que afasta a natureza do ato como mero ato jurídico em sentido estrito, cujos efeitos seriam diretamente regulados pela Lei.

Outrossim, os efeitos da eleição também não são regulados totalmente pelo contrato social a ponto de o ato de designação ser mero ato material de execução deste, ato jurídico estrito senso, ao contrário da tese sustentada por F. GALGANO e R. GENGHINI²⁴⁴, embora decerto o ato de eleição seja uma forma de execução do contrato de sociedade.

Como já sustentado, o contrato de sociedade caracteriza-se naturalmente como um contrato incompleto, pois aos fundadores não é possível prever todas as hipóteses existentes durante o desenvolvimento da atividade ulterior pela companhia. Nesse contexto, a eleição dos administradores é um dos elementos que, apesar de regulado de forma genérica no contrato, depende de uma manifestação posterior para completar o contrato de sociedade. A eleição, portanto, é uma forma de execução do contrato. Nem por isso, contudo, a eleição, como execução do contrato de sociedade, é mero ato material.

O contrato de sociedade não vincula terceiros, os eleitos, quer sejam acionistas quer não, eis que a eleição não é inerente a esta qualidade. Por seu turno, o ato de eleição não é totalmente previsto no contrato de sociedade, que assegura à manifestação posterior de eleição a especificação de seus efeitos, como a indicação de determinada pessoa, a fixação de suas atribuições, remuneração, etc. Assim, o ato de eleição não é simples manifestação, cujos efeitos recairiam sobre o ato independentemente de o agente desejá-los. A pessoa jurídica, por meio da assembléia, no mínimo manifesta sua vontade quanto à determinada pessoa para preencher o órgão, de modo que indica expressamente sobre quem os efeitos podem recair, além de poder disciplinar e regulamentar os direitos e obrigações atribuídos a este.

Logo, a pessoa jurídica determina, pelo ato de nomeação, os efeitos que busca com a nomeação de determinada pessoa e disciplina, em maior ou menor medida, os poderes e deveres que recairão sobre o eleito.

²⁴⁴ F. GALGANO e R. GENGHINI, *Il nuovo diritto societario*, t. I, *op. cit.*, pp. 444-445.

3.1.4 Autonomia de vontade

Por fim, o último dos requisitos do negócio jurídico a ser apreciado é a necessária autonomia da vontade.

Doutrinadores como A. CANDIAN²⁴⁵ e G. FRÈ²⁴⁶ passaram a negar a natureza do ato de preenchimento do órgão como negócio jurídico sob o argumento de que, como a nomeação dos administradores seria imprescindível à sociedade, faltaria exatamente este requisito para a caracterização do negócio jurídico.

Frente à legislação portuguesa, L. BRITO CORREIA sustentou que sequer a eleição dos administradores seria obrigatória. Para o autor, “a sociedade pode sobreviver sem que estejam providos ocasionalmente os titulares do órgão de administração, embora não possa administrar o seu patrimônio, nem praticar, em geral, atos jurídicos eficazes perante terceiros. Isto significa que a designação de administradores é condição do normal funcionamento da sociedade; que tal designação constitui para a sociedade (v. g., para os acionistas) como que um ônus, mas não algo de inevitável, de automático”²⁴⁷.

A conclusão desenvolvida pelo autor, entretanto, parece não ser aplicável ao ordenamento jurídico pátrio. De fato, pelo ordenamento jurídico brasileiro, a eleição dos administradores para preencherem o órgão social é imprescindível ao regular desenvolvimento da companhia. Sua eleição deve ser feita logo por ocasião da constituição da companhia, conforme determina o art. 87, da Lei das S.A., ao estabelecer que a eleição dos administradores deve ocorrer na assembléia de constituição, na hipótese de subscrição pública, assim como em assembléia na constituição por subscrição particular, ou por escritura pública (art. 88). Outrossim, durante o curso da atividade corporativa, na hipótese de vacância, o preenchimento do cargo do Conselho de administração é feito temporariamente apenas até a primeira Assembléia Geral, que deverá elegê-los (art. 150, caput). Na hipótese de vacância de todos os cargos da diretoria, o Conselho de Administração ou a Assembléia deve elegê-los, de modo que o representante de maior

²⁴⁵ A. CANDIAN, *L'azione civile di responsabilità contro gli amministratori di società anonime*, op. cit., p. 142.

²⁴⁶ G. FRÈ, *Il rapporto fra l'organo amministrativo delle società anonime e la società*, op. cit., p. 419; G. Frè, *L'organo amministrativo nelle società anonime*, op. cit., p. 28.

²⁴⁷ L. BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anônimas*, op. cit., p. 420.

número de ações pode praticar os atos urgentes de administração da companhia somente até a realização da assembléia ou da deliberação do conselho (art. 150, §2º).

Não obstante obrigatória a eleição dos administradores para o regular desenvolvimento da companhia, a autonomia da vontade é preservada no ato. Isso porque é assegurada à sociedade a liberdade de escolher a pessoa a ser designada para preencher o órgão. Ademais, a sociedade pode, dentro dos parâmetros legais e estatutários, estabelecer quais poderes serão atribuídos a cada um dos administradores eleitos, conforme art. 142, II, da Lei das S.A., bem como a remuneração de cada qual. Por fim, embora tenha que os eleger, pode destituir os administradores a qualquer tempo, substituindo-os por quem bem lhe aprouver, nos termos dos artigos 140, caput, e 143, caput, da Lei 6.404/76.

Portanto, todos os requisitos necessários para a caracterização da deliberação assemblear de eleição do administrador como negócio jurídico estão preenchidos. A deliberação apresenta-se como ato simples de manifestação autônoma de vontade da pessoa jurídica, a qual é declarada diretamente a terceiros e provoca os efeitos jurídicos negociais desejados, ou seja, é uma declaração de vontade qualificada da sociedade, amparada pelo ordenamento jurídico e destinada a produzir efeitos jurídicos. Assim, o ato de eleição deve ser caracterizado como negócio jurídico.

3.1.5 Formas especiais da declaração da vontade social de eleição

As conclusões obtidas quanto à natureza da deliberação majoritária da Assembléia Geral ordinária de eleição como negócio jurídico aplicam-se à eleição dos diretores pelo Conselho de Administração da sociedade.

O Conselho de Administração, ao eleger o diretor, realiza ato simples e unilateral. Os votos dos membros do Conselho de Administração formariam quorum necessário à deliberação. O referido quorum, em regra é composto pela maioria de votos, mas pode ser alterado pelo estatuto social, que, nos termos do art. 140, da Lei das S.A., pode estabelecer quorum qualificado para a deliberação de eleição. Alcançado o quorum necessário, o órgão colegiado emitiria uma vontade única, a vontade social.

Além de ato unilateral simples, a eleição é uma declaração de vontade. Da mesma forma que a Assembléia Geral, o Conselho de Administração ordinariamente não possui

poderes presentativos, de manifestar a vontade social perante terceiros, mas se circunscreve aos atos de gestão. No caso de eleição dos diretores, contudo, o art. 142, II, da Lei das S.A., excepciona o art. 139, §1º, e assegura ao Conselho de Administração poderes para diretamente manifestar ao eleito a vontade social de nomeá-lo administrador.

Tal declaração tem finalidade específica e extrapola uma regulamentação integral da lei. É diretamente destinada à produção do efeito jurídico eleição, especifica o eleito e fixa os parâmetros do desempenho de suas atribuições, o que revela, ademais, ser expressão de autonomia de vontade da pessoa jurídica.

Outrossim, além da hipótese de deliberação majoritária pela assembléia geral ordinária e da eleição dos diretores pelos membros do Conselho de Administração, os administradores podem ser eleitos por quoruns especiais de deliberação, pelos minoritários, preferencialistas e, caso o estatuto preveja, pelos empregados.

O art. 140, §4º, assegura o direito de eleição de membro do Conselho de Administração e seu suplente aos titulares de ações de emissão de companhias abertas, que representem, pelo menos 15% do total das ações com direito a voto, e aos titulares de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito de emissão de companhias abertas, que representem, no mínimo, 10% do capital social, desde que não tenham exercido o direito de eleição eventualmente garantido no estatuto (art. 18). Caso os percentuais não sejam atingidos, é facultado aos titulares de ações com direito a voto e aos titulares de ações preferenciais agregarem suas ações para elegerem um membro para o Conselho de Administração em conjunto. Igual direito de eleger um membro do Conselho de Administração, por deliberação em separado, é garantido aos empregados, nos termos do art. 140, parágrafo único, da Lei das S.A., e desde que haja previsão estatutária.

Ambos os dispositivos visavam a qualificar o Conselho de Administração como órgão que refletisse a dinâmica dos interesses dos diversos grupos presentes nas sociedades anônimas. Nas referidas hipóteses, entretanto, o membro do Conselho de Administração não representa os interesses do grupo que o elegeu. Ainda que eleito pelos minoritários, preferencialistas ou empregados, e naturalmente propenso a defender os interesses destes, o administrador deve orientar sua atuação conforme o interesse social, embora

eventualmente contrário ao interesse do grupo ou da classe de acionista, conforme art. 154, §1º, da Lei das S.A.²⁴⁸.

Como o eleito deve orientar seu comportamento pelo interesse social, é a própria sociedade que se sujeitaria a obrigações e adquiriria direitos pela atuação dos administradores. O administrador é da sociedade e, portanto, é esta que manifestaria sua vontade no ato de eleição. Sob esta perspectiva, a eleição em separado por classe de acionistas ou pelos trabalhadores apresenta-se como um quorum especial de deliberação de um órgão da pessoa jurídica.

Não há razão para se sustentar a diferenciação entre as hipóteses de administradores eleitos por acionistas minoritários ou preferencialistas dos administradores eleitos pelos trabalhadores, já que ambos têm o comportamento vinculado ao interesse social e possuem os mesmos deveres (art. 154, §1º).

Não se justifica a diferenciação sob o argumento de a deliberação da coletividade dos trabalhadores não poder se conceber como ato de órgão da sociedade²⁴⁹. Não há, na legislação pátria, necessidade de órgão social ser composto unicamente por detentores do capital. Os diretores, órgãos da sociedade, não precisam ser acionistas, assim como também não precisam ser os membros do Conselho Fiscal. Outrossim, a criação de órgãos pelo estatuto, desde que não assumam as funções exclusivas dos administradores, é legalmente permitida, nos termos do art. 160, da Lei das S.A., e, na hipótese da deliberação dos trabalhadores, é autorizada e regulada expressamente pela lei societária.

Diversa é a eleição pelos fundadores na constituição da companhia.

Na constituição por subscrição pública, a eleição dos administradores pelos fundadores faz-se na assembléia de constituição, após a aprovação do projeto de estatuto

²⁴⁸ Segundo o art. 154, §1º, da Lei 6.404/76, o administrador eleito por grupo ou classe de acionistas tem, para com a companhia, os mesmos deveres que os demais, não podendo, ainda que para defesa do interesse dos que o elegeram, faltar a esses deveres.

Pelo dispositivo, não haveria, por si só, um conflito de interesses na propensão à defesa dos interesses do grupo que o elegeu, embora o interesse social tenha sido caracterizado como o interesse da maioria dos acionistas enquanto acionistas. O interesse social concebido como um interesse de um hipotético sócio médio e, portanto, compreendido como desenvolvimento de atividade para a obtenção de lucros e como distribuição de dividendos, permitiria a especificação pelo administrador diante do caso concreto. Logo, desde que no âmbito do escopo-meio e do escopo-fim, que pautam o conceito elástico de interesse social, os interesses do grupo que elegeu o administrador poderiam indicar a melhor decisão ao caso concreto.

²⁴⁹ Em sentido contrário, L. BRITO CORREIA, para quem a eleição e a aceitação do representante dos trabalhadores apresentar-se-iam como contrato a favor de terceiro, a sociedade, já que a comissão de trabalhadores não é considerada órgão da sociedade (L. BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anônimas*, *op. cit.*, p. 757).

(art. 87, §3º). Na constituição por subscrição particular, duas podem ser as formas de eleição. Os administradores podem ser eleitos na própria assembléia dos subscritores ou designados na escritura pública de constituição (art. 88).

Nas referidas hipóteses, por seu turno, não há declaração de vontade do ente coletivo. Quer seja na eleição da assembléia dos fundadores, quer seja na designação na escritura pública de constituição da sociedade, não houve ainda a unificação dos interesses e direitos dos diversos membros.

Apesar de a Lei fazer referência à constituição da companhia ao tratar das assembléias dos subscritores ou da aprovação do estatuto por escritura pública, a constituição da sociedade não se confunde com a atribuição da personalidade jurídica, como ocorre na sociedade em comum que, apesar de constituída e existente, não detém personalidade jurídica. Sob esta perspectiva, o art. 45, do Código Civil, determina que a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado somente se inicia com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro. Portanto, enquanto a ata da assembléia da constituição por subscrição pública²⁵⁰, a ata da deliberação dos subscritores particulares em assembléia geral ou a escritura pública não forem inscritas no Registro do Comércio, não existirá a unificação dos interesses e direitos dos diversos contratantes que, perante terceiros, aparecerão como um grupo reunido, mas não como um autônomo titular de direito e sujeito de obrigações.

Antes da inscrição dos atos constitutivos, assim, a vontade para a eleição dos administradores é declarada pela pluralidade dos sócios membros. Como não há sujeito de direito, ente coletivo diverso, é o grupo de sócios contratantes que se obriga perante o terceiro eleito. A deliberação da assembléia não é deliberação de um centro institucional de poder, de um órgão, mas é a deliberação dos contratantes, os quais voluntariamente acordaram em se obrigar pela decisão da maioria.

²⁵⁰ Para M. CARVALHOSA, na constituição por subscrição pública, a aprovação dos atos constitutivos pela assembléia geral constitui definitivamente a sociedade, independentemente do registro. Segundo o autor, “deve-se entender que, com a deliberação constitutiva tomada na assembléia geral, a companhia adquire personalidade jurídica, passando, em consequência, a ser um ente considerado sujeito de direito. Tanto assim é que os administradores procederão ao arquivamento dos atos constitutivos, em nome da própria companhia. Não obstante, o registro é imprescindível para que, perante terceiros, os atos praticados pela companhia surtam efeitos. A personalidade jurídica da sociedade existe, portanto, a partir da sua constituição por assembléia ou escritura pública. O seu funcionamento é que dependerá do respectivo registro” (M. CARVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. II, *op. cit.*, p. 152).

Na eleição dos administradores por deliberação dos fundadores ou designação na escritura pública de constituição, como ainda não ocorreu a inscrição dos atos constitutivos no Registro de Comércio, portanto, há declaração de vontade dos sócios ao terceiro eleito, o qual assumiria a titularidade de direitos e se sujeitaria às obrigações impostas por este grupo. Somente após a inscrição, e com a atribuição da personalidade jurídica, é que tais relações entre o grupo de sócios e o terceiro seriam unificadas e sucedidas por uma relação entre a pessoa jurídica e o eleito.

3.2 A aceitação do eleito

Caracterizado o ato de eleição como negócio jurídico, cumpre analisar o caráter unilateral ou bilateral do ato de preenchimento do órgão, que compreenderia tanto a deliberação assemblear de eleição quanto a aceitação do eleito. Para tanto, necessário apreciar o papel da aceitação como condição de existência de um negócio jurídico bilateral ou mera condição de eficácia de um negócio jurídico unilateral, com a diferenciação prévia de ambos os conceitos.

Nesse contexto, o negócio jurídico unilateral é produzido “por uma só declaração de vontade, ou melhor, por uma declaração unitária de vontade, quer emane de uma só pessoa, quer de várias pessoas agindo unitariamente dentro da mesma e única direção de interesses”²⁵¹. O negócio jurídico unilateral é válido e perfeito, sem o concurso de vontade de qualquer terceiro.

Ainda que seja válido, a produção de efeitos pelo negócio jurídico unilateral pode exigir o conhecimento da declaração pelo terceiro a que esta é dirigida. Os negócios jurídicos unilaterais, desta forma, podem ser classificados em receptícios e não receptícios. No primeiro, a declaração de vontade é dirigida a destinatário determinado, o qual deve ter ciência da declaração para que esta possua *eficácia*, enquanto no segundo a declaração de vontade possui eficácia independentemente do conhecimento de um destinatário determinado.

A recepção da declaração pelo destinatário, no negócio jurídico receptício, conforme lição de A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, é exemplo de fator de eficácia, o qual, na

²⁵¹ V. RÁO, *Ato jurídico*, op. cit., p. 65.

classificação apresentada pelo autor, apresenta-se como “fator de atribuição da eficácia em geral, que são aqueles sem os quais o ato praticamente nenhum efeito produz”²⁵².

O negócio jurídico bilateral, por sua vez, constitui-se pela convergência de declarações de vontade de duas partes distintas. A aceitação, nesta hipótese, comporia o negócio jurídico bilateral como elemento essencial, sem o qual o negócio bilateral não existiria.

Nestes termos, a respeito da aceitação, dois planos do negócio jurídico são apreciados: o plano da existência, em que a aceitação seria declaração componente de um negócio jurídico bilateral, e o plano da eficácia, em que a aceitação seria mera condição de eficácia do negócio jurídico unilateral de nomeação.

Na hipótese de ser considerada como declaração convergente do negócio jurídico, com base na classificação de A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, a aceitação apareceria como elemento categorial essencial ou inderrogável, pois caracterizaria a essência da categoria do negócio jurídico. Na sua falta, “aquele ato não existirá como negócio daquele tipo, mas há a possibilidade de convertê-lo em negócio de outro tipo”²⁵³. Por seu turno, se considerada como mera condição de eficácia de um negócio jurídico unilateral, a aceitação apareceria como um elemento extrínseco ao negócio existente e válido por si mesmo. Os fatores de eficácia são “algo extrínseco ao negócio, algo que dele não participa, que não o integra, mas contribui para a obtenção do resultado visado”²⁵⁴.

No caso em tela, portanto, deve-se analisar em qual dos planos figura a aceitação: se declaração componente essencial do negócio jurídico bilateral ou condição de eficácia do negócio unilateral.

3.2.1 Aceitação como elemento necessário

Na relação entre os administradores e a sociedade, não são atribuídos unicamente direitos e poderes a estes. Aos administradores são atribuídos deveres como o de agir com diligência, com lealdade, de não praticar atos de liberalidade, de não tomar por empréstimo bens da companhia ou utilizá-los em proveito próprio ou de terceiros, de não receber de

²⁵² A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, op. cit., p. 57.

²⁵³ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, op. cit., p. 40.

²⁵⁴ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, op. cit., p. 55.

terceiros vantagem pessoal, de manter o dever de sigilo ou o dever de informar e, ainda, o de não agir em conflito de interesses com a sociedade.

Como contrai obrigações, imprescindível a manifestação de consentimento do administrador eleito. A eleição não bastaria em si para aperfeiçoar a relação de administração e investir o administrador na função, mas exigiria a manifestação de consentimento do eleito, eis que não se pode impor voluntariamente deveres a terceiro que não manifestou consentimento a ter sua liberdade restringida.

Em corolário ao sustentado, o art. 149, da Lei das S.A. prevê não somente o caráter receptício da deliberação de eleição, como a imprescindibilidade da aceitação à constituição da relação de administração. Segundo o referido artigo, “os conselheiros e diretores serão investidos nos seus cargos mediante assinatura de termo de posse no livro de atas do Conselho de Administração ou da diretoria, conforme o caso”, o que equivale à aceitação.

A imprescindibilidade da aceitação, todavia, não é suficiente para distinguir o negócio jurídico unilateral, cuja *eficácia* é condicionada ao consentimento, do negócio jurídico bilateral, cuja *existência* é condicionada ao consentimento, já que em ambos a aceitação é existente, embora seja diversa a esfera em que ela figura.

3.2.2 Natureza da aceitação

A respeito da natureza dessa aceitação, o parágrafo primeiro, do art. 149, da Lei 6.404/76, determina que “se o termo não for assinado nos trinta dias seguintes à nomeação, *esta tornar-se-á sem efeito*, salvo justificação aceita pelo órgão da administração para o qual tiver sido eleito”. O argumento literal de que a aceitação é condição de eficácia simplesmente do negócio jurídico deve ser compreendido com restrições.

Por condição deve ser entendido o evento extrínseco, futuro e incerto, o qual subordina a produção de efeitos do negócio jurídico. Sua origem pode ser voluntária ou, impropriamente dita, legal.

Como condição voluntária, compreende-se o elemento acessório, eventual do negócio jurídico, imposto voluntariamente pela parte na regulação dos efeitos a serem produzidos pelo negócio jurídico. Nas palavras de O. GOMES, “é requisito voluntário de

eficácia no negócio jurídico. Há de ser uma limitação estabelecida pela vontade nos efeitos do negócio. É disposição acessória, adventícia, accidental. Incorpora-se ao negócio jurídico. Não participa de sua estrutura geral, conquanto nela penetre”²⁵⁵.

O caráter acessório desta primeira condição não se adequa à figura da aceitação, a qual é sempre imprescindível a todo o preenchimento de órgão. Não é disponível à sociedade, através da Assembléia ou ao Conselho de Administração, dispensar a aceitação do eleito na realização do negócio jurídico, nem o eleito obter seus poderes e deveres sem manifestar seu consentimento.

A segunda, chamada de *condicio iuris*, é o fato de que a própria lei faz depender a existência ou eficácia do negócio. “São circunstâncias incertas futuras, de que depende a eficácia de ato jurídico; mas pertencem aos elementos ‘legais’ do suporte fático, pressupostos de existência e às vezes só de eficácia. Não importa se o manifestante da vontade explicitamente a quis como condição, no sentido próprio”²⁵⁶. Não são propriamente condições.

O artigo 121, do Código Civil, estabelece que condição é considerada a cláusula que, derivando exclusivamente da vontade das partes, subordina o efeito do negócio jurídico a evento futuro e incerto. A condição propriamente dita, nos termos do artigo, é manifestação da autonomia de vontade das partes, que livremente decidiram regular os efeitos do negócio jurídico a que serão submetidas. Não é o que ocorre na *condicio iuris*. Nas palavras de F. C. PONTES DE MIRANDA, “condicio iuris não é condição; é apenas alusão ao que a regra jurídica considera pressuposto para o negócio jurídico”²⁵⁷.

Assim como a condição voluntária, a *condicio iuris* também não parece adequada a caracterizar a aceitação do administrador eleito.

Na lição de E. BETTI, a pluralidade de declarações consiste em um negócio jurídico bilateral, e não em diversos negócios unilaterais, quando as declarações estabelecem, na consideração de seus efeitos principais, um mesmo preceito de autonomia

²⁵⁵ O. GOMES, *Introdução ao direito civil*, 20ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 302.

²⁵⁶ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. V, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1974, p. 111. Como exemplo de *condicio iuris*, O. GOMES aponta a morte do testador como condição de cuja realização depende a eficácia do testamento (O. GOMES, *Introdução ao direito civil*, *op. cit.*, pp. 302-303).

²⁵⁷ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. V, *op. cit.*, p. 112.

privada, regulam os mesmos interesses e possuem alcances normativos reciprocamente dependentes²⁵⁸.

No ato de preenchimento do órgão de administração, a deliberação assemblear estabelece, como preceito de autonomia privada, o designado para ser administrador, regula seus direitos, fixa suas atribuições, determina seus deveres e estabelece a remuneração. O eleito, por seu turno, ao aceitar, manifesta sua aquiescência com a designação, com os direitos que lhe são atribuídos e voluntariamente se sujeita aos deveres iminentes ao órgão que ocupa.

As declarações, outrossim, compõem os interesses contrapostos de cada uma das partes opostas. Enquanto a sociedade deseja uma remuneração menos onerosa, o eleito tem interesse em uma maior remuneração. A convergência entre a deliberação e a aceitação regula os interesses das partes, com um denominador comum suficiente a satisfazer a necessidade de ambas.

Por seu turno, a deliberação e a aceitação têm o alcance normativo reciprocamente dependente. A deliberação de designação somente pode produzir os seus principais efeitos com a manifestação de aceitação do eleito, já que não se pode impor a este obrigações sem que tenha voluntariamente se sujeitado a tanto. Outrossim, a aceitação não seria suficiente para o emitente desempenhar as funções do órgão sem que a deliberação de designação se fizesse presente.

A validade de cada uma das declarações, em si mesma, não é afetada. Ainda que não haja a aceitação pelo eleito, a declaração de eleição da Assembléia Geral ou do Conselho de Administração permanece válida como mera declaração, assim como se pode apreciar a validade de uma declaração de vontade de uma das partes a um contrato. A deliberação de eleição, todavia, não pode se confundir com o preenchimento da função, a qual depende da aceitação do eleito²⁵⁹.

²⁵⁸ E. BETTI, *Teoria geral do negócio jurídico* (trad. Ricardo Rodrigues Gama), t. II, Campinas, LZN editora, 2003, p. 141. Para o autor, “perante uma pluralidade de declarações conexas, há que distinguir se a cada uma delas se ligam, como efeitos próprios e independentes, os efeitos jurídicos que correspondem aos seu destino, ou se esses efeitos só estão ligados ao complexo das declarações assim reunidas. Na primeira hipótese, estamos perante vários negócios ligados; na segunda, temos um negócio unitário, que costa de diversas declarações complementares umas das outras” (E. BETTI, *Teoria geral do negócio jurídico*, t. II, *op. cit.*, p. 135).

²⁵⁹ Nesse sentido, não se pode consentir com a manifestação de M. CARVALHOSA. Para o autor, “não se confunde a aceitação do administrador eleito com a do oblato nas ofertas reguladas pelo art. 427, do Código Civil. Não se trata de integração das vontades da companhia e da pessoa eleita por convenção tipicamente contratual. A aceitação, na espécie, é tão-somente condição de eficácia do ato de eleição do administrador.

Ambas as declarações figuram no mesmo plano jurídico. O administrador pode consentir ou não com a proposta de preenchimento da função e inclusive, em certos aspectos, negociar as melhores condições para sua aceitação, como uma maior remuneração, ou determinadas funções dentro dos limites da Lei e do estatuto.

Logo, as declarações preenchem os requisitos expostos para serem consideradas um único negócio jurídico, de modo que são essenciais e imprescindíveis à investidura do administrador na função.

Em suma, sem a aceitação não *existe* o preenchimento da função de administrador pelo eleito e não se forma a relação jurídica entre o administrador e a sociedade.

3.3 Quantidade de negócios jurídicos

Embora se tenha concluído pela natureza de negócio jurídico da deliberação assemblear de eleição e da aceitação que viria ao seu encontro, com a caracterização de um negócio jurídico bilateral, a teoria dúplice pugna pelo negócio jurídico bilateral apenas para a regulação dos direitos e deveres para o exercício da atividade de administrador entre a sociedade e o eleito, enquanto haveria simples ato unilateral de nomeação para a concessão de poderes de exercício da atividade de órgão.

Entretanto, diferentemente da legislação alemã, que determinou que o contrato subjacente entre a sociedade e o administrador somente se resolveria automaticamente com a revogação do ato unilateral de designação, caso houvesse um fundamento importante de desconfiança, não há razão para a distinção no direito pátrio entre o ato de nomeação como atribuição unilateral de poderes de órgão e o negócio subjacente para disciplinar tal atividade.

O art. 122, inciso II, da Lei 6.404/76, permite à assembléia destituir a qualquer tempo os administradores, ressalvado o poder do Conselho de Administração para tanto. Do mesmo modo que se permite, pelo artigo 140, caput, a destituição a qualquer tempo

Embora seja a aceitação uma declaração receptiva de vontade, de índole potestativa, não visa ela a formar uma avença, mas sim a dar início ao exercício de funções administrativas na companhia. O administrador, ao aceitar o cargo para o qual foi eleito, não se vincula aos termos de nenhuma convenção e, portanto, não se obriga contratualmente perante a companhia. Vincula-se ele tão-somente à lei e ao estatuto, cujas regras disciplinam sua atividade, seus deveres e seus encargos” (M. CARVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. III, *op. cit.*, p. 232).

pela assembleia dos membros do Conselho de Administração. Nos referidos dispositivos, não faz a legislação nacional qualquer diferenciação entre o fim da relação de administração e o término de negócio jurídico subjacente.

Além de não haver argumento literal para sustentar a posição, doutrinariamente ela também aparece como incompatível ao sistema jurídico pátrio.

A teoria dúplice baseia-se na outorga unilateral de poderes para exercer a atividade de órgão social e em um negócio jurídico bilateral subjacente, que regularia a relação entre o administrador e a sociedade. Sua construção é análoga à evolução dos conceitos de procuração e do contrato subjacente, que se baseiam na outorga de poderes de representação voluntária mediante o negócio jurídico unilateral da procuração, autônomo e independente, e na regulamentação de uma relação de gestão entre as partes por um negócio jurídico bilateral, seja ele um contrato de mandato, contrato de trabalho, de prestação de serviço, dentre outros.

Os administradores, contudo, não são representantes voluntários da pessoa jurídica. Como já concluído no capítulo anterior, não existiria alteridade ou substituição de vontade entre a pessoa jurídica e o administrador. Este não atua no interesse da companhia, mas é a própria pessoa jurídica, presente na atuação do administrador, que manifesta sua vontade social. Não há representação, mas verdadeira apresentação, em que os administradores figuram como órgãos da pessoa jurídica.

A adoção dos institutos autônomos da procuração e do contrato de gestão subjacente para regular a relação entre os administradores e a sociedade não se mostra, portanto, adequada, vez que a hipótese não é de representação voluntária. Outrossim, a apresentação orgânica e a representação voluntária não guardam correlação ou se confundem, de modo que a construção de conceitos não pode ser realizada por analogia ou equiparação. O ato de designação do eleito a desempenhar poderes de órgão na companhia não é autônomo e independente à relação subjacente, que disciplinaria a prestação de tal atividade.

Quanto à sua origem, impossível conceberem-se poderes, à semelhança da procuração, sem que haja uma relação gestória subjacente. Ainda que possa haver um administrador que possua todos os direitos e deveres referentes à atividade de administração, inclusive com direito à remuneração, mas não possua poderes de representação, a recíproca não é verdadeira. Não se pode conceder somente os poderes de

apresentação a um administrador que não tenha assumido as obrigações e direitos inerentes a esta função.

Para que pudesse haver a existência de dois negócios jurídicos distintos em sua origem, seria necessário conceber-se uma deliberação de eleição que resultasse apenas na concessão de poderes ao eleito. No caso dos administradores, todavia, a designação não atribui apenas poderes, mas poderes-deveres e é impossível dissociar os poderes dos administradores dos deveres iminentes à função desempenhada no órgão, como o dever de diligência, de informação, etc.

Segundo L. BRITO CORREIA, “não se vê como pode alguém praticar qualquer acto de representação da competência exclusiva dos administradores sem adquirir tal qualidade. Ou seja, pelo simples facto de praticar qualquer acto no exercício de poderes de representação, o designado não pode deixar de aceitar (ainda que tacitamente) ser administrador; e, ao aceitá-lo, assume necessariamente todo um conjunto de deveres e direitos inerentes a essa qualidade, por força da lei, mesmo que não haja mais estipulações contratuais”²⁶⁰.

Quanto à extensão, os poderes do órgão são estritamente vinculados à esfera de atuação delimitada pelos deveres do administrador. No silêncio do estatuto e inexistindo deliberação do Conselho de Administração, o artigo 144, da Lei 6.404/76, assegura que competirão a qualquer diretor a representação da companhia e a prática dos atos necessários ao seu funcionamento regular. A aparente amplitude de tais poderes representativos, contudo, é restrita pela necessidade de observância do objeto social pelos administradores. Tal interpretação resulta do art. 158, da Lei 6.404/76, que determina que o administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder, dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo, ou com violação da lei ou do estatuto.

O dispositivo não se restringe a indicar as hipóteses de responsabilidade do administrador, mas a caracterizar as situações em que o administrador se vincularia pessoalmente ou obrigaria a sociedade perante terceiros. Pela norma, três situações diversas se apresentariam. Na primeira situação, quanto aos atos regulares de gestão, dentro das atribuições dos administradores, estes não ficariam responsáveis pelo ato, mas

²⁶⁰ L. BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anônimas*, op. cit., p. 490.

apenas a sociedade. Na segunda situação, quanto aos atos ilícitos do administrador e dentro de suas atribuições, apenas a sociedade se obrigaria perante o terceiro, embora possua ação regressiva em face do administrador²⁶¹. Na terceira hipótese, que é a relevante para esta análise, os atos praticados com violação da lei ou do estatuto fora das atribuições do administrador tornam-no responsável exclusiva e diretamente pelos prejuízos, sem que a sociedade ordinariamente se obrigue frente ao terceiro pelo ato²⁶².

A despeito de não haver qualquer restrição no estatuto ou por deliberação do Conselho de Administração e, portanto, os poderes de representação terem sido atribuídos de maneira ampla, estes ficariam limitados à relação subjetiva que regula os direitos e deveres do administrador e deveria ser balizada pelas disposições legais e estatutárias, tais como os limites do objeto social.

A interpretação é consentânea ao art. 2º, §2º, da Lei 6.404/76, que exigiu que o estatuto social definisse o objeto de modo preciso e completo. Segundo E. GLIOZZI, com esta obrigação “de indicar o objeto social no ato constitutivo, o legislador procurou evitar que fosse delegado aos administradores a escolha da atividade econômica a investir o patrimônio social”²⁶³.

Assim, ainda que não previstos limites no ato de atribuição dos poderes de representação, ultrapassado os patamares do objeto social, a sociedade, em princípio, não se vincularia ao ato praticado pelo seu órgão. A dificuldade da circunscrição dos poderes representativos e da consequente exclusão da vinculação da sociedade pela doutrina e jurisprudência residem em caracterizar o ato como inserido ou não dentro do objeto social e da proteção jurídica de terceiros.

O objeto social, caracterizado na perspectiva formal como especificação estatutária da *empresa* a ser desenvolvida pela companhia e, na perspectiva substancial, como o âmbito da atividade exercida pela companhia²⁶⁴, evidencia em sua definição uma

²⁶¹ L. G. P. B. LEÃES, *Sociedades por ações; atos praticados por seus diretores, em razão de administração; responsabilidade daquela e destes, solidariamente, se agiram com culpa ou contrariamente aos estatutos*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 02, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 80.

²⁶² L. G. P. B. LEÃES, *Responsabilidade dos administradores das sociedades por cotas de responsabilidade limitada*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 25, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 50; M. V. V. ADAMEK, *Responsabilidade civil dos administradores de S.A. e as ações correlatas*, op. cit., p. 221.

²⁶³ E. GLIOZZI, *Gli atti estranei all'oggetto sociale*, Milano, Giuffrè, 1970, pp. 100-101.

²⁶⁴ J. A. T. GUERREIRO, *Sobre a interpretação do objeto social*, in *Revista de Direito Mercantil, Financeiro e Econômico*, nº 54, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, p. 67.

atividade, “uma série de atos jurídicos ou materiais coordenados e unificados em função de fim unitário, distinto daquele próprio de cada ato, a cuja realização todos são direcionados”²⁶⁵. Sua caracterização como atividade denota uma realidade elástica e dinâmica, o que dificulta o contraste de cada ato isolado praticado pelo administrador. Para tanto, necessária a persecução da finalidade do ato isolado e da análise de sua coordenação com a finalidade da atividade, já que o ato isolado, ainda que não previsto expressamente no objeto social, pode ser adequado ao escopo da atividade corporativa a ser desenvolvida²⁶⁶.

Tal dificuldade prática de detecção dos atos violadores do objeto social e a pretensão de tutela de terceiros de boa fé acabaram atenuando a regra de falta de vinculação da companhia perante atos praticados pelo órgão fora do objeto social, mas não a excluíram, de modo que o Código Civil de 2002, em seu art. 1.015, parágrafo único, III, estabeleceu que o excesso por parte dos administradores pode ser oposto a terceiro, tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade²⁶⁷.

Nestes termos, não há independência, quanto à extensão, entre os poderes do órgão e a disciplina da relação gestória subjacente que regularia os direitos e deveres dos administradores frente à companhia.

Quanto à sorte, a destituição do diretor ou do conselheiro de administração, com o fim de seus poderes de representação e de gestão, implica a cessação dos direitos e deveres inerentes a essa qualidade. Os poderes de administração, na realidade, são poderes-deveres,

²⁶⁵ G. FERRI, *Le società*, op. cit., p. 31. Na definição de V. CERAMI, “o objeto social é o gênero de atividade econômica (um ramo de indústria ou de comércio) que a sociedade destina-se a desenvolver para a obtenção de seu escopo de lucro. O ato singular, ao invés, é o instrumento, o meio jurídico para a realização do objeto” (V. CERAMI, *Gli atti estranei all’oggetto sociale*, in *Rivista delle Società*, f. 4-5, Milano Giuffrè, 1959, p. 655).

²⁶⁶ Segundo V. CERAMI, “atos, operações, negócios singulares, aparentemente muito distantes do objeto social, podem em concreto coordenarem-se com o mesmo” (V. CERAMI, *Gli atti estranei all’oggetto sociale*, op. cit., p. 662). No mesmo sentido J. A. T. GUERREIRO, para quem “encarada como mudança do objeto social a prática de determinados atos que, embora não previstos expressamente no objeto social estatutário, não conflitam, de outro lado, com o fim ou escopo último da atividade. Os atos, repito, são meios para a realização do objeto social, de sorte que sua compatibilidade com relação a este último deve ser aferida por referência à sua aptidão para dita realização” (J. A. T. GUERREIRO, *Sobre a interpretação do objeto social*, op. cit., p. 69).

²⁶⁷ Para T. ASCARELLI, “o problema decorre do fato de não poder ressaltar, de cada ato singelo, a conformidade dele com o escopo social. Por isso, quanto à tutela dos terceiros (em contraste, a respeito, com as exigências de tutela dos acionistas) é preferível poder, a eventual desconformidade, ser invocada na ação de responsabilidade social contra os diretores; não, porém, para que a sociedade possa exonerar-se da sua responsabilidade perante terceiros” [T. ASCARELLI, *Princípios e problemas das sociedades anônimas*, op. cit., nota 1026, p. 496]. Cf. W. BULGARELLI, *A teoria “ultra vires societatis” perante a Lei das sociedades por ações*, in *Questões de Direito Societário*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, pp. 1-16.

decorrentes da função desempenhada, de modo que a cessação dos poderes provoca o fim dos direitos e deveres decorrentes da atividade.

A renúncia do administrador aos seus poderes faz com que cesse, dentre os demais direitos, a remuneração fixada ao administrador. A renúncia garantiria o direito de receber “participação *pro rata* nos lucros do exercício, tanto a estatutariamente fixada, como a extra-estatutariamente deliberada pela assembléia geral. Esse direito corresponderá ao tempo em que o substituído participou na administração da companhia naquele exercício”²⁶⁸.

Por seu turno, cessam também as obrigações decorrentes de fatos posteriores à cessação de sua qualidade de administrador. A responsabilidade solidária na hipótese de descumprimento de deveres legais destinados a assegurar o regular funcionamento da companhia (art. 158, §§2º a 4º) e de violação de deveres ordinários (art. 158, §1º) somente vincula o administrador enquanto este preencha o órgão social.

A cessação da qualidade de administrador e o fim dos direitos e deveres inerentes a essa qualidade não significam que não possa continuar a existir um contrato de trabalho entre a sociedade e o empregado, notadamente nos casos em que o anterior empregado foi nomeado administrador. Tal contrato de trabalho preexistente, contudo, não atribuía direitos e deveres em decorrência da relação de administração, já que o eleito sequer tinha sido nomeado até então; o contrato de trabalho simplesmente regulava a prestação laboral do anterior empregado. Este contrato, embora possa permanecer válido após a destituição do administrador, portanto, não se confunde com a suposta regulação dos direitos e deveres da qualidade de administrador por negócio jurídico subjacente.

Logo, na ausência de determinação legal a exigir a diferenciação entre as duas figuras, forçoso concluir que é inerente e incindível à atribuição de poderes de representação e de gestão ao administrador a titularidade de direitos e a sujeição dos deveres característicos desta função. Logo, o negócio jurídico celebrado pelas partes é uno.

4. Conclusão parcial

A deliberação assemblear preenche todos os requisitos para ser considerada um negócio jurídico.

²⁶⁸ M. CAR VALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v.III, *op. cit.*, p. 152.

Como centro de poder institucional, à assembléia são atribuídos o poder decisório central da companhia e o poder, ainda que não exclusivo, de formar a vontade social. Nesse contexto, os votos dos acionistas que a compõem são destinados à obtenção do quorum necessário para a expressão de deliberação.

Esta deliberação, entretanto, não expressa a somatória da vontade dos sócios, em uma manifestação que não pode ser entendida como ato coletivo ou colegial, mas expressa a vontade de uma única pessoa, a própria pessoa jurídica, em um ato simples e unilateral, cujos efeitos serão imputados à sociedade e vincularão os acionistas membros somente indiretamente e, nessa hipótese, inclusive os que se abstiveram de votar ou votaram em sentido contrário à maioria.

A referida vontade social também é declarada a terceiros. Embora a Assembléia Geral e o Conselho de Administração ordinariamente sejam concebidos como órgãos internos, a deliberação assemblear e do conselho para a nomeação dos administradores é exceção a esta regra, já que os artigos 132 e 142, II, da Lei das S.A., garantem-lhes o poder de manifestar a vontade diretamente a terceiros, pois o eleito pode não ser acionista e, ainda que o seja, sua eleição não é inerente a esta qualidade.

A declaração de vontade, outrossim, determina a pessoa para desempenhar a função de administrador e, dentro dos limites legais, pode delimitar as atribuições concedidas. Tais efeitos a serem produzidos não são diretamente regulados pela lei, independentemente da vontade da pessoa jurídica, mas são conforme a declaração de vontade, livremente emitida a este fim.

A deliberação de eleição da pessoa a ocupar o órgão, portanto, é “uma declaração de vontade, isto é, uma manifestação de vontade cercada de certas circunstâncias, as circunstâncias negociais, que fazem que ela seja vista socialmente como destinada a produzir efeitos jurídicos”²⁶⁹. Caracteriza-se, assim, como negócio jurídico.

Por seu turno, o negócio jurídico unilateral de deliberação converge com o negócio jurídico unilateral de aceitação pelo eleito, de modo que ambos passam a constituir um negócio jurídico bilateral.

Como contrai obrigações, imprescindível a manifestação de consentimento do administrador eleito. A nomeação não bastaria em si para aperfeiçoar a relação de

²⁶⁹ A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, op. cit., pp. 16/17.

administração e investir o administrador na função, mas exigiria a manifestação de consentimento do eleito, eis que não se pode impor voluntariamente deveres a terceiro que não manifestou consentimento a ter sua liberdade restringida.

Quanto à natureza da aceitação, esta não é mera condição de eficácia, mas elemento essencial do negócio jurídico. A declaração de eleição e a declaração de aceitação estabelecem um mesmo preceito de autonomia privada, ditam um mesmo regulamento de interesses e possuem alcances normativos dependentes, que as caracterizam como elementos de um mesmo negócio jurídico.

Portanto, a deliberação de eleição do administrador, verdadeira declaração de vontade com intuito de produzir efeitos negociais, é convergente à declaração de aceitação do eleito. Há um único negócio jurídico entre as partes, um negócio jurídico bilateral.

CAPÍTULO IV – TIPO DO NEGÓCIO JURÍDICO DE PREENCHIMENTO DO ÓRGÃO DE ADMINISTRAÇÃO

1. Teorias sobre o tipo do ato

O preenchimento da função de administrador faz-se através de duas declarações de vontade qualificadas, convergentes, e destinadas a criar, modificar ou extinguir direitos. A relação jurídica entre a sociedade e o administrador apresenta-se sob a modalidade de um negócio jurídico bilateral.

As teorias contratuais, contudo, não são uníssonas quanto ao tipo de negócio jurídico e pugnam por quatro contratos distintos a caracterizar o ato de preenchimento de órgão de administração: o contrato de mandato, de trabalho, de prestação de serviço e o contrato *sui generis* ou de administração.

1.1 A teoria do contrato de mandato

O Código Comercial Francês de 1807, em seu artigo 31, estabeleceu que a sociedade anônima era administrada por mandatários. Essa concepção do contrato de administração como um contrato de mandato, consagrada inicialmente pelo Código Napoleônico, foi recebida pelas diversas legislações que o sucederam.

O fundamento histórico do dispositivo do Código Comercial Francês e, portanto, da própria teoria, remonta ao desenvolvimento das grandes companhias coloniais. Isso porque, apesar da ampla base acionárias destas, sua gerência era desempenhada em moldes publicísticos e realizada de acordo com as diretrizes do conselho do rei ou de grupos de notáveis, em detrimento dos direitos dos acionistas. Com o intuito de fortalecer o direito dos acionistas, ainda no século XVIII, procurou-se vincular a condução da atividade corporativa ao interesse destes. O *Code de Commerce*, neste contexto, ao consagrar a teoria

do mandato “permitia dois objetivos: um político, colocando os administradores ao serviço dos sócios e um técnico, facultando uma terminologia jurídica coerente”²⁷⁰.

Na época do Código, outrossim, o contrato de mandato era considerado a base material da representação. Como pela teoria da ficção a pessoa jurídica seria apenas uma abstração, esta carecia do auxílio de terceiros, que com ela não se confundiriam, para poder agir. Necessitava, assim, ser representada pelos administradores, aos quais, diante da associação entre a representação e o mandato, sustentava-se que os poderes eram atribuídos mediante a celebração do contrato de mandato, “pelo qual uma pessoa (mandatário) recebe os poderes de outra (mandante) para, em seu nome, praticar atos jurídicos ou administrar interesses”²⁷¹.

Mas não somente adeptos da teoria da ficção da personalidade jurídica sustentavam o contrato de mandato. Mesmo alguns doutrinadores da teoria da realidade técnica da pessoa jurídica entendiam que os administradores eram mandatários da sociedade e seriam nomeados pela Assembléia Geral²⁷². Para F. FERRARA, “si stabilisce dunque un rapporto di mandato, sia in ordine all’amministrazione, sia in ordine alla rappresentanza (...). Ma il direttore è un mandatario dell’associazione, non dei singoli membri, e perciò la sua responsabilità per inadempimento cade verso l’ente, non già verso i singoli associati”²⁷³.

Nestes termos, além da identificação entre a representação e o contrato de mandato, U. NAVARRINI preconizou que a caracterização dos administradores como mandatários não era fundamentada apenas na alusão legal, mas se sustentava também na falta de responsabilidade pessoal dos administradores pelos negócios sociais realizados, bem como na impossibilidade destes realizarem atividades não expressamente mencionadas nos atos constitutivos²⁷⁴.

²⁷⁰ A. MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, op. cit., nº 14.

²⁷¹ C. M. S. PEREIRA, *Instituições de direito civil*, v. III, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006, p. 397.

²⁷² E. VIDARI, *Corso do diritto commerciale*, v. I, op. cit., p. 730; A. GREGÓRIO, *Delle società e delle associazioni commerciali*, Torino, Unione Tipografica Editrice Torinese, 1938, p. 211; F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, op. cit., p. 216; U. Navarrini, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, v. IV, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1920, p. 370; C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, v. II, op. cit., p. 284; L. CUNHA GONÇALVES, *Comentário ao Código Comercial Português*, v. I, Lisboa, Empresa Editora, 1914, p. 421.

²⁷³ F. FERRARA, *Le persone giuridiche*, op. cit., p. 216.

²⁷⁴ Para o autor, sobre a natureza de mandatários dos administradores, “il legislatore lo ha voluto esplicitamente fissare per le anonime, forse perchè qui più limpido si presenta tale carattere, e soprattutto

Parte da corrente insistia, todavia, em razão da falta de poderes de representação da assembléia, que os administradores seriam mandatários não da sociedade, mas dos próprios sócios. Segundo E. SOPRANO, a qualidade de órgão dos administradores não poderia ser questionada pois, caso contrário, não seria possível explicar a responsabilidade da sociedade por fatos realizados pelos administradores, mesmo que estes não possuíssem poderes de representação, já que o mandato sem representação não determinaria relação entre o mandante e o terceiro²⁷⁵. Para que os administradores pudessem ocupar a função do órgão, entretanto, deveriam ser indicados mediante uma relação interna, pela celebração de um contrato de mandato. A Assembléia Geral não poderia celebrar o referido contrato, pois os administradores não poderiam ser considerados mandatários da sociedade, já que ocupariam as funções de órgão desta e, portanto, não seriam terceiros em relação à companhia. Os sócios, assim, celebrariam o contrato de mandato, e não a sociedade, integrando o contrato social com a individualidade física necessária para o funcionamento do organismo social criado²⁷⁶.

Embora a corrente seja ainda majoritariamente defendida na França, tornou-se um lugar comum criticá-la, notadamente na Itália e em Portugal, a ponto de A. FERRER CORREIA sustentar que a teoria pode considerar-se hoje definitivamente abandonada²⁷⁷.

A primeira crítica feita refere-se à desvinculação entre o contrato de mandato e a representação. Para os críticos, o contrato de mandato não seria mais a sede material da representação, a ponto de serem tidos como sinônimos, como ocorria à época do Código

perchè ne sono più lipidamente deduibili le conseguenze. Così le regole che il Codice pone nell'art. 122, rientrano completamente nel concetto del mandato. L'amministratore, appunto perchè mandatario, non contrae responsabilità personale per gli affari che tratta, mentre risponde delle conseguenze del mandato e di quelle che la legge vi abbia voluto aggiungere; appunto perchè mandatario, non può fare altre operazioni che quelle che rientrano nel suo mandato, che, nel caso, è delineato dal contratto sociale, e seguendo le norme e le direttive che questo gli determini (U. NAVARRINI, *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, v. IV, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1920, p. 370).

²⁷⁵ E. SOPRANO, *Trattato Teórico-Pratico delle Società Commerciali*, v.1, *op. cit.*, p. 249.

²⁷⁶ E. SOPRANO, *Trattato Teórico-Pratico delle Società Commerciali*, v.1, *op. cit.*, pp. 250-251. Para o referido autor, “l'incarico o mandato parte dunque dai soci; sono essi che eleggono amministratori, sindaci e liquidatori, sono essi che li investono di poteri, danno istruzioni, li sorvegliano, li revocano, li chiamano al conto. Essi agiscono come padroni di quel patrimonio, come interessati a quel fine, come creatori e dispositori dell'organismo che regolano col preporre loro incaricati ai singoli organi, nel momento in cui provvedono alla sua creazione o alla sua sistemazione. Non è allora la società già in piedi e in azione: quando la società è giunta a tal punto, non potendo obbligarsi se non a mezzo degli amministratori che hanno la firma sociale, un mandato sociale non potrebbe esser conferito che da costoro. Senza i suoi organi di rapresentanza, la società non può dare mandati nè revocarli come non può assumere altri vincoli coi terzi; integrata con tali organi, questi non possono conferire mandati a se stessi” (E. SOPRANO, *Trattato Teórico-Pratico delle Società Commerciali*, v.1, *op. cit.*, p. 251).

²⁷⁷ A. FERRER CORREIA, *Lições de direito comercial*, *op. cit.*, nº 120.

Comercial francês de 1807²⁷⁸. Os poderes de representação são outorgados pela procuração e não há a necessidade de existir um contrato de mandato subjacente, de modo que tanto o contrato de mandato existe sem a procuração e, portanto, sem a necessária outorga de poderes de representação, como estes, através da procuração, podem ser concedidos sem que tenha sido celebrado um contrato de mandato²⁷⁹.

A crítica, apesar de desvincular os poderes de representação da necessária atribuição de um contrato de mandato, não é suficiente a excluir a referida figura contratual e, notadamente, a corrobora, já que tornaria possível explicar como, pelo mesmo contrato subjacente, haveria administradores com poderes de representação e administradores sem tais poderes.

Especificadamente quanto à inadequação do contrato de mandato, todavia, criticou-se a ampla autonomia dos administradores. Sustenta-se que, dentro dos limites da lei e do contrato social, os administradores exercem suas funções com ampla autonomia, sem subordinação de qualquer órgão e, inclusive, possuem o dever de não executar deliberações assembleares inválidas e podem impugná-las, o que não se coadunaria com o dever do mandatário de praticar os atos compreendidos no mandato segundo as instruções do mandante²⁸⁰.

Outrossim, haveria causas de inelegibilidade dos administradores, que impediriam a nomeação pela assembleia, ainda que houvesse vontade unânime dos acionistas²⁸¹, além da circunstância de que o mandatário somente poderia praticar atos jurídicos, enquanto a administração das sociedades compreenderia a prática não somente de atos jurídicos como ainda de atos materiais²⁸².

²⁷⁸ A. MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, op. cit., §14, nº 42.

²⁷⁹ *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, op. cit., §14, nº 42; I. DUARTE RODRIGUES, *A administração das sociedades por quotas e anônimas*, op. cit., p. 278.

²⁸⁰ A. FERRER CORREIA, *Lições de direito comercial*, op. cit., nº 120; F. FERRARA Jr., *Gli imprenditori e le società*, op. cit., p. 313.

²⁸¹ F. FERRARA Jr., *Gli imprenditori e le società*, op. cit., p. 313.

²⁸² A. FERRER CORREIA, *Lições de direito comercial*, op. cit., nº 120; I. DUARTE RODRIGUES, *A administração das sociedades por quotas e anônimas*, op. cit., p. 278.

1.2 A teoria do contrato de trabalho

A crescente profissionalização do administrador de sociedade anônima, com a progressiva complexidade e especialidade de suas funções, a ascensão de empregados a postos diretivos e a contratação, pela sociedade, de profissionais da administração fizeram com que corrente doutrinária sustentasse o vínculo contratual entre a sociedade e o administrador com base num contrato de trabalho²⁸³.

A corrente é sustentada, no âmbito de uma teoria dúplice, por J. T. GUERREIRO e E. L. TEIXEIRA²⁸⁴ e O. GOMES²⁸⁵, que pugnam pelo contrato de emprego a regular as relações internas entre a sociedade e o administrador eleito.

Para E. L. TEIXEIRA e J. T. GUERREIRO, nada obstaría que se reconhecesse o contrato de trabalho como o estatuto das relações internas entre o administrador e a sociedade, à semelhança do direito alemão. Desde que presente a subordinação jurídica, conforme a natureza das funções a serem desempenhadas na estrutura da companhia, nada impediria que houvesse vínculo empregatício concomitantemente à condição de administrador. Para os autores, haveria “duas esferas distintas de relações jurídicas a considerar: de um lado, *relações internas*, entre o diretor e a sociedade, reguladas pelo contrato de trabalho, e de outro, *relações externas*, entre a sociedade e terceiros, nas quais o diretor assume o papel de órgão social, com a prerrogativa de representação legal da pessoa jurídica, e com a atribuição dos poderes necessários ao seu funcionamento regular”²⁸⁶.

Tal posição seria baseada na evolução da doutrina e jurisprudência trabalhista sobre a possibilidade de o administrador eleito continuar a ser considerado como empregado.

²⁸³ São os empregados ascendidos a postos diretivos conhecidos por ‘empregados diretores’, enquanto são conhecidos como ‘diretores empregados’ os profissionais contratados para a administração (E. L. Teixeira e J. A. T. Guerreiro, *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, v. I, *op. cit.*, p. 440).

²⁸⁴ J. A. T. GUERREIRO e E. L. TEIXEIRA, *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, v. I, *op. cit.*, pp. 441 e 442.

²⁸⁵ Ainda que adepto da corrente unilateralista, O. GOMES não refuta a teoria dualista com a aceitação do contrato de trabalho como relação subjacente. Segundo o autor, “entretanto, pode-se aceitar a orientação do Direito alemão de admitir-se, ao lado do ato unilateral de nomeação, o contrato de emprego – *Anstellung* – como instrumento de regulação das relações internas entre o administrador e a sociedade” (O. GOMES, *Responsabilidade dos administradores de sociedades por ações*, *op. cit.*, p. 12).

²⁸⁶ J. A. T. GUERREIRO e E. L. TEIXEIRA, *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, v. I, *op. cit.*, pp. 441 e 442.

Para ambas, o princípio da primazia da realidade do direito do trabalho assegura que a verdade real prevaleça sobre a forma, ainda que sobre cargos que afastem, em princípio, os requisitos da relação de emprego. Presentes efetivamente os requisitos legalmente exigidos da habitualidade da prestação, pessoalidade, subordinação, onerosidade e de ser realizado por pessoa física, a relação deve ser caracterizada com uma relação de emprego e o contrato que a estabelece como, de fato, um contrato de trabalho, ainda que sob diversa denominação.

Na doutrina trabalhista, três correntes diversas foram historicamente construídas. A primeira corrente, sustentada por O. B. MAGANO, afirma que os diretores permaneceriam subordinados ao Conselho de Administração, de modo que a eleição dos empregados à função de diretores não suspenderia ou interromperia as suas relações empregatícias anteriores. A concepção é baseada no art. 499, da CLT, que estabelece que não há estabilidade no exercício dos cargos de diretoria, gerência ou outros de confiança imediata do empregador, mas se garante o cômputo do tempo de serviço para todos os efeitos legais. Para o autor, se a eleição não prejudica a contagem de seu tempo de serviço, todos os demais direitos deveriam ser também computados, de modo que nenhuma interrupção ocorreu na relação de emprego²⁸⁷.

A corrente trabalhista contrária foi sustentada por A. SÜSSEKIND e D. MARANHÃO, que pugnam pela incompatibilidade entre o contrato de trabalho e a função de diretor da sociedade anônima. Para estes, como o diretor seria órgão, a mesma pessoa não poderia exercer o poder característico de empregador e, ao mesmo tempo, ser submetida a esse poder. Sob essa perspectiva, caso o empregado fosse eleito diretor, seu contrato de trabalho anterior deveria ficar suspenso²⁸⁸.

A terceira posição trabalhista, intermediária, é sustentada por A. MASCARO NASCIMENTO e S. PINTO MARTINS. Segundo a corrente, a persistência ou não da relação de emprego deve ser feita conforme cada caso concreto. A existência ou não de subordinação deve ser apreciada de acordo com a natureza das funções desempenhadas, o pagamento, quantidade de ações, pessoas que dão ordens ao diretor, o que permitiria caracterizar a

²⁸⁷ Nas palavras do autor, “como homens de trabalho, subordinados ao conselho de administração, que os pode destituir a qualquer tempo, hão de ser necessariamente os diretores classificados como empregados, já que a subordinação é o traço característico do contrato de trabalho” (O. B. MAGANO, *Manual de direito do trabalho*, v. II, 3º ed., São Paulo, LTr, 1985, p. 140).

²⁸⁸ A. SÜSSEKIND, *Empregado de S.A. eleito diretor*, in Revista Forense, Rio de Janeiro, Forense, v. 339, 1997, p. 50; D. MARANHÃO, *Direito do trabalho*, 9ª ed., Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1981. pp. 62-63.

relação jurídica como baseada num contrato de trabalho²⁸⁹. Nas palavras deste último autor, “estando o ‘diretor’ obrigado a cumprir ordens de serviço dos superiores, sofrendo fiscalização, penalidades e advertências, estará evidenciada a relação de emprego. O diretor subordinado à presidência, ou à vice-presidência, ou a diretor superintendente da empresa, que praticamente decide tudo e a quem presta contas, não lhe dando margem a qualquer decisão, é um verdadeiro empregado”²⁹⁰.

A jurisprudência trabalhista brasileira, nesse ponto, consagrou esta última corrente, ao caracterizar a relação como contrato de emprego desde que demonstrada a subordinação jurídica no desempenho das funções pelo administrador. Nesse sentido, a Súmula 269, do Tribunal Superior do Trabalho, determina que “o empregado eleito para ocupar cargo de diretor tem o respectivo contrato de trabalho suspenso, não se computando o tempo de serviço desse período, *salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego*”.

A teoria societária, portanto, fundamentada nas posições que pregam a continuidade da relação de emprego após a investidura do empregado como administrador, concebe o negócio jurídico de preenchimento do órgão como um contrato de trabalho, desde que a subordinação e os demais requisitos estejam presentes.

A corroborar tal posicionamento, sustentam seus adeptos que a própria Lei das Sociedades por Ações fez referência ao contrato de trabalho ao estabelecer, no artigo 157, §1º, alínea d, que é dever do administrador da companhia aberta revelar “as condições dos *contratos de trabalho* que tenham sido firmados pela companhia com os diretores e empregados de alto nível”.

A natureza do ato de preenchimento como contrato de trabalho foi criticada por M. V. V. ADAMEK, embora o autor aceite que pode ocorrer relação de emprego entre o administrador e a sociedade. Para o autor, a existência de um contrato de trabalho “não pode ser aceita, a nosso ver, porque - embora o diretor até possa, eventualmente, ser considerado empregado da companhia sem que isso venha a desnaturar a sua função, aspecto este que a Lei das S/A deixa evidente (LSA, art. 157, §1º, d) – a relação de emprego não estará sempre presente, mas apenas de forma acidental poderá se manifestar, em paralelo ao vínculo contratual necessário que une todo e qualquer administrador à

²⁸⁹ A. MASCARO NASCIMENTO, *Curso de direito do trabalho*, 21ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006.

²⁹⁰ S. PINTO MARTINS, *Direito do trabalho*, 20ª ed., São Paulo, Atlas, 2004, p. 182.

companhia. Por outra retórica, o administrador não se vincula à companhia necessariamente por contrato de emprego, mas por outra espécie de relação jurídica que não é incompatível com a relação de emprego”²⁹¹.

A concomitância dos vínculos é excluída por W. S. C. BATALHA. Segundo o autor e de maneira a corroborar o posicionamento jurisprudencial trabalhista, a despeito de ter sido eleito administrador, poderia existir relação de emprego na hipótese em que presentes os requisitos necessários à caracterização do eleito como empregado, notadamente a subordinação. As relações, todavia, não seriam concomitantes, já que a existência do empregado indicaria fraude na designação do administrador²⁹².

Para o autor, a “responsabilidade, civil e criminal, dos diretores das anônimas impõe-lhes liberdade de atuação, critério e discernimento próprios, iniciativa e atitudes não coarctadas, inadapáveis ao conceito de subordinação hierárquica”²⁹³. O requisito da subordinação não se coadunaria com o cargo de administrador. Este ocuparia na sociedade uma posição diretiva, com a condução discricionária dos atos de gestão, conforme julgue melhor para lograr os fins e o interesse da sociedade. Os parâmetros de sua conduta não seriam fixados por imposições hierárquicas, mas pela Lei, pelo estatuto social, e, como determina o artigo 153, da Lei das Sociedades por Ações, pelo cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.

Nesses termos, ressalta W.S. C. BATALHA que, diante do princípio da primazia da realidade como norteador da disciplina do direito do trabalho, a relação de emprego poderia ficar caracterizada somente nas hipóteses em que houvesse fraude à lei ou diretores *pro forma*, transparecendo um vínculo de subordinação em que o referido agente não deteria parcela alguma de mando, e sim atenderia a ordens e determinações superiores²⁹⁴.

²⁹¹ M. V. V. ADAMEK. *Responsabilidade civil dos administradores de S.A. e as ações correlatas*, *op. cit.*, p. 44.

²⁹² W. S. C. BATALHA, *Sociedades anônimas e mercado de capitais*, v. II, Rio de Janeiro, Forense, 1973, p. 642.

²⁹³ W. S. C. BATALHA, *Sociedades anônimas e mercado de capitais*, v. II, *op. cit.*, p. 642.

²⁹⁴ W. S. C. BATALHA, *Sociedades anônimas e mercado de capitais*, v. II, *op. cit.*, pp. 642-643.

1.3 A teoria do contrato de prestação de serviço

Por considerar a relação de trabalho inadequada para explicar a relação jurídica entre o administrador e a sociedade, P. F. CAMPOS SALLES DE TOLEDO, ainda que apregoe uma teoria dúplice, sustentou que o liame jurídico entre a sociedade e o administrador transpareceria como o de um contrato de prestação de serviço.

Por contrato de prestação de serviços “designa-se o contrato mediante o qual uma pessoa se obriga a prestar um serviço a outra, eventualmente, em troca de determinada remuneração, executando-o com independência técnica e sem subordinação hierárquica”²⁹⁵. No contrato de prestação de serviço, não há subordinação. O prestador não executa o serviço sobre a direção técnica ou sob critérios de orientação do contratante, que se obriga a remunerá-lo.

Para P. F. CAMPOS SALLES DE TOLEDO, tais características são as mais adequadas a explicar o ato de preenchimento de órgão. Segundo o autor, não haveria subordinação jurídica do administrador no exercício de suas funções. Os administradores “não recebem ordens deste ou daquele, para agir desta ou daquela maneira. Podem, é certo, ser destituídos de suas funções pelo órgão que os nomeou. Este, no entanto, não pode substituir-se a eles, ou determinar-lhes que, diante de uma situação concreta, adotem determinada conduta em vez de outra (...) Ante o obstáculo representado pela falta do requisito da subordinação, e a natureza contratual do vínculo interno entre o administrador e a companhia, pode-se vislumbrar, na hipótese, a ocorrência de um contrato de prestação de serviço”²⁹⁶.

A crítica à adoção do contrato de prestação de serviço a explicar a relação entre o administrador e a sociedade é formulada por T. M. VALVERDE. Para o autor, a prestação de serviços não é suficiente, por si só, para caracterizar o contrato homônimo, ainda que a prestação seja realizada mediante remuneração, sob pena de a quase totalidade das relações, como a de mandato, comissão, depósito, configurarem contratos de prestação de serviço²⁹⁷.

²⁹⁵ O. GOMES. *Contratos*, op. cit., p. 292.

²⁹⁶ P. F. CAMPOS SALLES DE TOLEDO, *O conselho de administração na sociedade anônima*, op. cit., pp. 45-46. Cf. A. LAMY FILHO e J. L. B. PEDREIRA, *A Lei das S.A.*, Rio de Janeiro, Renovar, 1992, p. 595.

²⁹⁷ T. M. VALVERDE, *Sociedades por ações*, v. II, op. cit., p. 13.

Outrossim, sustenta-se que o contrato seria inadequado a explicar a relação entre os administradores e a sociedade, porquanto o administrador se obriga a desempenhar atividade que envolve tanto atos jurídicos como materiais e o contrato de prestação de serviço teria como conteúdo somente a prática de atos materiais. Ademais, a mesma inadequação ocorreria no tocante à autonomia, que seria mais ampla pelo administrador, e à estabilidade no exercício das funções, já que o administrador pode ser destituído a qualquer tempo sem direito à indenização²⁹⁸.

1.4 A teoria do contrato *sui generis* ou de administração

Por fim, a teoria do contrato de administração, ou contrato *sui generis*, surgiu a partir da insuficiência das demais teorias contratuais a explicar a natureza da relação jurídica e foi construída sobre o pensamento de seus dois precursores, G. FANELLI²⁹⁹ e G. MINERVINI³⁰⁰.

Inicialmente, G. FANELLI sustentou que os administradores apresentar-se-iam como um órgão da sociedade. O contrato de preenchimento desse órgão não seria adequado aos institutos do contrato de prestação de serviço ou do mandato já que possuía elementos peculiares e teria uma finalidade específica, que seria o desempenho da atividade social. O ato de preenchimento, nesta concepção, caracterizar-se-ia como um contrato de proposição orgânica³⁰¹.

A tese do contrato de tipo específico foi pormenorizada por G. MINERVINI, em obra publicada poucos anos após. Para o autor, o contrato de preposição à administração obriga o administrador a cumprir determinada atividade por conta da sociedade e, normalmente, esta última se obriga a pagar uma remuneração pelo serviço prestado³⁰².

²⁹⁸ M. V. V. ADAMEK, *Responsabilidade civil dos administradores de S.A. e as ações correlatas*, op. cit., pp. 43-44.

²⁹⁹ G. FANELLI, *La delega di potere amministrativo nella società per azioni*, op. cit.

³⁰⁰ G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., pp. 70/71.

³⁰¹ “Il contratto dal quale scaturisce la preposizione all’organo amministrativo (ordinario o delegato) non è un mandato, nè una locazione d’opera, ma è, a nostro parere, un contratto tipico e caratteristico, poichè tipica e caratteristica è la sua funzione economico-sociale (causa) e cioè dar vita ad un elemento della struttura della società per l’esercizio di una funzione organica. Si potrebbe, pertanto, parlare di un contratto di preposizione organica (...)” [G. FANELLI, *La delega di potere amministrativo nella società per azioni*, op. cit., p. 96].

³⁰² G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 61.

Para o autor, à semelhança do contrato de mandato, a atividade do administrador é predominante jurídica. Sua qualificação difere da do mandato, entretanto, pela carência de autonomia no desenvolvimento da prestação³⁰³. A sociedade, através do conselho, exerce os poderes de controle e de vigilância sobre a atividade do administrador. Outrossim, através da assembléia, a sociedade poderia exercer também o poder diretivo, na hipótese em que o estatuto assegure à assembléia poderes para deliberar sobre atos de gestão. Desse modo, o administrador não poderia ser caracterizado como trabalhador autônomo, à semelhança do mandatário³⁰⁴.

Contudo, o administrador não desempenha suas funções como trabalhador subordinado na concepção do autor. A sociedade não possuiria o poder disciplinar sobre o administrador e, quanto ao poder diretivo, a sua devolução à assembléia não é integral diante da existência de uma esfera inderrogável de atribuição do administrador. Ademais, a qualificação como trabalhador subordinado é afastada de plano na hipótese de administrador sem remuneração, já que não haveria a onerosidade imprescindível ao empregado³⁰⁵.

Nas palavras de G. MINERVINI, “al contratto di amministrazione di società per azioni non si addicono nè la qualifica di contratto di lavoro aotonomo (mandato) nè la qualifica di contratto di lavoro subordinato: poichè si tratta di un contratto di lavoro (in senso lato) che presenta nello stesso tempo alcune caratteristiche proprie della subordinazione, ed altre proprie dell'autonomia”³⁰⁶.

Em Portugal, a tese do contrato *sui generis* é defendida por L. BRITO CORREIA. Para o autor, além da subordinação e autonomia característicos do contrato de administração, o contrato de administração caracterizar-se-ia como um tipo específico em razão dos poderes de representação orgânica, já que o mandatário e o trabalhador subordinado teriam, eventualmente, somente poderes de representação voluntária. Quanto à autonomia, o administrador não estaria juridicamente obrigado a cumprir as instruções da coletividade ou dos órgãos de fiscalização, o que lhe garantiria maior autonomia que o trabalhador subordinado e mesmo que o mandatário. Ademais, a contratação do administrador não é livre, em razão de causas de inelegibilidades específicas, além de

³⁰³ G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 68.

³⁰⁴ G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., pp. 69-70.

³⁰⁵ G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., pp. 70/71.

³⁰⁶ G. MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, op. cit., p. 71.

existir regras típicas de responsabilidade civil e regime especial quanto à cessação do contrato, notadamente diante da revogação unilateral³⁰⁷.

Nesse sentido, L. BRITO CORREIA caracteriza o contrato de administração como aquele “pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição ou sem ela, a prestar a sua atividade de gestão e representação orgânica da sociedade anônima, sob a orientação da coletividade dos acionistas e sob a fiscalização do conselho fiscal ou fiscal único”³⁰⁸.

No Brasil, a tese é sustentada por W. BULGARELLI, para quem o administrador seria contratado para a prestação de serviços que desempenharia como órgão da companhia. O contrato celebrado deve ser um contrato específico, diante da estrutura, da função, das atribuições, responsabilidade e regime de trabalho. “Contrato de prestação de serviços, sem dúvida, pois a atividade do administrador consiste numa obrigação de fazer, o que simplifica na substância a questão. Para poder fazer e porque deve fazer, certas atribuições devem-lhe ser conferidas, com as conseqüentes responsabilidades, e portanto ter-se-á um contrato característico, típico do direito societário, específico de administração, ao lado de outros típicos como o são o contrato plurilateral organizativo, o de subscrição de ações e assim por diante”³⁰⁹.

2. Posição adotada

As diferentes correntes doutrinárias a explicar o tipo de negócio jurídico de preenchimento do órgão de administração não permitem concluir, de plano, por uma posição a ser adotada frente ao ordenamento jurídico pátrio.

A interpretação literal também não é conclusiva.

O único dispositivo que faria referência à natureza da relação entre os administradores e a sociedade seria o art. 157, §1º, ‘d’, da Lei 6.404/76, que determina a obrigação de os administradores de companhia aberta revelar à Assembléia Geral ordinária, a pedido de acionistas que representem 5% ou mais do capital social, as

³⁰⁷ L. BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anônimas*, op. cit., pp. 732/740.

³⁰⁸ L. BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anônimas*, op. cit., p. 740

³⁰⁹ W. BULGARELLI, *Apontamentos sobre a responsabilidade do administrador das companhias*, op. cit., p. 92.

condições dos *contratos de trabalho* que tenham sido firmados pela companhia com os diretores e empregados de alto nível.

Apesar de indicar o contrato de trabalho a fundamentar a relação, a palavra ‘diretores’ não parece ter sido empregada em seu sentido próprio pelo legislador. Não haveria utilidade na prestação de informações das condições dos contratos dos diretores à Assembléia Geral ordinária porque, independentemente da corrente doutrinária a ser adotada, a deliberação de eleição dos diretores pelo Conselho de Administração, na companhia aberta, com a fixação das atribuições, deve ser realizada em ata de reunião, arquivada no registro do comércio e publicada, nos termos do art. 142, §1º, da Lei 6.404/76. Outrossim, a remuneração dos diretores é estabelecida, no montante global ou individual, pela própria Assembléia Geral, que deve especificar os benefícios de qualquer natureza e verbas de representação, nos termos do art. 152, caput. Logo, não haveria utilidade em prestar informações sobre contratos cujas condições e remunerações são necessariamente registradas em atas, arquivadas e publicadas.

Outrossim, as demais alíneas evidenciam hipóteses em que a informação não estaria facilmente disponível aos acionistas. Notadamente em grandes companhias abertas, o número dos valores mobiliários de emissão da companhia adquirido ou alienado pelo administrador, as opções de compra de ações que este tiver contratado ou exercido e os benefícios ou vantagens indiretas ou complementares que o administrador tenha recebido ou esteja recebendo não são informações facilmente acessíveis aos investidores, ao contrário das condições contratuais dos administradores, obrigatoriamente registradas.

A referência ao contrato de trabalho dos diretores, nestes termos, não indica a relação entre a sociedade e os membros do órgão de administração, mas parece indicar as relações com os empregados de alto nível da companhia, intitulados impropriamente de diretores. Segundo M. CARVALHOSA, “tal denominação é costumeira nas grandes companhias, onde se atribuem a empregados de alto nível títulos funcionais, como por exemplo, diretor de marketing, diretor de processamento de dados etc. (...) São essas pessoas de alto nível salarial, ou seja, os executivos ou profissionais especializados, que ganham altos salários diretos e indiretos, a que a lei se refere”³¹⁰.

³¹⁰ M. CARVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. III, *op. cit.*, p. 338. Em sentido diverso, mas que também sustenta a impropriedade da expressão ‘contrato de trabalho’ utilizada, F. MARTINS alega que pretende a Lei apenas “que os acionistas conheçam da remuneração desses gestores dos negócios sociais para ver se, assim, há prejuízos para os acionistas” (F. MARTINS, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, *op. cit.*, p. 592).

À míngua de uma conclusão diante das diversas correntes doutrinárias e da interpretação literal da Lei 6.404/76, cumpre analisar os elementos essenciais da relação contratual e verificar, em qual dos tipos contratuais propostos, o contrato de preenchimento de função, se é que em algum deles, poderia ser inserido.

2.1 Partes

Com esse intuito, o primeiro aspecto a ser apreciado envolve as características dos pólos da relação contratual, que devem ser apreciados segundo a quantidade, capacidade dos sujeitos, requisitos, impedimentos e inelegibilidades.

2.1.1 Quantidade de partes

Quanto à diversidade de pólos da relação, o contrato de preenchimento da função de administrador é celebrado por apenas duas partes.

Em um dos pólos figura a sociedade, a qual declara sua vontade através da Assembléia Geral ou do Conselho de Administração. Ao manifestar a vontade, através do poder de apresentação, o órgão social declara uma vontade que é imputada à pessoa jurídica. A declaração não é emitida pelos acionistas, integrantes dos órgãos sociais, mas sim pela própria sociedade, a qual é a única a figurar nesse pólo da relação contratual.

No outro pólo da relação jurídica figura somente o eleito, ainda que vários administradores tenham sido eleitos pela Assembléia ou pelo Conselho. O afirmado, todavia, não obsta que as eficácias das relações sejam condicionadas umas as outras, de modo que terminada a função de um dos administradores a dos demais também se resolve. A referida cláusula é, contudo, meramente acidental³¹¹. A relação jurídica com cada eleito, assim, é exclusiva e juridicamente independente.

³¹¹ Nesse sentido, L. BRITO CORREIA, para quem “mesmo nesses casos, há, juridicamente, um contrato de administração com cada um dos administradores. Pode, quando muito, admitir-se que tal espécie de compromisso implica a inclusão em cada um desses contratos de uma cláusula condicionando, suspensiva e/ou resolutivamente, a sua existência à existência dos outros. Mas trata-se sempre de uma situação acidental, a observar caso a caso” (L. BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anônimas*, *op. cit.*, p. 521).

Como consequência, os planos da existência e da validade do preenchimento da função por um dos administradores não são dependentes do exercício da função por outro eleito. A invalidade da nomeação de um dos eleitos não afeta a existência ou validade da nomeação dos demais.

Logo, no contrato entre o administrador e a sociedade, há duas partes somente na relação, sociedade e administrador.

A dualidade de partes, todavia, está presente também nos demais tipos contratuais abordados. No contrato de emprego³¹², figuram apenas o empregador e o empregado na relação contratual e inexistente qualquer participação de terceiro. Ainda que diversos empregados sejam contratados ao mesmo tempo, a relação entre estes e o empregador é única, singular e independente da relação com o outro empregado.

O mesmo ocorre com os contratos de mandato e de prestação de serviço. Nestes, apresentam-se exclusivamente duas partes contratuais, o mandante e mandatário, ou o contratante e prestador do serviço.

A quantidade de partes, portanto, não permite a diferenciação entre as figuras.

2.1.2 Capacidade

Igual conclusão não se apresenta em relação à capacidade do administrador.

Quanto à capacidade, a Lei 6.404/76 é omissa em seus dispositivos. Diante de sua omissão, aplicável o art. 1.089, do Código Civil, que assegura a regência supletiva do Código às sociedades anônimas. Nestes termos, o art. 1.011, §2º, do Código Civil, determina que se aplicam à atividade dos administradores, no que couber, as disposições concernentes ao mandato.

³¹² Segundo S. PINTO MARTINS, embora o art. 442, da CLT, faça alusão ao contrato de trabalho, que é a denominação corrente, tecnicamente o mais correto seria fazer referência a contrato de emprego. Na redação do autor, “contrato de trabalho é gênero, e compreende o contrato de emprego. Contrato de trabalho poderia envolver qualquer trabalho, como o do autônomo, do eventual, do avulso, do empresário etc. Contrato de emprego diz respeito à relação entre empregado e empregador e não a outro tipo de trabalhador. Daí por que se falar em contrato de emprego, que fornece a noção exata do tipo de contrato que estaria sendo estudado, porque o contrato de trabalho seria o gênero e o contrato de emprego, a espécie” (S. PINTO MARTINS, *Direito do trabalho*, op. cit., p. 114).

A capacidade exigida do mandatário, todavia, não pode ser estendida ao administrador. Para ser administrador, imprescindível a plena capacidade de exercício, o que não se coaduna com a excepcional autorização para que possa ser relativamente incapaz, tal como o mandatário.

A primeira razão a fundamentar a não aceitação de um menor púbere a desempenhar a função consiste na maior autonomia do administrador na tomada de decisões. Ainda que o mandatário possua âmbito de discricionariedade em sua atuação, sua autonomia é em muito inferior à do administrador, já que deve ficar adstrito à estipulação contratual do mandato e às diretrizes do mandante. Por seu turno, o administrador não somente expressa a vontade do ente coletivo a terceiros, no caso do diretor com poderes de apresentação, como também forma a vontade social no desempenho de seus poderes de gestão, o que exige plena capacidade e discernimento para especificar o interesse social diante do caso concreto.

Não obstante, o administrador é responsável em face da sociedade quando proceder dentro de suas atribuições com culpa ou dolo. Sua responsabilidade, assim, é incompatível com as regras gerais de responsabilização por obrigações contraídas por menor, cuja responsabilidade é subsidiária e ainda quantificada equitativamente, desde que não o prive do fundamental à sobrevivência, como dispõe o art. 928, do Código Civil.

Era em razão dessa responsabilidade que a doutrina sustentava, anteriormente ao Código Civil, que o menor não poderia sequer participar de sociedade limitada como cotista, ainda que o capital social estivesse totalmente integralizado, embora pudesse ser acionista, desde que a ação fosse integralizada. Isso porque, com a ação, nenhuma obrigação patrimonial poder-lhe-ia ser imposta. Não ocorreria o mesmo com a cota, já que, ainda que integralizada, o cotista menor poderia ser responsabilizado solidariamente em razão do descumprimento de obrigações por outros cotistas³¹³.

³¹³ Nesse sentido, R. REQUIÃO, *Curso de direito comercial*, v. I, 24ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 429. Para E. L. TEIXEIRA, “há, todavia, uma circunstância que fala em desfavor do ingresso de menores nas sociedades por quotas embora integralmente realizado o capital social. É que na hipótese de os sócios, em maioria, votarem o aumento do capital social sem integralizá-lo imediatamente, o menor encontrar-se-ia em situação insegura, visto como ficaria, em caso de falência, responsável pela integralização das quotas não liberadas. Existindo sempre esse risco, eis que a lei brasileira ao contrário da francesa e da espanhola, por exemplo, não exige a realização imediata de todo o capital social no ato da subscrição ou do aumento, é de rigor afastar os menores das sociedades por quotas, prescrevendo a anulabilidade da sua subscrição. Risco igual existiria na hipótese de o valor atribuído à contribuição in natura de alguns dos sócios não corresponder à realidade e dessa circunstância resultar prejuízo para terceiros” (E. L. TEIXEIRA, *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*, op. cit., p. 47). Contrário ao referido entendimento, J. EUNÁPIO BORGES. Para este autor, “se o capital da sociedade foi integralizado, não vemos motivo para que os menores sejam

O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 82.433 – SP, rel. Min Xavier de Albuquerque, DU 08/07/1976, não acolheu a tese exposta, embora tenha excluído os menores de participarem da administração da sociedade, conforme a ementa: “Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Participação de menores, com capital integralizado e sem poderes de gerência e administração como cotistas – Admissibilidade reconhecida, sem ofensa ao art. 1º do Código Comercial”.

Com base no entendimento expresso no Acórdão, o DNRC emitiu o ofício circular nº 22, de 1976, que determinou que “tendo em vista que a jurisprudência é fonte de lei e, como as decisões do STF a tornam exigível em casos análogos, entende o DNRC que, doravante, as Juntas Comerciais devem aceitar e definir os contratos sociais onde figurem menores impúberes, desde que as suas cotas estejam integralizadas e não constem nos contratos sociais atribuições aos mesmos, relativas à gerência e administrações”.

Embora houvesse dúvida, portanto, quanto ao ingresso de menores na condição de cotistas, não persistia a divergência doutrinária quanto à vedação de serem atribuídos poderes de administração aos não plenamente capazes.

Atualmente, manifesta-se em sentido contrário M. CARVALHOSA, para quem “a representação legal, exercida em razão da incapacidade pessoal do acionista, como a do menor, a do interdito e a do espólio, capacita o mandatário legal a assumir plenamente os direitos inerentes à ação, ainda que o faça em nome do mandante. Este, como não pode exercer por falta de capacidade civil o cargo de conselheiro, transfere ao representante legal, enquanto exercer o mandato, o direito de ser eleito membro do conselho de administração”³¹⁴. Aparentemente, assim, para o autor, os incapazes poderiam ser eleitos como administradores, embora o exercício de sua função deva ser realizado pelo representado através de seus representantes.

A posição, contudo, deve ser rechaçada. A responsabilização do administrador aliada à necessidade de capacidade plena para a formação da vontade social são incompatíveis ao exercício dos poderes de administração por pessoas não plenamente

impedidos de adquirir cotas, seja na qualidade de herdeiros, seja como cessionários. Sua situação é absolutamente a mesma do acionista menor de uma sociedade anônima. E, pelos mesmos motivos já explanados, consideramos arbitrária a pretensão de afastar o menor da sociedade por cotas, limitada, com fundamento nos arts. 308 e 335, nº 4, do Cód. Comercial” (J. EUNÁPIO BORGES, *Sociedades de pessoas e sociedades de capital – a sociedade por cotas de responsabilidade limitada*, in *Revista Forense*, nº 128, Rio de Janeiro, Forense, p. 355).

³¹⁴ M. CARVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. III, *op. cit.*, pp. 67/68.

capazes. Ainda que a exigência de pleno discernimento para especificar o interesse social pudesse ser suprida pela atuação através do representante legal, este último agiria em nome do representado, o qual, portanto, continuaria a figurar como administrador. O incapaz, entretanto, somente responderia pelos prejuízos que causasse se as pessoas por ele responsáveis não tivessem obrigação de fazê-lo ou não dispusessem de meios suficientes, o que seria incompatível com a responsabilidade do administrador.

A plena capacidade, contudo, não é exigida do mandatário para a consecução do negócio jurídico que lhe incumbe no cumprimento do mandato.

Na lição de PLÁCIDO E SILVA, “o mandatário não é contratante nem convencionaria acerca dos atos ou negócios autorizados no mandato. É simplesmente o instrumento o nudus minister, utilizado pelo mandante para que se cumpram os objetivos do mandato”³¹⁵.

No contrato de mandato, as obrigações contraídas através do mandato recaem sobre o mandante e o terceiro, os quais são os que assumem a obrigação de adimplir o objeto do contrato celebrado pelo mandatário. O mandatário não assume os negócios contratados e não se vincula à avença, razão pela qual o mandato pode ser excepcionalmente conferido ao incapaz. Mas não a todo e qualquer incapaz. O art. 666, do Código Civil, determina que somente os relativamente incapazes, maiores de 16 anos e menores de 18 não emancipados, podem ser constituídos mandatários.

Nesse ponto, PLÁCIDO E SILVA diverge do dispositivo. Sustenta que a incapacidade, quer relativa quer absoluta, não é impeditiva da aceitação do mandato pelo mandatário. Os incapazes não previstos na legislação poderiam aceitar o contrato de mandato, mas, da mesma forma que os menores púberes, a aceitação não permitiria a sujeição à obrigação do contrato de mandato, como, por exemplo, na hipótese do mandatário agir com culpa e causar prejuízos³¹⁶.

Com essa corrente doutrinária, todavia, não se pode concordar. Ainda que a obrigação contratada não recaia sobre o mandatário, em regra, o contrato é celebrado pelo mandatário, embora em nome do mandante. O mandatário não transmite simplesmente a vontade do mandante. “Ele possui uma margem de discricionariedade na sua atuação, devendo examinar a oportunidade de celebrar ou não o negócio, nas condições em que se

³¹⁵ O. J. PLÁCIDO E SILVA, *Tratado do mandato e prática das procurações*, v. I, 3ª ed., Rio de Janeiro, Guairá, 1959, p. 120.

³¹⁶ O. J. PLÁCIDO E SILVA, *Tratado do mandato e prática das procurações*, v. I, *op. cit.*, p. 122.

apresenta. Portanto, o mandatário não se confunde com o núncio ou mero mensageiro, do qual apenas se exige a capacidade material de transmitir a declaração negocial de outrem”³¹⁷.

Outrossim, a prática de negócios jurídicos, independentemente de representação ou assistência, exige, pelo ordenamento jurídico pátrio, ordinariamente, a plena capacidade de exercício de direitos. A interpretação extensiva a outros incapazes, assim, é vedada pelo ordenamento. A permissão à celebração de contrato por relativamente incapaz deve ser interpretada, portanto, restritivamente, pois exceção à regra geral, de modo que somente os relativamente incapazes, menores entre 16 e 18 anos, podem ser mandatários.

Essa excepcional autorização para que possa ser mandatário o relativamente incapaz menor púbere não se coaduna, portanto, com os requisitos exigidos dos administradores de sociedades.

O contrato de trabalho também possui regra distinta. A Constituição Federal, em seu art. 7º, XXXIII, através da redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, ao contrário do que dispunha o art. 403, da CLT, determinou que somente podem exercer trabalho o maior de 16 anos, salvo na condição de aprendiz, a partir dos 14 anos.

Nestes termos, possível ao maior de 16 anos a vinculação ao contrato de trabalho. A aprendizagem, por outro lado, também é considerada advinda de contrato de trabalho, ainda que especial, e já pode ser estabelecida com aprendiz a partir dos 14 anos de idade, conforme art. 428, da CLT.

A inadequação da capacidade do administrador também se apresenta frente ao contrato de prestação de serviços. Este último regula-se pelas regras ordinárias de capacidade para a celebração do negócio jurídico. O contrato de prestação de serviço, nestes termos, pode ser celebrado com incapaz ou relativamente incapaz, desde que representado ou assistido, respectivamente, pelo representante legal.

³¹⁷ L. G. LOUREIRO, *Curso completo de direito civil*, 2ª ed., São Paulo, Método, 2009, p. 542

2.1.3 Pessoa natural, acionista para o conselheiro, e residente no Brasil para o diretor

No Decreto-Lei 2.627/1940, não havia qualquer previsão do requisito de ser o administrador pessoa natural, o que provocava divergência entre os juristas pátrios³¹⁸.

De modo a resolver a controvérsia doutrinária, o projeto de lei de alteração da Lei das Sociedades por Ações previa a admissão da pessoa jurídica para exercer cargo de administração. Segundo a exposição de motivos, “solução útil e eficaz, que traduz o reconhecimento, pela lei, da realidade da vida econômica: é que quando os sócios são, também, pessoas jurídicas, a verdade subjacente é que a pessoa natural eleita para a gestão da sociedade é sempre, e apenas, um delegado do sócio pessoa jurídica”³¹⁹. Nesse sentido, o Projeto dispunha que “poderão ser eleitos para membros dos órgãos de administração pessoas naturais ou jurídicas, acionistas ou não, devendo no mínimo dois terços dos membros do Conselho de Administração e todos os diretores ser pessoas naturais residentes no País ou pessoas jurídicas brasileiras, e o Presidente do Conselho de Administração ser pessoa natural residente no país”³²⁰.

O dispositivo do projeto, contudo, não permaneceu conforme sua redação original. Segundo R. REQUIÃO, o artigo do projeto foi emendado em decorrência das várias críticas “de certos setores nacionalistas do Congresso Nacional, que viam nessa franquia uma ameaça às empresas nacionais, que poderiam ser desnacionalizadas através da administração de sociedades-pessoas jurídicas estrangeiras”³²¹.

Desta forma, as emendas do projeto geraram a redação atual do art. 146, da Lei 6.404/76, que determinou que somente podem ser eleitos para membros dos órgãos de

³¹⁸ Para T. M. VALVERDE, “se bem que, em princípio, nenhum obstáculo haja quanto à nomeação de pessoas jurídicas para os cargos de administração, as nossas leis, como, em regra, as estrangeiras, não autorizam, expressamente, a nomeação e só aludem às pessoas naturais, principalmente quando regulam a responsabilidade civil e penal dos administradores. Consequentemente, só as pessoas naturais têm, qualidade para exercer os cargos de administração das sociedades anônimas (T. M. VALVERDE, *Sociedades por ações*, v. II, *op. cit.*, pp. 15-16. No mesmo sentido, J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. IV, *op. cit.*, p. 45, e W. S. C. Batalha, *Sociedades anônimas e mercado de capitais*, v. II, *op. cit.*, p. 633. Em sentido contrário, C. F. CUNHA PEIXOTO, *Sociedade por ações*, v. IV, São Paulo, Saraiva, 1973, pp. 9-10.

³¹⁹ Exposição de motivos nº 196, de 24 de junho de 1976.

³²⁰ R. REQUIÃO, *Manual de Direito Comercial*, v. II, *op. cit.*, p. 185-186.

³²¹ R. REQUIÃO, *Manual de Direito Comercial*, v. II, *op. cit.*, p. 185-186.

administração, tanto para a Diretoria quanto para o Conselho de Administração, pessoas naturais.

Não são poucos os doutrinadores, todavia, que criticam o dispositivo. Para M. CARVALHOSA, a proibição de as pessoas jurídicas atuarem como administradores gira em torno da dificuldade de responsabilização. Mas o óbice não é sustentável. A pessoa jurídica possui igual capacidade civil que a pessoa natural e, quanto à responsabilidade, a pessoa jurídica garantiria “melhor os interesses de terceiros, pois a solidariedade atinge diretamente o seu patrimônio, cuja importância é obviamente maior do que a do administrador pessoa física”³²².

Para O. BARRETO FILHO, a proibição de figurar pessoas jurídicas em funções de administração desnatura o próprio Conselho de Administração, já que as pessoas jurídicas podem ser acionistas da companhia, mas não podem participar diretamente do Conselho, e a função deste seria exatamente a de expressar as orientações dos acionistas, com interesse direto nos rumos da empresa³²³.

O mesmo artigo 146, da Lei 6.404/76 exigiu, ainda, a condição de acionista para os membros do Conselho de Administração, embora a restrição não ocorra para os diretores.

O intuito do legislador ao exigir a qualidade de acionista aos membros do Conselho de Administração era o de que os conselheiros, nas palavras de H. M. D. VERÇOSA, “tivessem uma ligação mais profunda e duradoura com a sociedade, do que resultaria, em tese, maior diligência no desempenho das atribuições próprias”³²⁴.

³²² M. CARVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. III, *op. cit.*, p. 197.

³²³ O. BARRETO FILHO, *Estrutura administrativa das sociedades anônimas*, *op. cit.*, p. 80. Em sentido análogo, F. MARTINS. Para o autor, “não há razões que justifiquem o afastamento de uma pessoa jurídica da administração da companhia, principalmente do Conselho de Administração. Pelo contrário, parece-nos que, nos casos das companhias holdings, necessária se faz a participação de pessoa jurídica nos órgãos de administração das mesmas” (F. MARTINS, *Comentários à lei das sociedades anônimas* *Comentários*, *op. cit.*, 548). Para o autor, a responsabilidade do administrador, caso pessoa jurídica, não seria prejudicada ou diluída na pessoa jurídica se a lei simplesmente estabelecesse, como previsto na exposição de motivos, que o representante da administradora responderia individualmente pelos atos, assim como também responderia solidariamente a pessoa jurídica administradora (F. MARTINS, *Comentários à lei das sociedades anônimas* *Comentários*, *op. cit.*, p. 548).

³²⁴ H. M. D. VERÇOSA, *Curso de direito comercial*, v. III, *op. cit.*, p. 422. Para o autor, no entanto, “a falta de exigência de uma participação mínima, permitida a eleição, como se disse acima, até mesmo de um acionista preferencialista titular de uma única ação desta espécie, veio a esvaziar completamente a finalidade pretendida” (H. M. D. VERÇOSA, *Curso de direito comercial*, v. III, *op. cit.*, p. 422).

À restrição aos membros do Conselho de Administração é imposta uma exceção. Pode o conselheiro ser representante dos empregados, nos termos do art. 140, parágrafo único, da Lei das S.A.s, o que dispensaria sua condição de acionista.

Exigiu a Lei societária, ainda, a condição de ser residente no país, mas somente aos diretores, condição que já era estipulada no Dec. Lei 2.627/1940³²⁵.

A diferença entre o requisito para diretores e conselheiros decorre da disparidade de funções. A participação assídua dos diretores na condução da empresa, com a direção da atividade e a representação perante terceiros, exigiria que os diretores residissem no país. Ainda sob a vigência do Dec. Lei 2.627, T. M. VALVERDE lecionava que a necessidade de residência do diretor “atende à necessidade de se vincular o diretor ao cargo, único meio de tornar efetiva a sua responsabilidade. Não se concebe, aliás, que um diretor de sociedade anônima exerça, permanentemente, as suas funções fora do país onde ela tem a sede”³²⁶.

Por seu turno, quanto aos membros do Conselho de Administração, a ausência de poderes de representação limita suas atividades praticamente a deliberações periódicas, o que torna desnecessário sua estadia duradoura no país.

É nesse exato sentido que a Exposição de Motivos justificou as restrições à residência do diretor e sua não extensão ao membro do Conselho de Administração: “o requisito de residência dos diretores, constantes da lei atual e mantido pelo projeto, se explica pela necessidade da presença, no local em que funciona a empresa, daqueles que a dirigem permanentemente e a representam perante terceiros. Os membros do conselho de administração não exercerão essa direção permanente, nem terão poderes de representação da companhia; mas – à semelhança dos acionistas – reunir-se-ão, periodicamente, para adotar deliberações. Fora dessas reuniões, não exercerão qualquer função administrativa”³²⁷.

No contrato de emprego, à semelhança do que ocorre com o administrador, exige-se que o empregado seja pessoa física ou natural. Nestes termos o art. 3º, da CLT,

³²⁵ O projeto da Lei 6.404 permitia a eleição de até 1/3 de membros do Conselho de Administração não residente no país. Através de emenda, todavia, foi aprovado como texto original da Lei 6.404 a obrigação de todos os conselheiros serem residentes no país. A Lei 10.194/2001 alterou a redução do art. 146 da Lei 6.404 e permitiu que os conselheiros não mais fossem residentes no Brasil.

³²⁶ T. M. VALVERDE, *Sociedades por ações*, v. II, *op. cit.*, p. 14.

³²⁷ Exposição de motivos nº 196, de 24 de junho de 1976.

determina que se considera empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

A restrição à pessoa jurídica no contrato de emprego decorre do microsistema protetor criado pelo direito do trabalho. Sua construção é baseada na tentativa de garantir a vida, saúde, integridade e lazer do empregado, valores existentes na pessoa natural, mas não tuteláveis nas pessoas jurídicas³²⁸. Assim, somente a pessoa física pode ser considerada empregada.

Por seu turno, a condição de acionista da sociedade não é exigida no contrato de trabalho, assim como também não o é a residência no Brasil.

A condição de empregado é compatível, a princípio, com a qualificação de acionista. Possível que um dos acionistas seja contratado pela sociedade, do mesmo modo que é possível atribuir aos empregados, como parte da remuneração ou prêmios, ações da companhia. A condição de acionista torna-se um requisito negativo para a caracterização da relação de emprego nas hipóteses em que a quantidade de ações seja de tal quantidade que transforme o empregado em subordinante. Para A. MASCARO NASCIMENTO, “será um número que lhe dê condições de influir nos destinos da sociedade em dimensão expressiva”³²⁹.

Outrossim, a relação de emprego pode ser caracterizada tanto se o empregado exercer suas funções no estabelecimento do empregador, quanto se trabalhar no seu próprio domicílio. O art. 6º, da CLT, não faz qualquer diferenciação entre trabalho realizado no estabelecimento do empregador e no domicílio do empregado, desde que presentes os requisitos da relação de emprego. Logo, nada impede que o empregado trabalhe em sua residência e que esta seja fixada fora do Brasil.

Em suma, a exigência de o administrador ser pessoa física é conforme a regulamentação do contrato de trabalho, a qual, todavia, não se identifica com as exigências da qualidade de acionista ao conselheiro e da residência no Brasil ao diretor.

Por seu turno, nenhum dos requisitos especificados é exigido nos contratos de mandato ou de prestação de serviços, os quais podem ter como mandatário ou prestador do serviço tanto a pessoa física quanto a pessoa jurídica, acionistas ou não acionistas, residentes no Brasil ou no exterior.

³²⁸ A. MASCARO NASCIMENTO, *Iniciação ao direito do trabalho*, 26ª ed., São Paulo, LTr, 2000, p. 153.

³²⁹ A. MASCARO NASCIMENTO, *Iniciação ao direito do trabalho*, *op. cit.*, p. 181.

2.1.4 Impedimentos e inelegibilidades

Não é toda e qualquer pessoa que apresente os requisitos que pode ser administrador de uma sociedade anônima. A Lei, em seu art. 147, estabelece situações que impedem a eleição para o exercício do cargo de administração por determinadas pessoas.

As causas de inelegibilidade, salvo a hipótese de condenação administrativa pela Comissão de Valores Imobiliários, já constavam no art. 116, §§3 e 4º, do Dec-Lei nº 2.627/1940. Como são hipóteses restritivas, sua enumeração deve ser considerada taxativa, embora a lei expressamente preveja o estabelecimento de outros impedimentos e inelegibilidades por leis especiais.

São inelegíveis como administradores “as pessoas impedidas por lei especial, ou condenadas por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato, contra a economia popular, a fé pública ou a propriedade, ou a pena criminal que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos”. São ainda inelegíveis para as funções administrativas na companhia aberta as pessoas declaradas inabilitadas pela Comissão de Valores Imobiliários.

A vedação procurou proteger a companhia de um eventual desvio da administração para a realização de interesses próprios, em detrimento da persecução do interesse social.

Aos conselheiros foi imposta ainda, por alteração realizada pela Lei 10.303/2001, a condição de terem reputação ilibada. Ademais, salvo dispensa da assembléia geral, não podem ocupar cargos em sociedades concorrentes ou terem interesse conflitante com a sociedade.

Estas últimas restrições procuram garantir o próprio desempenho das funções do Conselho de Administração. Como a competência deste é orientar o desenvolvimento da atividade da companhia, estabelecendo as linhas gerais de atuação, os conselheiros teriam contato com diversas informações essenciais à companhia, cuja disponibilização pela diretoria poderia ser comprometida na hipótese de risco da informação relevante ser passada à sociedade concorrente.

Outrossim, o conselheiro ocupante de cargo em sociedade concorrente incidiria em violação de seus deveres, quer ativamente, ao não orientar a companhia na maximização de seus resultados (escopo-meio do interesse social), quer por omissão, ao não fornecer informação sobre oportunidades comerciais. Segundo M. CARVALHOSA, “a satisfação do interesse de um concorrente implicaria prejuízo do interesse do outro. Haveria, no caso, uma situação conflituosa, na medida em que a satisfação do interesse de uma empresa concorrente somente poderá ocorrer mediante o sacrifício do interesse da outra”³³⁰.

A vedação de eleição de pessoa em situação de conflito de interesse é hipótese análoga à de pessoa ocupante de cargo em sociedade concorrente. No conflito, todavia, a concorrência não é com terceira sociedade, mas com o próprio candidato a administrador. Nestes termos, será inelegível pessoa que tenha o interesse de contratar com a sociedade.

A eleição do Conselheiro com interesse conflitante é vedada, *salvo autorização da assembléia*, ainda que a contratação seja realizada em benefício da companhia, pois o conflito é formal ou *a priori*. Como óbice à eleição do conselheiro, desnecessário apurar se a contratação é benéfica e o conflito é substancial, pois a simples existência de interesse contraposto ao da sociedade já impede a eleição do conselheiro, que não poderia formar livremente a vontade da sociedade e também figurar no pólo oposto da relação contratual³³¹.

Quanto aos contratos de trabalho, mandato e prestação de serviço, nenhum impedimento ou inelegibilidade impede a contratação do trabalhador, mandatário ou prestador do serviço, os quais são de livre escolha pelo contratante.

2.2 Objeto

Além das características das partes, cumpre apreciar a adequação do conteúdo do contrato de preenchimento do órgão de administração à relação empregatícia, de prestação de serviço e de mandato.

³³⁰ M. CARVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. III, *op. cit.*, p. 205.

³³¹ Nesse sentido, M. CARVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. III, *op. cit.*, p. 209.

2.2.1 Tipo de prestação

A função do administrador de sociedade, como resulta da própria definição do termo, é a de praticar uma atividade, um conjunto de atos destinados a que a companhia obtenha seu interesse social. Para tanto, o primeiro ponto relevante é o poder-dever de o administrador praticar, no âmbito de sua atividade, negócios jurídicos e/ou atos materiais.

Diante da diversidade de classificações dos fatos jurídicos, necessário esclarecer o sentido a que se faz referência ao mencionar os atos materiais.

Dentre os atos jurídicos em sentido estrito, ou seja, ações humanas que provocam efeitos jurídicos, como a aquisição, conservação, transferência, modificação ou extinção de direitos, figuram os atos materiais. “Os atos materiais são expressão de simples atuação da vontade, manifestações do comportamento humano, nas quais o elemento intencional é irrelevante, eis que não têm a finalidade de produzir evento psíquico na mente de outrem. Não se destinam a ser levados ao conhecimento de outras pessoas”³³².

O ato material provoca efeito jurídico em decorrência do comportamento do sujeito. O efeito jurídico depende do comportamento do agente e é produzido independentemente da ciência pelo agente de que o seu comportamento provocaria o determinado efeito jurídico³³³.

Partindo dessa premissa, ao administrador é imposta a realização tanto de negócios jurídicos como de atos materiais. Tal conclusão resulta de ser função do administrador, no exercício de sua atividade, orientar a sociedade na persecução do objeto social, tanto internamente, com a direção da atividade econômica, quanto externamente, com a realização perante terceiros dos atos necessários ao seu regular desenvolvimento.

O poder de apresentação da companhia envolve, decerto, a prática de negócios jurídicos, na medida em que o administrador manifesta perante terceiros a vontade da companhia, com o objetivo de criar, modificar ou extinguir direitos.

Por seu turno, na atividade administrativa interna, dentro do poder de gestão, também são compreendidos os atos materiais. Como ato material, podem ser indicados a confusão, comissão ou adjunção realizada pelo administrador dentro do processo

³³² O. GOMES, *Introdução ao direito civil, op. cit.*, p. 201.

³³³ O. GOMES, *Introdução ao direito civil, op. cit.*, p. 202.

produtivo, assim como a direção e organização interna dos recursos ao desenvolvimento da atividade da companhia, já que não existiria uma declaração de vontade da pessoa jurídica, como típico elemento do negócio jurídico.

Aos diretores, a prática de negócios jurídicos e de atos materiais é determinada pelo art. 144, da Lei 6.404/76, que assegurou o poder dever, no silêncio do estatuto e inexistindo deliberação do Conselho de Administração, de qualquer diretor de representar a companhia e praticar os atos necessários ao seu funcionamento regular.

Aos membros do Conselho de Administração, por outro lado, a lei assegurou a prática de atos materiais com o poder dever de, nos termos do art. 142, da Lei das S.A., fixar a orientação geral dos negócios da companhia, fiscalizar a gestão dos diretores, examinar os livros e papéis da companhia, manifestar-se sobre o relatório da administração e as contas da diretoria, sobre atos ou contratos, deliberar sobre a emissão de ações ou de bônus de subscrição, autorizar a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais e a prestação de garantias a obrigações de terceiros.

A prática de negócio jurídico pelos Conselheiros, por sua vez, foi garantida ao menos em uma hipótese, a de eleição dos diretores da companhia. Ao menos nessa situação, foram garantidos aos membros do Conselho de Administração poderes para declararem a vontade da companhia a terceiros com o intuito de criar, modificar ou extinguir direitos.

Logo, a atividade do administrador envolve a prática tanto de atos jurídicos quanto de atos materiais.

No contrato de mandato regulado pela legislação brasileira, à semelhança da relação de administração, pode existir a obrigação de o mandatário praticar tanto negócios jurídicos como atos materiais.

Na legislação portuguesa, o art. 1.157, do Código Civil, estabeleceu que a obrigação do mandatário se caracteriza exclusivamente pela prática de negócios jurídicos. Ao comentar o art. 1.157, do Código Civil Português, L. BRITO CORREIA afirmou que “o mandato civil pode ter por objeto negócios jurídicos, mas também atos jurídicos não negociais. Atos materiais é que não podem ser objeto exclusivo ou principal do mandato

civil, embora, obviamente, possam ser objeto acessório ou instrumental (preparatório ou executivo)³³⁴.

Sobre a legislação francesa, M. PLANIOL e G. RIPERT esclareceram que o mandato também ficaria restrito aos negócios jurídicos e não envolveria os atos materiais, o que inclusive diferenciaria o contrato de mandato do contrato de locação de serviços³³⁵.

Na legislação brasileira, o mandato era regido pelo art. 1.228, do Código Civil/1916, cuja redação foi reiterada no art. 653, do Código Civil vigente. Segundo os dispositivos, opera-se o mandato quando alguém recebe de outrem poderes para, por conta de outrem, praticar atos ou administrar interesses³³⁶.

Para J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, o mandato versaria somente sobre negócios jurídicos, que deveriam ser executados em nome do mandante³³⁷. O dispositivo da lei, entretanto, não faz qualquer restrição à prática somente de negócios jurídicos pelo mandatário. Dentre os atos indicados, bem como os necessários para administrar interesses, podem figurar os negócios jurídicos, mas também os atos materiais, em que o comportamento do agente possui maior importância que sua intenção de produzir o determinado efeito jurídico.

Nestes termos, O. GOMES sustenta que, para qualificar o contrato de mandato, “recorre-se à qualidade dos atos a cuja prática se obriga o mandatário, havendo mandato, se for incumbido de realizar atos jurídicos, embora também possa encarregar-se da prática de atos materiais”³³⁸. Por seu turno, PLÁCIDO E SILVA sustenta que “o mandatário age em nome do mandante, fazendo um negócio ou praticando um ato por ele”³³⁹. De maneira análoga, F. C. PONTES DE MIRANDA também afirma que o mandato possa compreender a prática de negócios jurídicos e de atos materiais. Para o autor, o mandato, no direito

³³⁴ L. BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anônimas*, op.cit., p. 530.

³³⁵ Para os autores, “la mission du mandataire consistant essentiellement à passer pour le mandant des actes juridiques, tandis que le louage d’ouvrage ou de services a pour objet un travail quelconque” (M. PLANIOL e G. RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, t. XI, Paris, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence, 1932, p. 768).

³³⁶ Embora o artigo, em sua interpretação literal exija a prática ‘em nome de outrem’, a redação é equivocada, como já se sustentou, haja vista que não é pressuposto do mandato a outorga de poderes de representação.

³³⁷ J. X. CARVALHO DE MENDONÇA, *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. VI, t. II, 4ª ed., São Paulo, Freitas Bastos, 1947, p. 212. Em sentido idêntico, M. C. A. KROETZ sustenta que “o mandato é o contrato através do qual alguém é incumbido de praticar negócios jurídicos no interesse de outrem” (M. C. A. KROETZ, *A representação voluntária no direito privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, p. 46).

³³⁸ O. GOMES, *Contratos*, op. cit., p. 348.

³³⁹ O. J. PLÁCIDO E SILVA, *Tratado do mandato e prática das procurações*, v. I, op. cit., p. 83.

brasileiro, “não é limitado a negócios jurídicos: há mandato para atos jurídicos stricto sensu e para atos-fatos”³⁴⁰.

Nestes termos, predomina a prática do negócio jurídico a caracterizar o objeto do contrato de mandato, embora a prestação possa envolver também a prática de atos materiais.

Nos contratos de prestação de serviço e de trabalho, o objeto também pode consistir em um negócio jurídico ou em um ato material. O Código Civil, ao regular a prestação de serviço, estabelece, no art. 594, que toda a espécie de serviço ou trabalho lícito, material ou imaterial, sem qualquer ressalva, pode ser contratada mediante remuneração. Por seu turno, em sentido análogo, o art. 3º, da CLT, estabelece que se considera como prestação do contrato de emprego todos serviços, sem distinção entre o trabalho intelectual, técnico e manual.

Desta forma, aos que reputam a diferença entre o contrato de mandato e o contrato de prestação de serviço como residente justamente no tipo de prestação, a desnecessidade de representação e a admissibilidade de prática de negócios jurídicos e de atos materiais em ambas as figuras fizeram com que os contratos se identificassem a ponto de a diferença entre ambos ser indicada como “puramente de matiz, fazendo-se, menos por critérios de lógica jurídica, do que por inspiração de necessidades práticas, por ponderação de resultados”³⁴¹.

Portanto, a atividade do administrador consistente na prática de atos jurídicos e de atos materiais, em maior ou menor grau, conforme administrador diretor ou membro do Conselho de Administração, não permite a diferenciação entre os contratos.

³⁴⁰ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XLIII, *op. cit.*, p. 5. Segundo o autor, a natureza do ato que se exige de alguém é que distingue o mandato da prestação de serviços. “Quem exige limpar-se a vala, ou desviar-se o rio, não manda: é locatário de serviços, ou de obra; quem exige que alguém assine, pelo outorgante, o documento, ou interpele, ou intime a outrem, manda; quem exige que outrem adquira a posse para quem exige, ou abandone a posse que é de quem exige, manda. É contraente de serviços quem exige que outrem especifique, ou procure tesouro, ou escreva cartas; *porém o mandato pode ir até aí*” (F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XLIII, *op. cit.*, p. 5).

³⁴¹ O. GOMES, *Contratos*, *op. cit.*, p. 348

2.2.2 Interesse da atividade contratada

Elemento característico da relação entre o administrador e a sociedade consiste na finalidade de suas atribuições.

Nas sociedades anônimas brasileiras, o contrato de preenchimento de órgão de administração é celebrado no interesse da sociedade, embora interesses de terceiros e do próprio administrador também possam orientar a atividade administrativa, mas desde que coincidentes com o interesse do ente coletivo.

A vinculação do administrador ao interesse da companhia remonta à própria concepção dos ‘centros institucionais de poder’ como modo de integrar o contrato incompleto de sociedade e tornar efetiva a capacidade de exercício da pessoa jurídica. Diante da incapacidade da pessoa jurídica, por si própria, de avaliar o comportamento necessário à satisfação de uma necessidade não especificada no ato constitutivo em face de uma contingência fática surgida, o administrador avaliaria o interesse da sociedade no caso particular e formaria a vontade social, integrando o contrato plurilateral de organização.

Nos termos do art. 154, da Lei 6.404/76, assim, o administrador deve exercer as atribuições que a Lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e o interesse da companhia.

O interesse da companhia não se constitui, entretanto, pela simples soma dos interesses particulares das partes do contrato de constituição da sociedade. Como já concluímos outrora³⁴², o interesse social é a finalidade comum que motivou os sócios a constituírem a sociedade; é o objetivo comum que incentivou os sócios a unirem seus esforços em detrimento de uma satisfação individual de seu interesse particular.

Esse interesse comum consistiria no objetivo de um hipotético sócio médio, enquanto sócio, ou seja, destituído de interesses extra-sociais³⁴³. Caracterizar-se-ia pelo escopo-meio de desenvolvimento da atividade corporativa e pelo escopo fim de obter dividendos através de tal atividade³⁴⁴. É o que resulta da interpretação dos diversos dispositivos da Lei 6.404/76, que asseguram o escopo final mediante a garantia do

³⁴² Para maiores detalhes, meu *Tutela do interesse social nas deliberações assembleares*, *op. cit.*, cujas principais conclusões serão sumariamente expostas.

³⁴³ P. G. JAEGER, *L'interesse sociale*, *op. cit.*, p. 93; A. MIGNOLI, *L'interesse sociale*, *op. cit.*, p. 748.

³⁴⁴ A. MIGNOLI, *L'interesse sociale*, *op. cit.*, p. 748; P. G. JAEGER, *L'interesse sociale*, *op. cit.*, p. 185.

pagamento de dividendo obrigatório, inclusive em detrimento da constituição de reservas estatutárias e de retenção de lucros (art. 202 e 198), e o escopo meio, mediante a destinação obrigatória de 5% do lucro líquido para a constituição da reserva legal (art. 193).

Como já referimos, “o acolhimento da teoria que consagra o interesse social como interesse instrumental e final dos acionistas pode ser representado pelo artigo 199, ao regular o limite do saldo das reservas de lucros. Segundo o referido dispositivo, quando o saldo das reservas de lucros ultrapassar o limite do capital social, os acionistas deliberarão pela aplicação do excesso ou no aumento do capital social, como escopo-meio a possibilitar maior eficiência da empresa, ou na distribuição de dividendos, como escopo-fim”³⁴⁵.

A prevalência deste interesse social na prestação do administrador, contudo, não impede que interesses de terceiros sejam também considerados no desenvolvimento da atividade. Tal consideração, entretanto, somente pode ser feita acidentalmente, ou seja, desde que tais interesses sejam harmônicos ao interesse social.

A importância da condução da atividade administrativa segundo interesses de terceiros foi apregoada por teorias institucionalistas fundamentadas na função social da propriedade dos meios produtivos³⁴⁶. Influenciados por essas teorias, os redatores do projeto que veio a se converter na Lei. 6.404/76 objetivaram, com as novas regras, estimular o fortalecimento da indústria nacional³⁴⁷ e, para tanto, procuraram adotar uma posição conciliatória entre uma solução publicística e uma privatista³⁴⁸.

Diversos dispositivos da Lei das S.A., sob esta perspectiva, asseguraram a consideração do interesse de terceiros, tais como os artigos 116 e 117, ‘a’ e ‘b’, que estabeleceram as responsabilidades do controlador frente aos trabalhadores e à comunidade

³⁴⁵ *Tutela do Interesse Social nas Deliberações Assembleares, op. cit.*, p. 99

³⁴⁶ Como precursor das correntes institucionalistas W. RATHENAU sustentava que a Grande Empresa, constituída sob a forma de Sociedade Anônima não mais era adequada aos padrões familiares em que se a tinha concebido, mas havia se tornado um elemento de economia coletiva, mediante um fenômeno conhecido como *substituição de fundamento* (*Substitution des Grundes*). Para o autor, a Grande Empresa deveria passar a ser considerada como agente econômico de interesse público, com normas que garantissem a persecução de um interesse nacional, de toda a coletividade (W. Rathenau, *Do sistema acionário – uma análise negocial, op. cit.*, pp. 199-223).

³⁴⁷ *Exposição de Motivos nº 109*, de 24 de junho de 1976, do Ministério da Fazenda.

³⁴⁸ Para A. LAMY FILHO, com a reforma do Decreto-lei nº 2.627/, “as novas regras devem visar no campo privado ao aperfeiçoamento do instituto, e, no campo público ao seu controle mais eficaz por parte das autoridades” (A. LAMY FILHO, *A reforma da lei de sociedades anônimas, op. cit.*, p. 140).

em que a sociedade atua. No tocante especificamente à atividade administrativa, garantiu-se a consideração de interesses extra-sociais com a obrigação, consagrada no artigo 154, da Lei das Sociedades por Ações, de exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e o interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa.

Apesar dos dispositivos consagrarem interesses de terceiros no desenvolvimento da atividade da companhia, as normas mais orientam comportamento que prescrevem conduta e cominam sua desobediência com sanção. Embora o art. 154 obrigue o administrador a agir conforme o bem público e a função social da empresa, o art. 155 impôs o dever de lealdade somente ao interesse da companhia. A obrigação prevista no art. 116, por seu turno, não encontra especificação na responsabilidade prevista no art. 117, que apenas prevê de forma ampla a proteção dos interesses dos trabalhadores e da economia nacional. A amplitude dos preceitos e a falta de cominação de sanções pela sua violação caracterizam as normas, assim, não como regras, mas como princípios jurídicos.

No ordenamento jurídico, entretanto, dois outros princípios conflitam com os princípios da proteção do interesse de terceiros na empresa: o princípio do fim lucrativo e o princípio da livre iniciativa³⁴⁹. Numa situação limite em que tais princípios não possam ser harmonizados com a proteção do interesse de terceiros, portanto, ao contrário do conflito entre regras, deve prevalecer os princípios de maior importância no ordenamento jurídico³⁵⁰.

No caso em tela, os princípios do fim lucrativo e da livre iniciativa prevalecem sobre o princípio da proteção do interesse de terceiros³⁵¹, já que os primeiros são de suma importância no ordenamento jurídico pois foram alçados a princípios fundamentais da República pelo artigo 1º, inciso IV, e, mais especificamente, da Ordem Econômica, no artigo 170, *caput*, ambos da Constituição Federal³⁵².

³⁴⁹ F. SZTERLING, *A função social da empresa no direito societário*, op. cit., p. 76.

³⁵⁰ R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 2001, p. 27.

³⁵¹ Não ocorreria o conflito entre o princípio da proteção dos interesses de terceiros e os do fim lucrativo e da livre iniciativa na hipótese em que a efetivação de direitos de terceiros proporcione aumento dos lucros da empresa ou maiores dividendos aos acionistas. Exemplo crescente de tal hipótese é a responsabilidade ambiental da companhia que geraria uma avaliação positiva do mercado com valorização das ações da sociedade na bolsa de valores (R. SZTAJN, *A Responsabilidade Social das Companhias*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 114, São Paulo, Malheiros, 1999, pp. 34-38).

³⁵² E. R. GRAU, *A ordem econômica na constituição de 1988*, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002, p. 242.

Logo, ainda que o interesse de terceiros possa ser considerado na realização da prestação pelo órgão administrativo, tal interesse não pode prevalecer sobre o interesse social, caracterizado como o interesse dos acionistas enquanto acionistas à maior eficiência da empresa e à distribuição de dividendos.

Tampouco pode ser exclusivo o interesse do administrador na condução de sua atividade, embora também possa ser concomitante ao interesse da sociedade, desde que com ele seja harmônico. O art. 156, da Lei das Sociedades Anônimas, estabeleceu que é vedado ao administrador intervir em qualquer operação social em que tiver interesse conflitante com o da companhia, bem como na deliberação que a respeito tomarem os demais administradores.

O conflito entre o administrador e a companhia, entretanto, deve ser considerado um conflito substancial³⁵³. O conflito somente se caracteriza diante da verificação concreta da hipótese de que o administrador priorizou seus interesses particulares em detrimento dos interesses da companhia, ao contrário do conflito formal em que a incompatibilidade genérica provoca uma impossibilidade de atuação *a priori*.

Como já sustentamos anteriormente, “a simples duplicidade da posição de interesses em um mesmo sujeito não implica, por si só, uma situação de conflito em sentido técnico. A própria definição de conflito pressupõe uma análise no caso concreto, pois as duas posições contratuais podem ser entre si solidárias, já que o administrador pode alcançar seu próprio interesse sem prejudicar o interesse da sociedade. Não é possível censurar o comportamento do representante no contrato consigo mesmo, quando o conteúdo do contrato seja determinado de forma que seja excluída qualquer lesão à companhia, beneficiando-a através de uma contratação vantajosa”³⁵⁴.

Neste ponto, não se veda de modo absoluto a contratação entre o administrador e a companhia. O artigo 156, §1º, estabelece apenas que o negócio deve ser realizado em condições razoáveis ou equitativas, idênticas às que prevalecem no mercado ou em que a companhia contrataria com terceiros, sob pena de anulação. As circunstâncias de permitir a celebração do negócio jurídico e apenas proibir que a sociedade seja presente na pessoa do referido administrador não evitariam prejuízos à sociedade os quais, de fato, somente

³⁵³ T. M. VALVERDE, v. II, *op. cit.*, pp. 42-43; S. MARCONDES, *Problemas de direito mercantil*, São Paulo, Max Limonad, 1970, p. 237. Em sentido contrário, F. K. COMPARATO e C. SALOMÃO FILHO, *O poder de controle na sociedade anônima*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 390.

³⁵⁴ Meu, *Exercício do poder de administração na sociedade anônima*, *op. cit.*, p. 185.

poderiam ser controlados a partir de uma verificação do próprio negócio realizado, o que, portanto, somente poderia ser feito mediante um controle *ex post* ou substancial do conflito de interesses.

Desta forma, desde que o interesse da companhia seja preservado, poder-se-ia atender ao interesse do administrador concomitantemente na realização de sua atividade administrativa e na conclusão de negócios jurídico.

Em suma, na prestação objeto do contrato de preenchimento de órgão, deve prevalecer o interesse da companhia, embora na prestação possam também ser considerados os interesses do próprio administrador e de terceiros, desde que harmônicos ao escopo meio e ao escopo fim da sociedade.

À semelhança do ato de preenchimento de órgão, o mandato deve ser celebrado no interesse do mandante, que contratou a realização da prestação de seu interesse, embora possa ser também estipulado simultaneamente no interesse do mandatário ou de terceiro.

O mandato *tua gratia*, celebrado no interesse *exclusivo* do mandatário, não vincula os supostos contratantes. Não se trata, verdadeiramente, de contrato de mandato, que exige que tenha sido feito por conta do mandante. O negócio no interesse exclusivo do mandatário é apenas recomendação ou conselho e, como tal, não gera a obrigação de seu atendimento ou a responsabilidade do declarante, pois o mandatário é livre para apreciar se o ato é conveniente ou não ao seu melhor interesse³⁵⁵.

Contra essa impossibilidade, sustentou-se que exemplo do mandato no interesse exclusivo do mandatário seria a ocorrência de procuração em causa própria, ou com cláusula *in rem suam*.. Na referida situação, o outorgante transfere ao outorgado o negócio ou resultado da prestação objeto dos poderes atribuídos, de modo que o interesse direto da prestação seria do próprio outorgado.

Para O. GOMES, a referida cláusula desnaturaria a procuração e caracterizaria verdadeiro negócio de alienação, pois o procurador em causa própria agiria em seu próprio nome e no seu próprio interesse³⁵⁶.

³⁵⁵ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XLIII, pp. 15-16. Para o autor, a responsabilidade existiria apenas se ao conselho fosse ligada a garantia, ou se é decorrente de um dever de aconselhar, o que o tornaria verdadeira prestação (F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XLIII, *op. cit.*, p. 16).

³⁵⁶ O. GOMES, *Contratos*, *op. cit.*, p. 288.

Contudo, parece ser mais coerente a segunda posição, que mantém a natureza do contrato subjacente de mandato. Apesar da transferência do interesse direto no ato a ser realizado, não haveria, todavia, interesse exclusivo do mandatário, mas concomitante ao do mandante.

Adepto desta corrente, PLÁCIDO E SILVA, que atrelava ainda os conceitos de mandato ao de representação, argumenta que a transferência do principal interesse não desnaturaria a relação, já que permaneceria a estrutura do contrato como meio pelo qual o mandante pratica ato em seu nome, por ofício do mandatário, ainda que o interesse direto tenha sido transferido³⁵⁷.

Em sentido similar, L. BRITO CORREIA sustenta que a transferência de interesse através da cláusula *in rem propriam* na procuração não descaracterizaria a natureza de mandato do contrato subjacente. Para o autor, haveria um mandato representativo de interesse comum, em que o mandante também teria interesse na realização da prestação do mandatário, ainda que este último deva ser considerado o interessado direto. Como exemplo, sustenta que, na procuração para cobrar um crédito em nome do mandante, com a autorização de o procurador fazer seu o produto da cobrança, o próprio mandante tem interesse em cobrar o seu crédito, embora simultaneamente cumpra uma outra obrigação sua para com o mandatário³⁵⁸.

Outrossim, o mandato pode ser conferido no interesse de terceiro, conhecido como mandato *aliena gratia*. Neste, todavia, também está sempre presente o interesse concomitante do mandante, porque, ainda que a prestação do mandatário gere utilidade direta ao terceiro, “o mandante tem também o interesse que se deduz do próprio encargo dado, de cujo cumprimento se vê responsável perante a pessoa dita de terceiro, em proveito de quem se irá praticar o negócio”³⁵⁹.

Nos contratos de prestação de serviço e de emprego, da mesma forma, a atividade deve ser realizada no interesse do adquirente do serviço ou do empregador, ainda que

³⁵⁷ O. J. PLÁCIDO E SILVA, *Tratado do mandato e prática das procurações*, v. I, *op. cit.*, p. 442. Segundo o autor, “quando por uma lícita convenção se atribui ao mandato um outro sentido, transferindo-se o proveito de sua execução a outrem, não perde o mandante o interesse que tinha no mandato, nem se desliga dele, enquanto não seja concluído, pela realização do negócio, que lhe serve de objeto (...). A verdade é que o mandante, embora haja afastado de si o interesse direto, continua a ter interesse na execução do mandato, pois que a ele continua vinculado, enquanto esta não se tenha como finda” (O. J. PLÁCIDO E SILVA, *Tratado do mandato e prática das procurações*, v. I, *op. cit.*, pp. 442-443).

³⁵⁸ L. BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anônimas*, *op. cit.*, p. 533.

³⁵⁹ O. J. PLÁCIDO E SILVA, *Tratado do mandato e prática das procurações*, v. I, *op. cit.*, p. 174.

concomitantemente possa haver interesse do prestador ou do empregado na realização da prestação.

No contrato de prestação de serviço, à semelhança do mandato, o serviço é contratado no interesse do adquirente, ainda que também possa existir interesse de terceiro ou do próprio prestador. No contrato de trabalho, por seu turno, a obrigação do empregado é de executar o serviço contratado, sob a direção e subordinação do empregador. Ainda que aufera remuneração pelo desenvolvimento do serviço, a realização do trabalho ocorre em benefício direto do empregador, que controla o seu desenvolvimento e a sua pertinência.

A atuação do contratado por conta da sociedade, como ocorrente na prestação de atividade pelo administrador, portanto, adequa-se aos demais contratos analisados.

2.2.3 Imputação do ato praticado perante terceiros

A imputação do ato praticado perante terceiros é uma das principais características distintivas da função dos administradores e remonta à posição da administração na companhia como centro institucional de poder.

Como órgão, os administradores integram o ente coletivo. A personificação da sociedade unificaria os indivíduos subjacentes à relação e criaria uma organicidade jurídica que permitiria ao ente coletivo manifestar sua vontade e agir conforme esta. Nesse âmbito, o administrador não dispõe de uma individualidade distinta do ente coletivo, mas é parte de um todo.

A falta de alteridade impede o administrador de agir em nome da sociedade, mediante substituição de vontade. Os atos dos administradores não se apresentam como atos do órgão, cujos efeitos serão imputados à pessoa jurídica. Os atos emanados pelos administradores são atos da pessoa jurídica e a vontade expressa pelo órgão é a própria vontade desta.

Tais poderes de apresentação, outrossim, são diretamente atribuídos pela lei e não decorrentes de qualquer delegação. Os administradores adquirem poderes que a Assembléia ou o Conselho de Administração ordinariamente não têm, consistentes na manifestação da vontade social perante terceiros. O órgão social simplesmente elege a pessoa a ocupar a função e delimita eventualmente seus poderes. Consequência da falta da

delegação é a impossibilidade de avocação. Não podem a Assembléia Geral ou o Conselho de Administração substituírem-se aos diretores e manifestarem diretamente a vontade social a terceiros, atos de competência ordinária exclusiva dos diretores.

Os poderes dos administradores, portanto, são assegurados pela Lei e imanescentes ao aparelhamento da pessoa jurídica. A vontade manifestada pelo órgão é a própria vontade do ente coletivo, de modo que não há qualquer substituição de vontade, mas verdadeira *representação*³⁶⁰.

A imputação direta dos atos dos administradores à companhia é incompatível ao contrato de mandato. Pelo contrato de mandato, cria-se a relação interna entre os contratantes, regulando os interesses e criando obrigações. Por seu turno, para que o mandatário possa cumprir as obrigações perante terceiros, agindo em nome do mandante, e de modo a imputar a este os efeitos jurídicos das obrigações contratadas, imprescindível a outorga dos poderes de representação³⁶¹.

A representação, contudo, não é obrigatória. Como vimos, pode o mandato existir sem representação, assim como esta pode existir sem ele. A atribuição de poderes de representação realiza-se através de negócio jurídico unilateral, “que não se vincula necessariamente ao mandato e, mais que isso, que tem existência independente da relação jurídica estabelecida entre quem o atribui e quem o recebe”³⁶².

A representação caracteriza-se pela prática de atos em nome e por conta de outra pessoa. O ato jurídico é praticado pelo representante, em nome do representado, ao qual serão imputados os efeitos jurídicos dos atos praticados. Haveria a substituição de vontade do representado, que manteria, todavia, intactos os seus poderes delegados. Não é o que ocorre na *representação orgânica* da pessoa jurídica.

³⁶⁰ Conceito correlato à apresentação é o de representação orgânica. Para L. BRITO CORREIA, “só pode aceitar-se a expressão representação orgânica, se se considerar como representação a prática de atos jurídicos por uma pessoa (titular do órgão) em nome de outra (pessoa coletiva), perante terceiro – admitindo que, ao lado da representação por substituição de vontades, existe representação por integração de vontade. Mas a figura da representação orgânica não abrange todas as espécies de órgãos, mas apenas os órgãos externos que praticam atos jurídicos – que, por isso, se chamam órgãos representativos” (L. BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anônimas*, *op. cit.*, pp. 208-209).

³⁶¹ Para O. GOMES, “o contrato tem a finalidade de criar essa obrigação e regular os interesses dos contratantes, formando a relação interna, mas, para que o mandatário possa cumpri-la, é preciso que o mandante lhe outorgue o poder de representação; se tem ademais, interesse em que aja em seu nome, o poder de representação tem projeção exterior, dando ao agente, nas suas relações com terceiras pessoas, legitimidade para contratar em nome do interessado, com o inerente desvio dos efeitos jurídicos para o patrimônio deste último (O. GOMES, *Contratos*, *op. cit.*, p. 347).

³⁶² O. GOMES, *Contratos*, *op. cit.*, p. 348.

Para L. BRITO CORREIA, entretanto, a distinção entre a representação e a apresentação não afasta, por si só, a caracterização do negócio jurídico bilateral de preenchimento de órgão de administração como mandato, eis que o autor concebe a possibilidade, ainda que inconveniente, de um mandato com representação orgânica³⁶³.

A figura do mandato com representação orgânica foi concebida, por parte dos doutrinadores que caracterizaram o ato de preenchimento como de natureza dúplice, de forma análoga ao contrato de mandato com representação voluntária. Exigir-se-ia a celebração de dois negócios jurídicos: um negócio jurídico bilateral consistente no contrato de mandato, que regularia os direitos e deveres entre as partes; e um negócio jurídico que atribuiria os poderes de representação orgânica unicamente.

A analogia entre as duas figuras, todavia, não é correta. A concessão de poderes de apresentação, ou representação orgânica, não é autônoma como a representação voluntária. No contrato de mandato, a representação voluntária não é imprescindível a este, assim como a procuração não pressupõe a figura do mandato. Na representação orgânica, todavia, embora a apresentação não seja inerente aos poderes dos administradores, já que os membros do Conselho de Administração não possuem ordinariamente poderes para manifestar a vontade da companhia a terceiros, assim como o estatuto pode regular a quais diretores o poder de apresentação pode ser atribuído, o inverso não é verdadeiro, pois os deveres e direitos dos administradores, imanescentes à relação subjacente, são imprescindíveis ao representante.

Embora a Lei preveja, expressamente, a possibilidade da eleição de administradores sem poderes para apresentar a sociedade, é inconcebível a atribuição de poderes de apresentação a administrador que não tenha assumido as obrigações inerentes a esta função. A apresentação exige a qualidade de administrador. Não se pode conceber esses poderes dissociados dos deveres de diligência, de informação, de não agir em conflito de interesse, etc.

A falta de independência da representação orgânica frente ao contrato de administração, qualquer que ele seja, impede sua caracterização como negócio jurídico autônomo e distinto. Impossível, portanto, cumular dois negócios jurídicos como o contrato de mandato e um negócio jurídico de atribuição de poderes de representação orgânica para explicar a relação entre o administrador e a sociedade.

³⁶³ L. BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anônimas*, op. cit., p. 542.

Desta forma, para se conceber a figura de um mandato com poderes de representação orgânica, como o fez L. BRITO CORREIA, ainda que hipoteticamente, os poderes de representação orgânica deveriam ser atribuídos no próprio mandato e não como ato autônomo à semelhança da representação voluntária. Para o autor, contudo, não seria conveniente “incluir num mesmo conceito jurídico figuras tão diversas no seu conteúdo como o mandato com representação substitutiva e o mandato com representação orgânica, além do mandato sem representação”³⁶⁴.

Além da inconveniência, todavia, a atribuição de poderes de representação orgânica no próprio contrato de mandato desnaturaria sua conceituação como formador da relação interna entre os contratantes e toda a evolução história do instituto, com o consequente fim da tipicidade do referido negócio jurídico.

As mesmas conclusões quanto ao contrato de mandato aplicam-se ao contrato de prestação de serviços.

No contrato de trabalho, por seu turno, não há qualquer impedimento aos poderes de apresentação. Em decorrência do princípio da primazia da realidade, o contrato de emprego se caracteriza independentemente dos poderes regulados. Prevaecem para a caracterização do contrato de emprego as condições fáticas existentes e se, de acordo com estas, estão presentes os requisitos da continuidade da prestação, subordinação, onerosidade, pessoalidade e alteridade.

Dentre os pressupostos, não é requisito essencial do contrato de trabalho a regulação exclusivamente interna da atividade, à semelhança do contrato de mandato e de prestação de serviços, o que não geraria qualquer inconveniente à atribuição de poderes orgânicos pelo próprio contrato. Em outras palavras, desde que preenchidos os demais requisitos, notadamente a subordinação, o contrato com poderes de representação orgânica pode caracterizar-se como contrato de trabalho.

Quanto à imputação dos efeitos dos atos praticados, portanto, o negócio jurídico de preenchimento do órgão de administração da sociedade anônima afasta-se dos contratos de mandato e de prestação de serviços e aproxima-se do contrato de trabalho.

³⁶⁴ L. BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anônimas*, op. cit., p. 542.

2.2.4 Extensão dos poderes

Sustenta-se que, na relação entre a sociedade e o administrador, peculiar característica a diferenciá-la dos demais tipos contratuais em exame, notadamente do contrato de mandato, consistiria nos limites dos poderes conferidos e na extensão dos poderes do contratado para a prática de atos de ordinária e extraordinária administração.

O artigo 144, da Lei das S. A., determina que, no silêncio do estatuto social, os administradores podem praticar os atos necessários ao funcionamento regular da companhia. A pouca clareza da expressão “funcionamento regular” já constava no Dec-Lei nº 2.627/1940, art. 116, §2º, a respeito do qual a doutrina brasileira do período já discorria e acompanhava o posicionamento majoritário da doutrina italiana.

Na Itália, duas correntes doutrinárias historicamente se formaram sobre a extensão dos poderes dos administradores. Ambas interpretavam os poderes dos administradores como poderes de praticar atos de ordinária e extraordinária administração, embora a primeira posição restringisse os de extraordinária administração a atos que não transformassem a estrutura da empresa.

A primeira, propugnada por A. GREGÓRIO³⁶⁵ e posteriormente sustentada por G. FERRI³⁶⁶, sustentava que os poderes atribuídos deveriam ficar adstritos aos atos de administração, ainda que esta fosse compreendida em sentido amplo e estendida a atos de disposição. Para os autores, a atividade deveria ser restrita aos atos necessários ao desenvolvimento da empresa, quer fossem de mera administração ou de disposição, mas desde que não implicassem transformação substancial da empresa ou estrutura industrial e financeira do estabelecimento.

Corrente contraposta, todavia, foi sustentada por C. VIVANTE³⁶⁷, V. SALANDRA³⁶⁸, G. FRÈ³⁶⁹ e F. CORSI³⁷⁰. Para esta concepção, não haveria limitação dos poderes dos administradores, na omissão do estatuto, à prática somente dos atos de ordinária

³⁶⁵ A. GREGÓRIO, *Delle società e delle associazioni commerciali*, op. cit., pp. 225 e 226.

³⁶⁶ G. FERRI, *Le società*, op. cit., p. 508.

³⁶⁷ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, v. II, op. cit., p. 289.

³⁶⁸ V. SALANDRA, *Manuale di diritto commerciale*, v. I, Bologna, Zuffi, 1949, p. 268.

³⁶⁹ G. FRÈ, *L'organo amministrativo nelle società anonime*, op. cit., p. 157.

³⁷⁰ F. CORSI, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1974, p. 244.

administração, sem a possibilidade de realização de atos de disposição. Para o C. VIVANTE, a interpretação contrária ofenderia o “senso prático do legislador, porque este não pode ter querido que a sociedade constituída para exercer profissionalmente atos de comércio, isto é, atos que normalmente excedem a simples administração, não possua órgão necessário para realizá-los” ³⁷¹.

Essa última posição, consagrada como majoritária, foi corroborada pela *Codice Civile Italiano* de 1942, que previu, em seu artigo 2.298, estendido à sociedade anônima pelo art. 2.384, que os administradores podiam realizar todos os atos compreendidos no objeto social, não importando se de ordinária ou extraordinária administração³⁷².

Com base nestas construções doutrinárias, os juristas pátrios passaram a não restringir os poderes dos administradores somente aos atos de administração ordinária da companhia. Defendiam a concessão, no silêncio dos estatutos, de poderes implícitos aos administradores para a realização de atos de disposição, desde que incluídos no objeto da companhia.

Nestes termos, ainda sob o enfoque do art. 116, §2º, do Decreto lei 2.627/1940, W. FERREIRA sustentava que dentre os poderes se compreendiam “todos os atos administrativos, na generalidade do conceito, e os de venda das coisas por que ou com que ela possa conseguir seu objeto” ³⁷³, assim como T. M. VALVERDE afirmava que “na fórmula genérica do §2º, entram os atos de disposição, eis que estritamente ligados ao fim ou objeto da sociedade e necessários à boa marcha dos negócios sociais” ³⁷⁴.

A Lei 6.404/76 somente acolheu parcialmente essa interpretação, ainda que tenha mantido inalterada a expressão “funcionamento regular” da companhia. Isso porque, ao adotar o sistema bipartido facultativo, os diretores têm seus poderes restritos pela atribuição privativa concedida aos membros do Conselho de Administração para autorizarem a prática de determinados atos. Assim, no silêncio do estatuto, os poderes dos diretores não permitem alienar bens do ativo permanente, constituir ônus reais, prestar

³⁷¹ C. VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, v. II, *op. cit.*, p. 289; Para V. SALANDRA, “fora do limite constituído pelas matérias reservadas às deliberações da assembléia pelo sistema da lei ou por uma disposição explícita do ato constitutivo, esses podem deliberar e executar todas as operações compreendidas no objeto social, sem distinção alguma entre operações de ordinária e de extraordinária administração” (V. SALANDRA, *Manuale di diritto commerciale*, v. I, *op. cit.*, p. 268). Cf. G. FRÈ, *L'organo amministrativo nelle società anonime*, *op. cit.*, p. 157 e F. CORSI, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, *op. cit.*, p. 244.

³⁷² F. CORSI, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, *op. cit.*, p. 249.

³⁷³ W. FERREIRA, *Tratado de direito comercial*, v. IV, São Paulo, Saraiva, 1961, p. 433.

³⁷⁴ T. M. VALVERDE, *Sociedades por ações*, v. II, *op. cit.*, p. 298.

garantias a obrigações de terceiros, sem que antes tenham sido autorizados pelo Conselho de Administração.

Outrossim, o artigo 142, VI, da Lei 6.404/76, garante a não taxatividade das atribuições do Conselho de Administração, desde que atribuída especificadamente pelo estatuto social. O artigo assegura a possibilidade de o estatuto social conferir outros poderes aos conselheiros, especificar ou restringir os poderes atribuídos, desde que não haja supressão de competência privativa de outro órgão social³⁷⁵.

Logo, na sociedade com estrutura bipartida, os atos dos diretores ficam restritos ou condicionados aos atos de competência privativa dos membros do Conselho de Administração.

Em companhias que adotem o sistema tradicional de administração, os doutrinadores pátrios vêm se inclinando por posição análoga à exposta por A. GREGÓRIO ao restringirem os atos de funcionamento regular da companhia a negócios que não impliquem transformação substancial da empresa ou da estrutura do estabelecimento. Na ausência do Conselho de Administração, M. CARVALHOSA sustenta que os diretores não têm poderes de disposição dos bens do ativo permanente. Os atos de alienação ou de oneração dos referidos bens teriam sua eficácia vinculada à deliberação da Assembléia Geral.³⁷⁶ Para F. MARTINS, a limitação dos poderes seria em razão de a alienação do ativo permanente e a constituição de ônus reais não se enquadrarem nas atividades normais da sociedade. “Se, entretanto, a companhia não dispuser do Conselho de Administração, passando parte das funções desse para a Diretoria, esta não poderá praticar aqueles atos a não ser que o estatuto lhe dê tais poderes; necessária se faz, portanto, uma manifestação da assembléia geral a respeito. Isso em virtude de não se enquadrarem tais atos na gestão normal da sociedade, que é a atribuição precípua da Diretoria”³⁷⁷.

Nesse, os poderes dos diretores não somente ficam restritos pelos poderes atribuídos aos membros do Conselho de Administração. Os poderes dos administradores em geral ficam limitados também pelas reservas estatutárias feitas à Assembléia Geral.

³⁷⁵ P. F. CAMPOS SALLES. DE TOLEDO, *O conselho de administração na sociedade anônima op. cit.*, p. 37.

³⁷⁶ M. CARVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. III, *op.cit.*, p. 183. Cf. C. F. CUNHA PEIXOTO, *Sociedade por ações*, v. IV, *op. cit.*, p. 29.

³⁷⁷ F. MARTINS, *Comentários à lei das sociedades anônimas, op. cit.*, p.533.

Outrossim, ainda que não expressamente prevista na Lei 6.404/76, possível a reserva pelo estatuto de poderes à Assembléia Geral, de modo a condicionar a prática de determinados atos pelos administradores à autorização prévia da assembléia de acionistas. A possibilidade resulta de uma interpretação sistemática da Lei das S.A., que permite à Assembléia a prática de atos de gestão, ao garantir, no artigo 121, poderes para decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento. Por outro lado, possível a restrição de poderes dos administradores, quer pela possibilidade de distribuição dos poderes entre cada diretor (arts. 143 e 154), quer pela exigência de atos da diretoria serem condicionados à autorização prévia do Conselho de Administração (art. 142, VI).

Em suma, na omissão no contrato de administração, garante-se maior amplitude de poderes ao administrador, o qual poderia praticar todos os atos necessários ao funcionamento regular da companhia. Como tais, o administrador não está adstrito aos atos de mera conservação dos bens, entendidos tradicionalmente como atos de administração ordinária, mas pode praticar também atos de administração extraordinária, tal como os atos de alienação do patrimônio social.

Como ato necessário ao funcionamento regular da companhia compreendem-se, portanto, todos os atos de administração ordinária ou extraordinária, exceto os negócios que provoquem transformação substancial da empresa, tais como negócios de alienação de bens do ativo permanente, constituição de ônus reais, prestação de garantias a obrigações de terceiros, e os demais atos reservados pelo estatuto à autorização prévia dos demais órgãos sociais³⁷⁸.

De uma análise superficial, a mesma conclusão aparentemente não poderia ser obtida da análise do contrato de mandato.

O art. 660, do Código Civil, determinou que o mandato pode ser especial a um ou mais negócios determinadamente, ou *geral* a todos os do mandante. O art. 661, do Código Civil de 2002, por sua vez, reproduziu o art. 1.295, do Código Civil de 1916, e estabeleceu que “o *mandato em termos gerais* só confere poderes de administração”; enquanto seu §1º

³⁷⁸ Para M. CARVALHOSA, há uma alteração do próprio conceito de atos de ordinária e extraordinária administração. No tocante ao administrador, para o autor são considerados “atos de gestão ordinária os negócios jurídicos que podem ser celebrados pelos diretores independentemente de qualquer deliberação do conselho de administração ou da assembléia geral”, enquanto os atos de extraordinária administração seriam os atos que exigiriam a autorização prévia destes órgãos sociais (M. CARVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. III, *op. cit.*, p. 183).

determina que “para alienar, hipotecar, transigir, ou praticar outros quaisquer atos, que exorbitem da administração ordinária, depende a procuração de poderes especiais e expressos”.

Na lição de PLÁCIDO E SILVA, o mandato geral não se confunde com o mandato em termos gerais. No primeiro deles, o mandato geral, são outorgados poderes para todos os negócios do mandante, mas cujos atos necessários devem ser especificados. Segundo o autor, “os atos referentes a todos os negócios, que compõem o mandato geral, devem, assim, ser especificados no instrumento do mandato para que os possa, legitimamente, executar o mandatário”³⁷⁹. Para o doutrinador, portanto, o mandato geral compreende todos os negócios do mandante, embora os atos para realizá-los devam ser autorizados expressamente.

A figura é oposta ao mandato em termos gerais. Neste, não há especificação de atos a serem praticados. São concedidos poderes genéricos, não determinados, de modo que o mandatário pode realizar somente atos de administração. “O mandato em termos gerais exprime o sentido de concessão de poderes genéricos, isto é, poderes não especificados ou claramente determinados. A ausência de especificação ou especialização de poderes é que caracteriza o mandato em termos gerais, enquanto a especificação ou indicação de todos os negócios assinala a qualidade do mandato geral ou de poderes gerais”³⁸⁰.

Da diferenciação apontada, relevante para a aferição da natureza do contrato de administração é a constatação de que somente os atos especificados e determinados no mandato permitem a atuação do mandatário, o qual, do contrário, fica restrito a atos de mera administração, que não incluem poderes para alienar, hipotecar, transigir, ou praticar outros quaisquer atos que exorbitem da administração ordinária³⁸¹.

A diferenciação na extensão dos poderes conferidos, todavia, é mais aparente que efetiva. Sobre a conferência dos poderes pelo mandato, a doutrina sempre interpretou o dispositivo que conferia apenas poderes de administração ordinária na hipótese de mandato em termos gerais como compreendendo a “soma de atos comuns, usuais, freqüentes,

³⁷⁹ O. J. PLÁCIDO E SILVA, *Tratado do mandato e prática das procurações*, v. I, *op. cit.*, p. 182.

³⁸⁰ O. J. PLÁCIDO E SILVA, *Tratado do mandato e prática das procurações*, v. I, *op. cit.*, p. 183.

³⁸¹ Em algumas hipóteses, entretanto, ressalvou-se que os atos de disposição poderiam estar incluídos dentro dos poderes de ordinária administração, como nos casos em que os bens administrados fossem destinados à venda ou houvesse perigo de deterioração. Cf. C. L. B. de GODOY, *Código Civil Comentado*, *op. cit.*, p. 661.

habitualmente praticados por força das próprias circunstâncias e para manutenção da própria série de atividades exercidas pela pessoa”³⁸².

A ordinarietade da administração não seria decorrente especificadamente do ato a ser praticado, mas da função desempenhada pelo mandatário no caso concreto. Deve ser aferida conforme a necessidade de conservação das coisas ou dos negócios próprios ao cumprimento das funções atribuídas pela mandante. Nestes termos, os atos de disposição poderiam estar incluídos dentro dos poderes de ordinária administração, como nos casos em que os bens administrados fossem destinados à venda, ou houvesse perigo de deterioração³⁸³.

Logo, ao se outorgar poderes para a realização de negócios ou para a administração de interesses, compreendem-se como conferidos os poderes para a prática inclusive de atos de disposição ou de oneração, desde que imprescindíveis para a finalidade do mandato, ainda que não tenham sido expressos. Atos de ordinária administração, portanto, devem ser entendidos como os atos de mera administração de bens, compreendendo-se como tais os atos necessários para que a atividade não se interrompa ou para a preservação do bem e também os atos de disposição e oneração compreendidos desde que imprescindíveis à consecução da finalidade do contrato.

O contrato se aproxima, assim, do contrato de preenchimento de órgão de administração. Apenas os atos que fujam da finalidade do contrato de mandato em termos gerais devem ser entendidos como de administração extraordinária e, assim, seriam vedados, da mesma forma em que, no silêncio do estatuto social, o contrato de preenchimento de órgão permite aos administradores praticarem todos os negócios necessários ao regular desenvolvimento da empresa, desde que não impliquem transformação substancial desta e preserve a competência dos demais órgãos.

³⁸² O. J. PLÁCIDO E SILVA, *Tratado do mandato e prática das procurações*, v. I, *op. cit.*, p. 219.

³⁸³ C. L. B. de GODOY, *Código Civil Comentado*, *op. cit.*, p. 661. Para PLÁCIDO E SILVA, “o mandato para administração ordinária, portanto, é aquele que se passa a outrem para que administre bens ou interesses, todos eles ou parte deles, com o mesmo zelo, com o mesmo cuidado com que os administraria o próprio dono, praticando os atos e tomando as medidas necessárias à conservação e integridade das coisas a si confiadas, ou realizando os negócios que se mostrem pertinentes ou próprios à execução e cumprimento das funções cometidas pelo mandante ao mandatário. Por esse motivo, em certas situações, atos que não se praticariam normalmente, sem poder especial, podem estar compreendidos nos poderes de administração. É o que já anotamos em relação a determinados atos de disposição, que podem ser legitimamente praticados pela autoridade de uma mandato de administração. Tudo depende, portanto, da espécie de função que lhe é outorgada pelo mandato administrativo” (O. J. PLÁCIDO E SILVA, *Tratado do mandato e prática das procurações*, v. I, *op. cit.*, pp. 219/220).

O mesmo raciocínio deve ser deduzido em face do contrato de trabalho e do contrato de prestação de serviço.

No contrato de trabalho, o poder de direção do empregador lhe permite regulamentar o trabalho do empregado e estabelecer de que forma serão desenvolvidas as atividades objeto do contrato de trabalho. Pode, assim, especificar as funções e, portanto, restringir os poderes do empregado, os quais, na ausência de qualquer restrição, são os condizentes à finalidade do contrato de trabalho e aos serviços exigidos.

No contrato de prestação de serviço, o art. 601, do Código Civil, estabelece que, não sendo o prestador de serviço contratado para certo e determinado trabalho, entender-se-á que se obrigou a todo e qualquer serviço compatível com as suas forças e condições.

Os poderes conferidos para o prestador do serviço, assim, são os poderes necessários para a consecução do serviço individualizado previsto no contrato. Na omissão do contrato quanto ao serviço a ser realizado, são atribuídos ao prestador os poderes necessários para a realização de todos os serviços inerentes à finalidade do contrato de prestação de serviço celebrado e conforme as condições do prestador.

2.2.5 Autonomia no desempenho da função

Um dos pontos mais críticos e sobre o qual se sustenta a incompatibilidade das funções do administrador ao contrato de trabalho é a autonomia no exercício da função.

No contrato de trabalho, a subordinação do empregado é característica essencial do contrato. Conforme art. 3º, da CLT, a atividade do empregado deve ser exercida sob a dependência do empregador.

Na lição de A. MASCARO NASCIMENTO, em três ordens de relações pode ser dividida a subordinação do empregado ao empregador: uma relação de direção, uma relação de controle e uma relação disciplinar³⁸⁴. Pela relação de direção, o empregado está continuamente obrigado a cumprir ordens de serviço do empregador, que estabelecerá a melhor forma de o empregado desenvolver suas atividades e funções. Pela relação de controle, o empregador tem o direito de monitorar as atividades do empregado, controlar seu ingresso e saída do ambiente de trabalho, e fiscalizar sua produção enquanto à

³⁸⁴ A. MASCARO NASCIMENTO, *Curso de direito do trabalho*, 21ª ed., *op. cit.*, p. 642.

disposição do empregador. Por fim, pela relação disciplinar, o empregado é submetido a penalidades por descumprimento de ordens de serviço decorrentes do poder de direção do empregador³⁸⁵.

Diante desta subordinação exigida no contrato de emprego, a autonomia do administrador de sociedade anônima não se harmoniza com o contrato de trabalho.

Nas sociedades, a autonomia garantida ao administrador é ampla e decorre da própria natureza do órgão. A unificação das relações jurídicas efetuada pela atribuição de personalidade confere qualidades física e psíquica ao ente coletivo com a criação de uma organicidade; organizam-se os indivíduos subjacentes para que o próprio ente coletivo possa criar, extinguir e modificar suas relações jurídicas.

Entre os diversos órgãos sociais há uma repartição de atribuições e poderes, com o estabelecimento de uma estrutura de “freios e contrapesos”, com o intuito de controlar os custos de agência e permitir a maior especialização de funções. Diante dessa estrutura, as intervenções entre os órgãos fazem-se por controle e não por cumprimento de ordem.

Na hipótese específica dos órgãos administrativos, estes completam o contrato plurilateral diante do surgimento de uma contingência futura não prevista e, para tanto, organizam os fatores de produção e implementam as decisões perante terceiros. Dentre as três perspectivas da subordinação, - direção, controle e disciplina -, o administrador, como órgão social, apenas está submetido ao controle.

Não há relação de direção. O administrador não é obrigado a cumprir rotineiramente ordens de outro órgão social ou terceiro. O exercício de suas atribuições é autônomo e vinculado apenas à persecução dos fins e do interesse da companhia, nos termos do art. 154, da Lei das S.A.

O interesse social, destino último da celebração do contrato plurilateral, embora pautado a atividade do administrador, não restringe demasiadamente sua autonomia. Isso porque o interesse da companhia não é predeterminado, fixo, mas relativo. Emerge da comunhão voluntária de interesses dos acionistas a alcançar o objetivo comum que motivou os sócios a constituírem a sociedade. É o interesse de um hipotético sócio médio que, como já anteriormente sustentado, pelos artigos 193, 198, 199 e 202, o ordenamento pátrio determina como caracterizado pelo adimplemento de um interesse-final dos

³⁸⁵ S. PINTO MARTINS, *Direito do trabalho, op. cit.*, pp. 226 ss.

acionistas, consistente na obtenção de dividendos e pela satisfação de um interesse-meio, consistente no desenvolvimento da empresa para que estes lucros sejam auferidos³⁸⁶.

Adstrito o administrador à persecução desse interesse social, a atuação administrativa poderia se orientar, assim, tanto na eficiência da empresa, ou seja, na adequação dos meios necessários à obtenção de dividendos pela companhia, como na distribuição de dividendos. Dentro desses parâmetros gerais do interesse social, todavia, a autonomia das funções do administrador nem sempre é irrestrita. Embora a Lei atribua os poderes aos administradores, o que não se coaduna com a mera delegação de poderes pelos acionistas, as deliberações assembleares, quando ocorrentes sobre matérias de gestão, e não contrárias ao interesse social, devem ser seguidas pelos administradores.

Parte da doutrina, entretanto, advoga a impossibilidade de a Assembléia Geral intervir na atividade administrativa, o que garantiria a inexistência de restrição à autonomia dos administradores. Para F. K. COMPARATO, não existiria concorrência entre a assembléia e os órgãos administrativos para a prática de atos de gestão. A intervenção de um órgão no outro far-se-ia em virtude de preenchimento de cargos e não em razão de interferência na competência³⁸⁷.

A interpretação, todavia, não aparenta ser a melhor frente à sistemática da Lei 6.404/76, já que o artigo 121, *caput*, assegura expressamente à Assembléia Geral uma competência ampla, com a atribuição de poderes para “decidir todos os negócios relativos ao objeto da companhia e tomar as resoluções que julgar convenientes à sua defesa e desenvolvimento”.

Essa competência geral para decidir sobre todos os negócios da companhia não encontra óbice na reserva inderrogável de poderes administrativos à diretoria ou ao Conselho de Administração, como prevista no art. 139. A falta de poderes para a prática de atos de gestão pela Assembléia é afastada pelo art. 122, que lhe garante poderes administrativos expressos, como os poderes para autorizar a emissão de debêntures, deliberar sobre a avaliação de bens com que o acionista concorrer para a formação do capital social e autorizar a emissão de partes beneficiárias; atividades que organizam os

³⁸⁶ M B. SACRAMONE, *Tutela do Interesse Social nas Deliberações Assembleares*, op. cit..

³⁸⁷ F. K. COMPARATO, *Competência privativa do conselho de administração para a designação de diretores, em companhia aberta. Ineficácia de cláusula do contrato social da Holding, ou de eventual acordo de acionistas, para regular a matéria*, in *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, Forense, 1981, p. 97.

fatores de produção para o desenvolvimento da atividade corporativa e, portanto, são notadamente atos de gestão. Outrossim, não é o estatuto social que atribuiria os poderes à Assembléia, mas é a própria Lei através do art. 121, o que deve ser entendido como ressalva ao art. 139. Mais que regras excludentes, assim, os artigos 121 e 139, da Lei 6.404/76, garantiriam poderes concorrentes para a prática de atos de gestão, quer à assembléia, quer aos órgãos de administração.

A competência para a prática de atos de gestão assegura à Assembléia a posição de órgão hierarquicamente superior na companhia, com a “a capacidade de determinar e fiscalizar a ação ou comportamento do subordinado”, vinculando os administradores a determinado comportamento³⁸⁸. Como o interesse social é representado pela comunhão do interesse dos acionistas enquanto acionistas (*uti socii*), o princípio majoritário consagrado pela maioria dos votos dos acionistas nas deliberações assembleares informaria a melhor realização da vontade manifestada pelas partes no contrato plurilateral.

Logo, a manifestação majoritária dos contratantes apresenta-se como ulterior especificação contratual a indicar o interesse social a ser seguido. A deliberação assemblear especifica o interesse social diante do caso particular, de modo que a assembléia pode orientar e dar instruções diretas quanto à prática de determinado ato pelos administradores, bem como vetar a realização de um negócio, ao especificar o interesse social na hipótese concreta.

À medida que os administradores são adstritos ao interesse social, a ingerência da assembléia vincula os administradores, os quais não podem legitimamente desatender suas deliberações, sob pena de responsabilidade, o que, decerto, restringe parcialmente sua autonomia.

Apesar da Lei garantir a possibilidade de ingerência da Assembléia Geral, contudo, a autonomia dos administradores dentro do interesse social relativo é plena. Ainda que possua poderes para intervir na administração da sociedade, a Assembléia Geral dificilmente o faz e, quando o faz, sua intervenção é pontual. Dentre as diversas razões apontadas para tanto, duas se destacam. A primeira delas é o absenteísmo dos acionistas nas reuniões, resultado da demanda crescente por informações especializadas num mercado competitivo, bem como da alteração de perfil do próprio proprietário do capital, menos interessado no desenvolvimento da atividade da companhia em si, que no retorno a

³⁸⁸ J. L. BULHÕES PEDREIRA, *Acordo de acionistas sobre controle de grupo de sociedades*, op. cit., p. 229.

curto prazo do investimento financeiro realizado. O segundo motivo decorreria da própria celeridade da dinâmica empresarial, incompatível ao formal e custoso modo de convocação da assembléia, notadamente nas grandes companhias.

De fato, assim, os administradores exercem suas funções com plena autonomia, com a possibilidade de realização de todos os atos necessários ao regular desenvolvimento da companhia, com raras ingerências da Assembléia Geral³⁸⁹.

Não há, ademais, submissão dos diretores ao Conselho de Administração³⁹⁰. Diante da competência estabelecida pelo artigo 142, da Lei das S.A., ao Conselho compete a fixação da orientação geral dos negócios da companhia, a manifestação prévia sobre atos ou contratos, quando o estatuto assim o exigir, e autorizar a alienação de bens do ativo permanente, a constituição de ônus reais e a prestação de garantias a obrigações de terceiros.

Da enunciação das competências, observa-se que a fixação da orientação geral dos negócios é o estabelecimento de políticas da empresa e a manifestação e autorização prévias não se confundem com uma ordem para a realização de determinados negócios jurídicos. A competência do Conselho de Administração não lhe assegura, assim, o poder de determinar diretrizes específicas quanto à atividade a ser desempenhada pelos diretores, de modo que não lhes compromete a autonomia para a realização das funções.

Por seu turno, a direção é incompatível com o exercício das funções por membro do Conselho de Administração. A natureza de suas funções, quer sejam programáticas, fiscalizatórias ou propriamente administrativas, impede qualquer submissão hierárquica a diretor ou controlado. A função do conselheiro é exercida sempre por meio de deliberações

³⁸⁹ Segundo L. BRITO. CORREIA, “são os administradores que definem a vontade da sociedade, tomam as iniciativas, planejando, organizando, provendo, dirigindo e controlando as atividades da empresa e dos seus colaboradores. E fazem-no de forma autônoma, sem depender das ordens de ninguém – apenas podendo ver as suas atividades aprovadas ou desaprovadas anualmente pela assembléia geral” (L. BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anônimas*, op. cit., p. 556).

³⁹⁰ Para O. B. MAGANO, a subordinação dos diretores resultaria exatamente da submissão ao Conselho de Administração da companhia, que os vincularia às diretrizes estabelecidas. Para o autor, “(...) a nova lei interpôs, entre a assembléia e a diretoria, um novo órgão, o Conselho de Administração, de existência obrigatória nas companhias abertas e de capital autorizado. Entre as atribuições do referido conselho, inclui-se não só a de fixar a orientação geral dos negócios da companhia, mas também a de eleger os diretores respectivos e fixar-lhes os encargos. Assume pois o mesmo conselho o papel de guardião da realização dos objetivos sociais. A ele cabe fixar a orientação geral dos negócios da companhia; à diretoria, como órgão subordinado, incumbe apenas o dever de executar as deliberações do conselho. As suas funções são meramente executivas, não tendo competência nem mesmo para convocar assembléia geral de acionistas, salvo a hipótese do art. 123, da Lei 6.404/76”. (O. B. MAGANO, *Manual de direito do trabalho*, v. II, op. cit., pp. 139-140).

colegiadas e, ainda que seu voto nunca prevaleça no órgão, sua manifestação é sempre livre e conforme ao que considera o melhor interesse da companhia. Outrossim, não há subordinação de sua manifestação ao voto de qualquer outro membro.

Se não há relação de direção, tampouco há relação disciplinar. Ainda que tenham praticado atos ilícitos, ou suas contas não tenham sido aprovadas, os administradores não são submetidos a qualquer poder disciplinar pelos demais órgãos sociais. Decerto que a Assembléia, ou o Conselho de Administração se diretores, podem destituir os administradores *ad nutum*; não podem, entretanto, adverti-los ou suspendê-los do exercício da função como punição pelo ato praticado.

Presente apenas a relação de controle. Os administradores ficam sob a fiscalização dos demais administradores, que não podem ser negligentes em descobrir os atos ilícitos ou com violação aos deveres e impedi-los, sob pena de responsabilidade solidária, nos termos do art. 158, §§1º e 4º, da Lei 6.404/76. Os atos de gerência, outrossim, são fiscalizados pelo Conselho Fiscal, o qual deve verificar o cumprimento dos deveres legais e estatutários dos conselheiros de administração e diretores, opinar sobre o relatório anual da administração, denunciar os atos ilícitos descobertos e fornecer as informações necessárias para a apreciação das contas e demonstrações financeiras pela Assembléia Geral..

Em suma, o administrador desenvolve sua função com ampla autonomia e de acordo com sua convicção. Não há, ordinariamente, imposições hierárquicas a pautar seu comportamento ou qualquer poder disciplinar. Ressalvada, assim, restrição legal ou estatutária, os administradores agem autonomamente para lograr os fins e o interesse da companhia.

O exercício de funções subordinadas descaracteriza sua qualidade de administrador. Na prática, tal subordinação pode ocorrer nas hipóteses em que o diretor não deteria nenhuma autonomia para tomar decisões, em situações em que o diretor somente poderia desempenhar suas atribuições conforme ordens ou autorizações de um diretor presidente ou diretor com ascendência hierárquica, a ponto de não deter qualquer parcela de mando. Exemplos jurisprudenciais da subordinação são as hipóteses em que o empregado eleito diretor continuou a exercer a mesma atividade e permaneceu

subordinado ao mesmo chefe³⁹¹ ou em que há grande intensidade de ordens sobre o diretor recrutado³⁹².

Nas referidas hipóteses, entretanto, não há administrador. A autonomia é inerente à qualidade de órgão, de modo que caso este permaneça no exercício da mesma atividade que fazia enquanto empregado, subordinado ao mesmo chefe, ou não detenha qualquer parcela de mando, não há administrador, mas verdadeiro empregado. O negócio jurídico de nomeação de *administradores pro forma* não se destina a criar o meio necessário para integrar o contrato plurilateral com o preenchimento do órgão necessário ao desenvolvimento regular da companhia, mas simplesmente a contratar empregado, ou a suspender os direitos trabalhistas destes enquanto nomeado administrador, o que caracteriza fraude à lei imperativa trabalhista. É em razão desta fraude que a Súmula 269, do TST, assegura que os direitos trabalhistas do eleito continuam em vigor se o administrador permanecer subordinado no exercício de suas funções.

No contrato de mandato, a autonomia não se manifesta de forma ampla como no exercício das funções do administrador, já que o mandatário é obrigado a seguir as instruções do mandante. Estabeleceu-se, no art. 679, do Código Civil, que “ainda que o mandatário contrarie as instruções do mandante, se não exceder os limites do mandato, ficará o mandante obrigado para com aqueles com quem o seu procurador contratou; mas terá contra este ação pelas perdas e danos resultantes da inobservância das instruções”. O artigo em comento, além de prever a responsabilidade do mandante por atos de abuso de poder do mandatário, ressalvada ação pelas perdas e danos sofridos, estabelece a necessidade de cumprimento e observância das instruções do mandante pelo mandatário.

A obrigação de cumprimento das instruções do mandante decorre da própria natureza do mandato, destinado a satisfazer interesse de outrem. Como já afirmou O. GOMES, “o mandatário é obrigado a exercer sua atividade conforme as instruções do mandante, dadas contemporaneamente à conclusão do contrato ou no curso de sua execução”³⁹³.

³⁹¹ TST, 1ª T., Processo AIRR – 43640-49.2007.5.04.0009, data de julgamento 11/10/2011, Rel. Ministro Lélío Bentes Corrêa; TST, 8ª T., AIRR e RR 568700-48.2008.5.12.0028, data de julgamento 24/08/2011, Rel. Sebastião Geraldo de Oliveira.

³⁹² TST, 3ª T., RR – 29300-72.2005.5.08.005, data de julgamento 26/05/2010, Ministra Rosa Maria Weber.

³⁹³ O. GOMES, *Contratos*, *op. cit.*, p. 350.

As instruções, todavia, não se confundem com os poderes concedidos. As instruções ficam circunscritas à relação interna entre o mandante e o mandatário, razão pela qual são ordinariamente inoponíveis ao terceiro e vinculam o mandante, ainda que lhe garantam o direito de ressarcimento pelos prejuízos causados pelo mandatário. Embora sejam internas, contudo, o mandatário deve limitar-se às instruções do mandante, com a execução somente dos atos que tenham sido autorizados e nos termos dessa autorização³⁹⁴.

A subordinação do mandatário à vontade do mandante, por seu turno, é mais tênue do que a subordinação típica do contrato de trabalho. Ao mandatário permanece certa autonomia na execução do mandato. Pode o mandatário, durante a execução do contrato, constatar o surgimento de circunstância nova e não prevista pelo mandante, a ponto de exigir o não cumprimento de uma instrução para atender à melhor intenção do contratante. Na situação, presume-se que, caso fosse indagado, o próprio mandante alteraria a execução diante da nova circunstância.

Ao mandatário, assim, é lícito afastar-se das instruções recebidas somente quando pode garantir ao mandante execução mais favorável e maior benefício³⁹⁵. Entretanto, se as instruções forem precisas e imperativas, ou seja, se o mandante traça uma forma de execução detalhada, há verdadeira ordem. “E se o mandatário vai contra ela, ou a modifica, transgredir o próprio mandato, visto que, neste particular, lhe compete atender, estritamente, as ordens que lhe tenham sido dadas”³⁹⁶.

Assim, cumpre ao mandatário atuar conforme a estrita observância das instruções do mandante, subordinando-se a este. A autonomia, todavia, é preservada de maneira relativa em hipóteses em que, diante de novas circunstâncias não consideradas na contratação, o cumprimento do contrato de forma diversa atender à melhor intenção do mandante. Mas mesmo nessa hipótese, a atuação do mandatário é restrita aos atos autorizados pelo mandato e necessários à satisfação do interesse determinado do mandante.

O administrador, então, possui uma autonomia muito maior no desempenho de suas funções que o mandatário, o qual deve seguir ordinariamente as instruções do mandante.

³⁹⁴ O. J. PLÁCIDO E SILVA, *Tratado do mandato e prática das procurações*, v. I, *op. cit.*, p. 135.

³⁹⁵ J. M. CARVALHO SANTOS, *Código Civil brasileiro interpretado*, v. XVIII, 7ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1961, pp. 228-229.

³⁹⁶ O. J. PLÁCIDO E SILVA, *Tratado do mandato e prática das procurações*, v. I, *op. cit.*, p. 137.

O contrato de prestação de serviço, por seu turno, pode existir com independência do prestador ou subordinação no desenvolvimento da atividade.

O. GOMES, ao versar sobre o contrato de prestação de serviço, exige que a parte que presta o serviço não o execute sob a direção de quem se obriga a remunerá-lo. Para o autor, o prestador não está subordinado aos critérios estabelecidos pelo contratante e deveria poder realizar o seu trabalho com liberdade³⁹⁷. A exigência da falta de subordinação, entretanto, não parece ser obrigatória para caracterizar o contrato. O artigo 593, do Código Civil, ao conceituar o contrato de prestação de serviço, garante a natureza subsidiária de sua conceituação. O referido dispositivo determina que a prestação de serviço apenas que não estiver sujeita às leis trabalhistas e às leis especiais estará sujeita às disposições do Código Civil.

F. C. PONTES DE MIRANDA, ao versar sobre a independência da prestação de serviço, aponta exatamente esse requisito de subsidiariedade do contrato para negar sua exigência. Para o autor, na prestação de serviço “não importa se os serviços se prestam com independência, ou em posição de dependência, isto é, subordinado o locador de serviços à vontade e às indicações do dono do serviço, ou de outrem, que ao dono do serviço se ligue”, desde que ausentes os demais requisitos necessários à configuração da relação de emprego³⁹⁸.

Desta forma, possível que uma prestação de serviço com subordinação, mas sem que seja prestada por uma pessoa física, sem os atributos da continuidade ou da pessoalidade ou, ainda, sem remuneração, não seja suficiente para caracterizar o contrato de emprego e se submeta à regulamentação do contrato de prestação de serviço.

Quanto à autonomia, portanto, o contrato de preenchimento de órgão de administração é incompatível à autonomia dos contratos de mandato e de trabalho, embora não seja inconciliável ao contrato de prestação de serviço.

³⁹⁷ O. GOMES, *Contratos*, *op. cit.*, pp. 292-293.

³⁹⁸ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XLVII, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, p. 13.

2.2.6 Contraprestação

Diferença entre os contratos também ocorre quanto à remuneração pelos serviços prestados.

O art. 152, da Lei 6.404/76, alterado pela Lei 9.457/1997, regula a remuneração do administrador. Estabelece o dispositivo que “a assembléia-geral fixará o montante global ou individual da remuneração dos administradores, inclusive benefícios de qualquer natureza e verbas de representação, tendo em conta suas responsabilidades, o tempo dedicado às suas funções, sua competência e reputação profissional e o valor dos seus serviços no mercado”.

Ao contrário do propugnado por L. BRITO CORREIA a respeito de dispositivo semelhante da legislação portuguesa³⁹⁹, o contrato de preenchimento de órgão não pode ser gratuito.

Na vigência do Decreto 434/1891, a retribuição dos administradores era disciplinada pelo art. 98, que previa que “o mandato de administrador pode ser estipendiado ou gratuito”.

A revogação do Decreto 434 pelo Decreto-lei 2.627/1940 não permitiu mais a gratuidade do exercício da função. Previu-se, no art. 116, do Decreto-Lei 2.627/1940, que o estatuto determinaria a remuneração dos administradores. A supressão da disposição que possibilitava a gratuidade e a determinação de que o estatuto fixaria a remuneração impossibilitavam a interpretação de que se poderia fixar o valor zero de remuneração, o que contrariaria a finalidade da norma. Sobre o dispositivo, T. M. VALVERDE, um dos redatores do seu projeto, afirmou que “o exercício das funções de diretor há de ser remunerado. Pela lei anterior podia ser gratuito. Não se compreende que quem dirige uma sociedade de fim lucrativo e assume responsabilidades não pequenas exerça o cargo sem nada receber. Só na sociedade de família podia isso acontecer”⁴⁰⁰.

³⁹⁹ Segundo L. BRITO CORREIA, “o art. 399, nº 1, do CSC parece apontar em sentido contrário, mas a verdade é que não exclui que a coletividade dos acionistas delibere que a remuneração é igual a zero ou a um valor meramente simbólico (como um escudo). A remuneração não é, pois, elemento essencial do ato constitutivo da relação de administração” [L. BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anônimas*, op. cit., p. 494].

⁴⁰⁰ T. M. VALVERDE, *Sociedades por ações*, v. II, op. cit., p. 20.

A interpretação deve ser estendida ao dispositivo atualmente vigente. O artigo 152 determina à Assembléia Geral a fixação do montante de remuneração pelos serviços prestados pelos administradores, de modo global ou individual⁴⁰¹. Sua diferença para o Decreto-Lei anterior é apenas decorrente da tentativa de coibir abusos no recebimento exorbitante de lucros pelos administradores. Com base nos padrões estabelecidos, é o valor de mercado do trabalho que determina o montante a ser fixado pela Assembléia Geral, de modo a permitir aos acionistas minoritários arguirem abuso cometido pelos controladores na fixação do montante devido aos administradores.

Mais do que silêncio eloquente ao não se prever a possibilidade de gratuidade, assim, a onerosidade é imposta na obrigação de fixação de remuneração pela Assembléia. Como a remuneração dos administradores, inclusive benefícios de qualquer natureza e verbas de representação, deve ser estabelecida em consideração às responsabilidades, tempo dedicado às suas funções, sua competência, reputação profissional e o valor dos seus serviços no mercado, a fixação de montante não pode ser zero. O exercício das funções por administradores profissionais no âmbito da Grande Empresa pressupõe dedicação constante, domínio da técnica e detenção de informações especializadas, o que é custoso ao agente, valorizado pelo mercado e, portanto, exige remuneração condizente à atividade desenvolvida.

No contrato de mandato, a onerosidade não é obrigatória como no contrato de preenchimento de órgão.

⁴⁰¹ Para M. CARVALHOSA, a remuneração individualizada dos diretores somente poderia ser estabelecida pela Assembléia Geral quando a sociedade não possuisse Conselho de Administração. Segundo o autor, na administração bipartida, “não poderia o conclave discriminar honorários e benefícios individuais dos diretores, já que estes serão eleitos pelo Conselho de Administração e não pela assembléia. Se os parâmetros de competência, dedicação e profissionalidade devem informar a remuneração dos diretores, seria contrária à norma a individualização desses proventos pela assembléia geral” (M. CARVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. III, *op. cit.*, p. 264). Para o autor, a Assembléia Geral deveria fixar a remuneração individual dos membros do Conselho de Administração e somente o montante global da remuneração dos diretores, pois os parâmetros estabelecidos para a remuneração impedem a fixação por órgão que não elegerá os diretores (M. CARVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. III, *op. cit.*, p. 264). Em sentido contrário, F. MARTINS. Para este “como, entretanto, só a assembléia geral pode fixar a remuneração dos administradores – e entre esses se incluem naturalmente os diretores eleitos pelo Conselho de Administração – e sobretudo como para a fixação dessa remuneração devem ser levadas em conta a competência e reputação profissional de cada diretor, sempre que o Conselho fizer a eleição de um diretor deverá ser convocada a assembléia geral para fixar a remuneração do mesmo, só depois disso entrando referido diretor em ação efetiva na sociedade. Não é permitido, sequer, dizer que o estatuto pode dispor que o Conselho fixe provisoriamente uma remuneração para tais diretores pois a lei não lhe deu essa faculdade, taxativamente determinando que a assembléia geral é a única competente para fixar a remuneração dos diretores (F. MARTINS, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, *op. cit.*, p. 567).

No direito romano, somente se admitia o mandato gratuito. O contrato de mandato fundamentava-se na amizade entre os contratantes, a qual se entendia que seria desnaturada na presença de remuneração. À época, entendia-se que a remuneração desvirtuaria o contrato de mandato e o caracterizaria como prestação de serviços⁴⁰².

Na legislação pátria vigente, porém, a gratuidade não é mais da essência do contrato. Hodiernamente, o contrato de mandato é presumido como gratuito quando não é estipulada qualquer remuneração ao mandatário, exceto se a função a ser exercida pelo mandatário seja em decorrência de atividade profissional, conforme reza o art. 658, do Código Civil.

O Código Civil, assim, assegurou a presunção de gratuidade do contrato. Somente o fez, todavia, quando as partes não tivessem convencionado uma retribuição pela realização da obrigação assumida, independentemente da natureza da referida obrigação. A presunção seria afastada, outrossim, se a obrigação do mandatário fosse desenvolvida no âmbito da atividade profissional deste.

Nestes termos, o ato normativo repete a redação do Código Civil revogado que, em seu art. 1.290, parágrafo único, levava a doutrina pátria a caracterizar o mandato mercantil como, presumidamente, contrato bilateral perfeito. Com base nessa fundamentação, atribui-se o caráter oneroso ao mandato outorgado a empresário, de modo que a existência de remuneração ao mandatário comercial é a regra⁴⁰³. Assim, quando o mandato é exercido no âmbito de uma atividade profissional, portanto, a onerosidade é presumida, embora a gratuidade também possa ser estabelecida, o que difere o contrato do mandato do ato de preenchimento de órgão.

Outrossim, no contrato de administração, não há qualquer referência à composição entre as partes para a fixação do preço. Pelo contrário, o art. 152, da Lei 6.404/76, estabelece que a Assembléia Geral fixará a remuneração dos administradores. A redação do dispositivo indica que a fixação, ainda que concomitante à eleição dos administradores, é realizada unilateralmente pela sociedade.

No Código Civil, entretanto, proíbe-se a fixação unilateral do preço nos contratos. O art. 122, do Código Civil, estabelece que é condição potestativa e defesa a que sujeitar o negócio jurídico ao puro arbítrio de uma das partes. A cláusula potestativa é inadmissível,

⁴⁰² O. J. PLÁCIDO E SILVA, *Tratado do mandato e prática das procurações*, v. I, *op. cit.*, pp. 41/42.

⁴⁰³ F. MARTINS, *Contratos e obrigações comerciais*, 16ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 245.

pois submete ao exclusivo arbítrio de somente uma parte todo o efeito do negócio jurídico, impossibilitando à parte adversa qualquer interferência. Nesse âmbito é que o artigo 489, do Código Civil, estabelece que é nulo o contrato de compra e venda quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a fixação do preço⁴⁰⁴.

No contrato de administração, todavia, a fixação unilateral do preço não é abusiva porque ao administrador é garantido o direito individual de renunciar, inclusive sem a necessidade de apresentação de qualquer justificativa. Nestes termos, caso o administrador considere insatisfatória a remuneração fixada, e não consiga convencer a sociedade a alterá-la, cabe-lhe a opção de renunciar à função, nos termos do art. 151, da Lei 6.404/76.

No contrato de prestação de serviço, da mesma forma que no contrato de mandato, o pagamento de remuneração não é obrigatório. Embora o art. 596, do Código Civil, estabeleça que não se tendo estipulado, nem chegando a acordo as partes, fixar-se-á por arbitramento a retribuição, segundo o costume do lugar, o tempo de serviço e sua qualidade, a existência da remuneração não é essencial ao contrato. Possível às partes fixarem que o serviço prestado o será de forma gratuita, o que não desnatura o contrato. O artigo simplesmente determina que, caso não seja estipulado, ou as partes não tenham concordado com o valor da prestação, a remuneração será estipulada segundo os costumes e a qualidade da prestação.

Nesse sentido, J. C. PONTES DE MIRANDA assevera que, no contrato de prestação de serviço, “se não houve convenção explícita, quem afirma a gratuidade tem o ônus da alegar e provar. A prova pode ser fundada no nível da pessoa que prestou o serviço, ou no nível e nas circunstâncias em que o teve”⁴⁰⁵.

No contrato de trabalho, por sua vez, à semelhança do contrato de preenchimento de órgão, a onerosidade é considerada elemento essencial. O art. 3º, da CLT, ao conceituar o empregado, exige que os serviços sejam prestados mediante salário. A execução gratuita dos serviços não permite a caracterização da relação de emprego, mas, eventualmente, denota trabalho voluntário, o qual não permite a geração de vínculo empregatício.

Em suma, a onerosidade obrigatória do contrato de administração o aproxima do contrato de trabalho e o afasta dos contratos de mandato e de prestação de serviço em que,

⁴⁰⁴ Nesse sentido, N. ROSENVALD, *Código Civil Comentado* (coord. Cezar Peluso), 2ª ed., Barueri, Manole, 2008, pp.478/479. .

⁴⁰⁵ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XLVII, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, p. 18.

apesar de a onerosidade ser presumida, não há impedimento à gratuidade ao desempenho da obrigação contratada. Nenhum dos contratos, outrossim, aproxima-se da particularidade do ato de preenchimento de órgão, em que a remuneração pode ser fixada unilateralmente pela sociedade.

2.3 Delegação de poderes

Os poderes atribuídos aos administradores pelo contrato de preenchimento de órgão são indelegáveis. O art. 139, da Lei das S.A., determina que as atribuições e poderes conferidos por lei aos órgãos de administração não podem ser outorgados a outro órgão.

A origem do dispositivo, já constante no art. 116, §5º, do Decreto-Lei nº 2.627/1940⁴⁰⁶, remonta ao direito público e à adoção dos pesos e contrapesos entre os poderes políticos. Com o transplante do princípio à Lei societária, procurou-se instituir um controle de legitimidade dos atos⁴⁰⁷, de modo que, na estrutura organizacional da companhia, a Lei garantiria que cada órgão tivesse suas funções próprias. Sob essa perspectiva, a indelegabilidade garante a segurança e a certeza necessárias à realização de negócios jurídicos em face de terceiros, bem como o controle sobre os atos praticados pelos demais órgãos sociais.

A indelegabilidade dos poderes dos administradores revela-se em diversas vertentes. A primeira delas é a impossibilidade de avocação de competência privativa. Como o poder é atribuído pela própria Lei e não é delegado por nenhum outro órgão social, impossível à Assembléia Geral ou ao Conselho de Administração exercer as funções privativas atribuídas aos diretores. Os poderes exclusivos dos diretores, como a representação, por exemplo, não podem ser avocados pela Assembléia Geral ou pelo Conselho de Administração. A regra não é desconfirmada pela possibilidade de exercer a Assembléia Geral poderes de representação na hipótese de eleição dos membros do Conselho de Administração ou da Diretoria, na ausência do primeiro, ou pela possibilidade dos conselheiros elegerem os diretores. Nestas circunstâncias, não se trata de avocação de

⁴⁰⁶ Pequena alteração da redação existia em face do dispositivo anterior, justificada pela adoção do sistema dúplice facultativo, de modo que não mais se fez referência a diretores mas a poderes conferidos aos órgãos de administração. Segundo redação do art. 116, §5º, do Decreto-Lei nº 2.627/1940, “as atribuições e poderes conferidos por lei aos diretores não podem ser outorgados a outro órgão, criado por lei ou pelos estatutos”.

⁴⁰⁷ M. CARVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. III, *op. cit.*, p. 139.

poderes de representação, mas de atribuição legal específica aos referidos órgãos para a eleição dos administradores.

No caso de vacância dos cargos de diretoria, não cabe aos conselheiros de administração assumir as funções. O art. 150, §2º, estabelece que compete ao Conselho de Administração ou ao Conselho Fiscal convocarem a Assembléia Geral para a eleição dos diretores, devendo o representante do maior número de ações praticar os atos urgentes de administração. O mesmo ocorre com o Conselho de Administração. Na hipótese de vacância do cargo, não pode a Assembléia Geral assumir as funções do conselheiro vagas, ou mesmo a diretoria⁴⁰⁸. Os conselheiros remanescentes devem eleger o substituto ou a assembléia será convocada para proceder à nova eleição.

As funções atribuídas, outrossim, também não podem ser delegadas pelo administrador a terceiro. Ao contrário do Código Civil italiano, no art. 2.381, da Lei societária espanhola, em seu art. 77, e da Lei societária francesa de 1966, em seu art. 113, inexistente a possibilidade de delegação pelo administrador dos poderes recebidos⁴⁰⁹, sob pena de contrariedade ao art. 139, da Lei das S.A. Somente os administradores nomeados podem praticar os atos a respeito das funções que lhe foram atribuídas.

O art. 144, parágrafo único, da Lei das S.A, ao estabelecer que nos limites de suas atribuições e poderes, é lícito aos diretores constituir mandatários da companhia, devendo ser especificados no instrumento os atos ou operações que poderão praticar e o prazo de duração, não contraria a conclusão acima. A delegação das atribuições, vedada pelo ordenamento jurídico pátrio, não se confunde com a constituição de mandatários.

A constituição de mandatários permitida pelo art. 144 não implica delegação de poderes pelo órgão. Ao convencionar o contrato de mandato, o administrador age como órgão da companhia, de modo que é esta que o celebra com o terceiro mandatário. A sociedade, presente pelo diretor, contrata o mandatário, que agirá, nos termos do poder recebido, por conta da sociedade, mas que com a sociedade não se confunde. O mandatário o é da sociedade e não do diretor. Não há nenhuma delegação de poderes deste, a ponto de

⁴⁰⁸ Em sentido contrário M. Carvalhosa, para quem, “no caso de vacância de todos os cargos do Conselho de Administração (art. 150), caberá aos diretores exercer as funções da administração da companhia. Não se trata aqui de delegação provisória de poderes. Na realidade, a vacância total dos conselheiros faz com que, provisoriamente, a companhia passe a ter uma administração unitária, englobando os diretores as funções deliberativas e executivas e de representação da sociedade [M. CARVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. III, *op. cit.*, p. 44].

⁴⁰⁹ M. CARVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. III, *op. cit.*, p. 45.

o mandatário ter os poderes limitados às funções atribuídas ao diretor que tornou a sociedade presente na celebração do contrato. Pelo mesmo motivo, a cessação das funções do diretor não provoca a revogação do mandato outorgado, já que este agiria por conta da sociedade e não do administrador.

O dispositivo, por seu turno, obriga ainda que sejam especificados os atos ou operações que poderão ser praticados pelo mandatário, bem como a duração determinada deste. Não seria possível a celebração de mandato em termos gerais. Na lição de H. M. D. VERÇOSA, “a atribuição de plenos e generalizados poderes de gestão a determinado mandatário tem o efeito, no direito societário, de descaracterizar o mandato, por infringir a própria natureza do instituto. Na verdade, trata-se, freqüentemente, de simulação destinada a esconder sob o manto de procurador um diretor da companhia (ou o controlador) que, por este meio, deseja fugir às conseqüências da quebra dos deveres próprios dos administradores, como é o caso de responsabilidade por perdas e danos causados à própria companhia, aos seus acionistas ou a terceiros no uso dos mencionados poderes”⁴¹⁰.

Ao contrário dos poderes dos administradores, no contrato de prestação de serviços é possível a transferência dos serviços contratados. Conforme redação do art. 605, do Código Civil, o prestador de serviços poderá, desde que haja o aprazimento da outra parte, dar substituto que preste os serviços.

De maneira ainda mais permissiva, no contrato de mandato, os poderes de representação outorgados pela procuração podem ser delegados a terceiros. Note-se, nesse ponto, que embora os artigos 655 e 667 façam alusão ao substabelecimento do mandato, a expressão é empregada novamente com a confusão entre a procuração e o contrato subjacente. O substabelecimento não é a transferência dos poderes recebidos pelo contrato de mandato; é a transferência dos poderes de representação recebidos mediante o negócio jurídico unilateral da procuração⁴¹¹.

O substabelecimento pode ser feito se há autorização para tanto, se a procuração é omissa e, ainda, se há proibição pelo outorgante. A diferença entre as hipóteses reside na responsabilidade do procurador. Na hipótese de a procuração permitir expressamente a

⁴¹⁰ H. M. D. VERÇOSA, *Curso de direito comercial*, v. III, *op. cit.*, p. 441.

⁴¹¹ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XLIII, *op. cit.*, p. 165. Em sentido contrário, O. J. PLÁCIDO E SILVA: “entende-se substabelecimento como o ato pelo qual o mandatário, que se obrigou ao desempenho de um mandato, encarrega uma outra pessoa para que o execute, transferindo-lhe, assim, os poderes que lhe são conferidos, e lhe cometendo o encargo que lhe cabia cumprir” (O. J. PLÁCIDO E SILVA, *Tratado do mandato e prática das procurações*, v. I, *op. cit.*, p. 493).

delegação, o procurador somente responde pelos danos causados pelo substabelecido se tiver agido com culpa na escolha deste ou nas instruções dadas a ele. Caso não haja menção à possibilidade de substabelecimento, o procurador responde pelo outorgante se o substabelecido agir com culpa. Por fim, na hipótese de proibição, o outorgante não se vincula pelos atos praticados, salvo se ratificá-los, e o procurador responde inclusive por caso fortuito, exceto se demonstrar que o prejuízo ocorreria ainda que não tivesse delegado os poderes (art. 667, §1º, do Código Civil)⁴¹².

No contrato de trabalho, por seu turno, a delegação dos poderes não é de acordo com a relação de emprego. Empregado é o trabalhador que presta pessoalmente os serviços contratados. O contrato é celebrado *intuitu personae*, em função de determinada pessoa. É desta que o empregador tem o direito de exigir o trabalho contratado e não de outrem.

O empregado não pode substituir-se por outra pessoa, sem o consentimento do empregador. Mas, ainda que haja anuência do empregador, a substituição descaracteriza o nexo empregatício que exige a pessoalidade no exercício da atividade contratada.

A impossibilidade de delegação de poderes pelos administradores, portanto, aproxima o contrato de preenchimento de órgão de administração do contrato de trabalho e afasta sua regulação da disciplina preconizada aos contratos de mandato e de prestação de serviço.

2.4 Forma

Ainda que aspecto secundário e que não importe, por si só, incompatibilidade entre a natureza do contrato de preenchimento de órgão de administração e os demais contratos, a forma jurídica de cada contrato pode corroborar a existência de características específicas de cada tipo contratual.

Para a contratação dos administradores, a Lei das S.A. exige que sejam preenchidas diversas formalidades, como a comprovação de cumprimento de não ocupar cargos em sociedades concorrentes ou de não possuir interesse conflitante por meio de declaração nos termos definidos pela Comissão de Valores Mobiliários (art. 147, §4º); preenchimento dos requisitos necessários para a regular deliberação assemblear de eleição,

⁴¹² O. GOMES, *Contratos*, *op. cit.*, p. 355.

como publicidade da convocação (art. 124), quorum necessário à eleição (art. 129). Outrossim, a deliberação de eleição deve constar em ata (art. 130), com arquivamento no Registro e publicação (art. 134, §5º e 142, §1º). A aceitação, por seu turno, deve ser expressa com a assinatura do livro de atas do Conselho de Administração ou da diretoria, conforme o caso, no prazo de 30 dias da nomeação (art. 149);

Por seu turno, os contratos de mandato e de prestação de serviços não possuem forma prescrita em lei. A corroborar tal afirmativa, o art. 656, do Código Civil, estabelece que o mandato pode ser expresso ou tácito, verbal ou escrito.

A liberdade de forma quanto aos contratos de mandato e de prestação de serviço não implica a liberdade de forma quanto à procuração. O artigo 657, do Código Civil, ao determinar que a outorga do mandato está sujeita à forma exigida por lei para o ato a ser praticado e que não se admite mandato verbal quando o ato deva ser celebrado por escrito, considerou como mandato a procuração. O princípio da simetria das formas ocorre entre o ato a ser praticado e a outorga dos poderes de representação. Se o ato a ser realizado exige instrumento público, a procuração também deve ser outorgada desta forma, assim como se o ato deva ser feito por escrito a procuração não pode ser verbal⁴¹³.

O contrato de trabalho também não possui forma prescrita para ser realizado. O art. 443, da CLT, determina que poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito. Por escrito, são exigidos apenas os contratos de trabalho de atleta profissional de futebol (art. 3, da Lei 6.454/76), de artistas (art. 9, da Lei 6.533/78), de aprendizagem (art. 428, da CLT) e o contrato de trabalho temporário (art. 1, da Lei 6.019/74)⁴¹⁴.

2.5 Responsabilidade

Peculiar, frente aos demais contratos, é o regime de responsabilidade civil do administrador.

⁴¹³ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XLIII, *op. cit.*, p. 21.

⁴¹⁴ S. PINTO MARTINS, *Direito do trabalho*, *op. cit.*, p. 138.

A violação dos deveres na execução de sua atividade ou por causa desta por atos comissivos ou omissivos torna o administrador responsável pelos prejuízos causados à sociedade, aos acionistas e aos terceiros.

2.5.1 Responsabilidade contratual e extracontratual

Em face da sociedade, parte majoritária da doutrina⁴¹⁵ sustenta que a responsabilidade dos administradores seria extra-contratual ou aquiliana, o que a diferenciaria da responsabilidade originada do contrato de mandato, prestação de serviço ou de trabalho. Pela concepção, a caracterização do administrador como órgão da sociedade determina uma mudança da natureza de sua responsabilidade. A responsabilidade obrigacional, até então fundamentada no contrato de mandato, seria insuficiente a explicar o dever de indenização dos administradores.

Por esta perspectiva, a inexistência de liame contratual entre a sociedade e o administrador denotaria uma violação dos deveres funcionais como prática de um ilícito civil e não de uma infração contratual⁴¹⁶. A distinção repercutiria sobre o ônus da prova da culpa, gradação desta, ressarcibilidade de dano imprevisível, prazo da prescrição e competência de foro⁴¹⁷, o que acabaria por diferenciar a relação de administração do contrato de mandato, prestação de serviços e do contrato de trabalho, os quais assentam a responsabilidade entre as partes no vínculo contratual.

A distinção com base na responsabilidade, entretanto, não parece subsistir.

A responsabilidade extracontratual decorre diretamente da lei e do dever genérico, previsto do art. 186, do Código Civil, de que aquele que cause dano a outrem, por culpa ou

⁴¹⁵ J. A. T. GUERREIRO, *Responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas*, op. cit.; O. GOMES, *Responsabilidade dos Administradores de sociedades por ações*, op. cit.; P. F. CAMPOS SALLES DE TOLEDO, *O conselho de administração na sociedade anônima*, op. cit., pp. 67-68; O. BARRETO. FILHO, *Estrutura administrativa das sociedades anônimas*, op. cit.

⁴¹⁶ Para P. F. CAMPOS SALLES DE TOLEDO, “mesmo em se reconhecendo, nas relações internas entre o administrador e a sociedade, a ocorrência de um liame contratual, não será em virtude do inadimplemento dessas obrigações convencionais que poderá ser responsabilizado o administrador, nos termos e pelos motivos disciplinados nas normas em foco, e sim em razão do descumprimento de seus deveres legais e estatutários” (P. F. CAMPOS SALLES DE TOLEDO, *O conselho de administração na sociedade anônima*, op. cit., p. 67-68).

⁴¹⁷ W. BULGARELLI, *Apontamentos sobre a responsabilidade do administrador das companhias*, op. cit., p. 94.

dolo, fica obrigado a indenizá-lo. Não há vínculo jurídico entre a vítima e o agente do ato ilícito e causador do dano.

A responsabilidade contratual, por sua vez, deriva de uma convenção prévia entre as partes e do descumprimento do ajustado. O inadimplemento do estipulado e que gere dano ao contratante determina a responsabilidade contratual do agente, como previsto no art. 389, do Código Civil, ao estipular que, não cumprida a obrigação, responde o devedor por perdas e danos, mais juros e atualização monetária.

Na hipótese dos administradores de sociedade anônima, sua caracterização como órgãos sociais não afasta, contudo, a relação jurídica contratual. A imediação entre a vontade do órgão e da sociedade não impede a existência de vínculo jurídico entre a pessoa coletiva e o legitimado ao desempenho da função, o qual adquire a posição de órgão mediante um negócio jurídico bilateral, um contrato.

No caso dos administradores de sociedade, inegável que grande parte da responsabilidade perante a companhia seja decorrente de violação de deveres impostos diretamente pela lei. Como exemplo de tais deveres, os artigos 154 e 155, da Lei 6.404/76, determinam a vedação de o administrador praticar atos de liberalidade à custa da companhia; de tomar por empréstimo recursos ou bens da companhia, ou de usar, em proveito próprio, de sociedade em que tenha interesse, ou de terceiros, os seus bens, serviços ou crédito; de receber de terceiros qualquer modalidade de vantagem pessoal, direta ou indireta, em razão do exercício de seu cargo; de usar, em benefício próprio ou de outrem, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo; de omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, de, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da companhia; de adquirir, para revender com lucro, bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir; bem como de não manter reserva sobre negócios da companhia.

Em última instância, a responsabilidade é sempre legal, já que o contrato não pode estipular obrigações contrárias à lei e somente pode sujeitar a parte a obrigações diante da permissão legal. A simples previsão em lei dos deveres, ainda que não repetidos no estatuto social ou no contrato de preenchimento de órgão, não têm o condão, contudo, de caracterizar por si só a responsabilidade como extracontratual.

Exemplo de responsabilidade contratual, ainda que violado dever legal, encontra-se na lei do inquilinato. Embora omissa o contrato de locação, o art. 23, da Lei 8.245/1991, determina a obrigação legal de o locatário pagar pontualmente o aluguel, somente servir-se do imóvel para o uso convencionado compatível com a natureza deste e restituir o imóvel no estado em que o recebeu, por exemplo. O descumprimento pelo locatário das obrigações que lhe foram impostas por Lei gera sua responsabilidade pelos prejuízos causados ao locador. Responsabilidade esta contratual, já que teve como causa um contrato de locação, que inseriu o contratante na qualidade de locatário do imóvel e sujeito aos deveres legais.

No caso do administrador de sociedade, de forma análoga, os deveres legais têm como antecedente lógico o preenchimento do órgão por um contrato entre as partes. É pelo contrato que o eleito vincula-se à sociedade e passa a desempenhar as funções previstas para o órgão. Somente após a celebração do negócio jurídico bilateral, o eleito assume os deveres legais e passa a desempenhar os poderes recebidos pela Lei e regulados pelo estatuto ou por deliberação do Conselho de Administração. O vínculo contratual prévio é o fundamento do descumprimento posterior.

Sob esta perspectiva, a responsabilidade do administrador, ainda que decorra de um descumprimento de dever legal, tem como causa o vínculo contratual celebrado entre o eleito e a sociedade. Caracteriza-se, portanto, como responsabilidade contratual⁴¹⁸ e, assim, não se diferencia da obrigação entre o mandante e o mandatário, entre o empregador e o empregado e entre o adquirente e o prestador de serviços.

Por sua vez, diante de acionistas, por prejuízos diretos, e terceiros, o administrador tem responsabilidade *ex delicto*.

Os acionistas não são parte no contrato de preenchimento de órgão, pois o contrato é celebrado entre a própria sociedade, que manifesta sua vontade social mediante deliberação da Assembléia Geral ou da reunião do Conselho de Administração. Ainda que o acionista integre a deliberação com a sua manifestação de vontade através do voto, é a sociedade que se manifesta por meio de seu órgão social. Portanto, não há violação de

⁴¹⁸ Para M. V. V. ADAMEK, baseado o seu posicionamento em F. GALGANO, que via o ato de preenchimento de órgão como um mero ato material ou de execução do contrato de sociedade, “em última análise, a responsabilidade dos administradores decorre da violação de deveres irradiados do contrato de sociedade, ao qual hodiernamente se reconhece o caráter de contrato de organização (isto é, de coordenação da influência jurídica recíproca de atos) e, portanto, fonte de vários deveres da conduta no plano interno; os poderes dos administradores e, por consequência, os seus deveres, resultariam do próprio contrato de sociedade, que seria a sua fonte atributiva. Por isso, o inadimplemento das obrigações daí resultantes daria ensejo à responsabilidade do tipo obrigacional” [M. V. V. ADAMEK, *Responsabilidade civil dos administradores de S.A. e as ações correlatas*, *op.c it.*, pp. 195-196].

obrigação de vínculo contratual em que o acionista é parte. A responsabilidade, de fato, é extracontratual e pode ocorrer em virtude dos prejuízos causados por impedimento ao exercício do direito de preferência, divulgação de demonstrações financeiras incorretas, falha no cumprimento do dever de informar fato relevante, não distribuição de dividendo ao acionista, por exemplo.

À semelhança da responsabilidade do acionista, a responsabilidade do terceiro também é *ex delicto*. Eventual relação contratual preexistente com o terceiro, como na hipótese de credor social ou empregado, teria sido celebrada com a pessoa jurídica, ainda que feita presente na celebração pela conduta do órgão administrativo. Na qualidade de órgão, não haveria prévio vínculo contratual com a pessoa do administrador, de modo que a responsabilidade deste seria aquiliana, como nas hipóteses de prejuízos causados, por exemplo, em virtude de dissolução irregular da sociedade, manipulação do mercado acionário ou alteração de balanço social para a efetivação de contrato com terceiro, por exemplo.

A diferença entre as naturezas da responsabilidade diante da companhia e diante de acionistas e terceiros, entretanto, não gera maiores efeitos sobre o administrador⁴¹⁹. Não há alteração do ônus da prova quanto à demonstração da culpa pelo agente na hipótese de responsabilidade contratual ou extracontratual. O ônus da prova quanto à culpa faz-se mais em consideração à sua hodierna existência na situação geradora do dano, ou à natureza da obrigação descumprida, do que em relação à diversidade de natureza de sua responsabilidade⁴²⁰.

⁴¹⁹ A diferença entre a responsabilidade obrigacional e extra-obrigacional é mitigada por R. DUARTE. Em sua lição, “a distinção de regimes existe, havendo, entretanto, uma coincidência nos aspectos fundamentais, como nos pressupostos da responsabilidade, que efetivamente são suscetíveis de uma apreciação unitária. Pode-se mesmo afirmar a existência de um entrelaçamento entre os dois regimes, sem que, no entanto, seja possível defender a eliminação do discreto dualismo existente” (R. DUARTE, *Responsabilidade civil e o novo código: contributo para uma revisão conceitual*, in *Revista dos Tribunais*, v. 850, São Paulo, RT, 2006, p. 79).

⁴²⁰ Para J. A. DIAS, “quando a situação normal, adquirida, é a ausência de culpa, o autor não pode escapar à obrigação de provar toda vez que, fundadamente, consiga o réu invocá-la. Mas se, ao contrário, pelas circunstâncias peculiares à causa, outra é a situação-modelo, isto é, se a situação normal faça crer na culpa do réu, já aqui se invertem os papéis: é ao responsável que incumbe mostrar que, contra essa aparência, que faz surgir a presunção em favor da vítima, não ocorreu culpa de sua parte (...). O que se verifica, em matéria de responsabilidade, é o progressivo abandono da regra *actori incumbit probatio*, no seu sentido absoluto, em favor da fórmula de que a prova incumbe a quem alega contra a normalidade, que é válida tanto para a apuração da culpa como para a verificação da causalidade (J. A. DIAS, *Da responsabilidade civil*, v. I, 6ª ed., Belo Horizonte, Forense, 1979, p. 100-102). Para S. CAVALIERI FILHO, o ônus da prova não seria diverso conforme responsabilidade contratual ou extracontratual. O que importaria para a consideração do ônus da prova seria a natureza da obrigação assumida, se de alcançar um determinado resultado ou se a obrigação foi de meio (S. CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005, nº 84.2).

A gradação desta culpa, por seu turno, decorre diretamente do grau de diligência imposto ao agente e não da fonte da obrigação. Na hipótese dos administradores de sociedade anônima, o padrão da culpa é estabelecido no artigo 153, da Lei 6.404/76, que determina como padrão o cuidado e diligência que *todo homem ativo e probo* costuma empregar na administração de seus próprios negócios.

Outrossim, não há diferença quanto à prescrição e à competência de foro no caso dos administradores. A Lei das S.A., em seu artigo 287, II, b, 2, determina que, quer seja ela decorrente de responsabilidade contratual ou legal, prescreve em três anos a ação da sociedade contra os administradores para deles haver reparação civil por atos culposos ou dolosos *ou* no caso de violação da lei, do estatuto ou convenção do grupo, a contar da data da publicação da ata que aprovar o balanço referente ao exercício em que a violação tenha ocorrido⁴²¹. O Código Civil, embora Lei geral, regulou inteiramente a hipótese descrita e, assim, revogou o dispositivo da Lei das S.A. Estabeleceu, em seu art 206, §3, VII, b, que a pretensão contra os administradores por violação da lei ou do estatuto é de três anos e se inicia com a apresentação aos sócios do balanço referente ao exercício em que a violação tenha sido praticada, ou da reunião ou assembléia geral que dela deva tomar conhecimento, e não mais da publicação da ata que aprovou o balanço.

A competência de foro, por seu turno, em todas as hipóteses em que for réu o administrador é determinada pelo lugar do ato ou fato, nos termos do art. 100, V, b, do Código de Processo Civil, a qual, não necessariamente, é o foro da sede da sociedade por ações⁴²².

Além da semelhança dos efeitos substanciais, os pressupostos exigidos de ambas são idênticos. Tanto na responsabilidade contratual quanto na responsabilidade extracontratual, são exigidos como pressupostos a conduta comissiva ou omissiva, antijurídica e culpável do agente, o prejuízo causado e o nexo de causalidade. Na sociedade

⁴²¹ Na interpretação de A. LAMY FILHO e J. L. BULHÕES PEDREIRA, a prescrição de três anos ocorre para todas as ações de responsabilidade civil contra os administradores da companhia, seja qual for o seu fundamento, já que a redação do art. 287, II, b, teria omitido, equivocadamente, a palavra ou entre as expressões ‘por atos culposos ou dolosos’ e ‘no caso de violação da lei, do estatuto ou da convenção do grupo’ (A. LAMY FILHO e J. L. BULHÕES PEDREIRA, *A Lei das S.A., op. cit.*, p. 604).

⁴²² M. V. V. ADAMEK, *Responsabilidade civil dos administradores de S.A. e as ações correlatas, op. cit.*, pp. 422 e ss. Em sentido contrário, T. M VALVERDE, *Sociedade por ações*, v. II, p. 213. Para este último, ainda sob o Decreto lei anterior, “o anteprojeto consignava, no art. 86, o seguinte dispositivo, que, apesar de suprimido, permanece como regra geral: ‘todos os pleitos, que se originarem das relações entre a sociedade e seus acionistas ou entre aquela ou estes e qualquer dos membros dos órgãos de direção ou fiscalização, serão propostos perante o juiz competente da sede da sociedade’” (T. M VALVERDE, *Sociedade por ações*, v. II, *op. cit.*, p. 213).

anônima especificadamente, a responsabilidade do administrador é fundamentada no art. 158, da Lei das S/A, que a disciplina mediante três perspectivas básicas. A primeira, pelo caput do dispositivo, estabelece que o administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão. Por seu turno, no inciso primeiro, responde o administrador pelos prejuízos que causar quando proceder, dentro de suas atribuições ou poderes, com dolo ou culpa; e, no inciso segundo, com violação da lei ou do estatuto.

2.5.2 Irresponsabilidade por ato regular de gestão

Como órgão que *apresenta* a sociedade, não é o administrador que manifesta sua vontade externamente. Ao praticar ato regular de apresentação, a sociedade faz-se presente pelo administrador e declara, por este, a vontade social aos terceiros. Presente na celebração contratual figura a sociedade, que se torna diretamente a titular de direitos e sujeita a obrigações.

Como é a própria sociedade que se obriga, o administrador não pode ser responsabilizado por ato regular de execução de suas funções representativas. Ainda que resulte prejuízo a terceiros, não ocorre o comprometimento pessoal do administrador e de seu patrimônio particular para o ressarcimento do dano, se decorrente do ato regular de gestão. Os terceiros prejudicados devem eventualmente se voltar contra a companhia, única obrigada pelo ato, já que, se estritamente no cumprimento de seus deveres, somente a sociedade permanece vinculada à obrigação⁴²³.

A irresponsabilidade por ato de representação orgânica, desta forma, decorre da própria natureza do instituto e da imputação dos efeitos do ato diretamente à sociedade. Sua consequência, portanto, quanto a terceiros, é exatamente a mesma qualquer que seja a relação subjacente, desde que no vínculo tenham sido atribuídos poderes de representação orgânica. Para diferir os diversos tipos contratuais e analisar sua adequação à relação formada pelo negócio jurídico de preenchimento de órgão de administração, assim, o

⁴²³ J. A. T. GUERREIRO, *Responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas*, op. cit., p. 73. M. CAVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. III, op. cit., p. 356; F. MARTINS, *Ação individual de responsabilidade civil contra administrador de sociedade anônima fechada*, in *Novos estudos de direito societário: sociedades anônimas e sociedades por quotas*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 142; J. LOBO, *Fraudes à Lei de S/A*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 113, São Paulo, Malheiros, 1999, p. 115.

estudo deve ser focado na responsabilidade do administrador perante a companhia na execução dos atos de gestão.

Quanto a estes, o art. 158, caput, estabelece a irresponsabilidade dos administradores desde que haja “ato regular de gestão”. Por ato regular de gestão devem ser concebidos não os atos de administração ordinária, em contraponto aos atos de administração extraordinária, mas os atos que não impliquem violação da lei ou do estatuto. Qualquer infração da lei ou do estatuto social, quer pela não persecução, pelo ato, do interesse social, pelo descumprimento do dever de diligência, lealdade, ou pela violação de limitação estatutária, por exemplo, determina a irregularidade do ato de gestão e, portanto, a responsabilidade pessoal do administrador⁴²⁴.

J. A. TAVARES GUERREIRO, ao versar sobre o caput do art. 158, afirma que haveria verdadeira tautologia ao determinar-se a irresponsabilidade por ato regular de gestão. “Realmente, enquanto o *caput* do art. 158 a tal se refere, o seu inciso II atribui responsabilidade civil ao administrador que haja violado a lei ou o estatuto. Ora, os únicos parâmetros admissíveis para a aferição da regularidade do ato de gestão são exatamente os preceitos da lei e as disposições do estatuto. Assim sendo, não há sentido para a duplicidade de condições, confundindo-se o ato irregular de gestão com o ato praticado com violação da lei ou do estatuto”⁴²⁵.

O ato regular de gestão, outrossim, deve incluir em seu conceito o cumprimento às deliberações assembleares e às decisões do Conselho de Administração sempre que as decisões forem conformes ao interesse social relativo e não contrárias à Lei. Conforme já sustentamos, a manifestação majoritária dos contratantes, quer através da Assembléia Geral, quer indiretamente através do Conselho de Administração, apresenta-se como especificação do interesse social abrangente, que compreende tanto o escopo meio quanto o escopo fim, e o individualiza diante do caso particular. Como o administrador está adstrito à persecução do interesse social, o administrador também não responde civilmente nas hipóteses em que cumprir as instruções da Assembléia Geral ou do Conselho de Administração, desde que as decisões não sejam ilegais ou contrárias aos escopos da companhia.

⁴²⁴ J. A. T. GUERREIRO, *Responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas*, op. cit., p. 73. F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. 50, pp. 405-406.

⁴²⁵ J. A. T. GUERREIRO, *Responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas*, op. cit., p. 73.

No contrato de mandato, de prestação de serviço e de trabalho, de forma análoga ao ato de preenchimento do órgão, não há responsabilidade do mandatário, do prestador do serviço e do empregado perante o mandante, adquirente e empregador sem que tenha havido, quer através de ato omissivo ou comissivo, descumprimento da obrigação contratual ou de imposição legal decorrente do contrato celebrado.

No contrato de mandato e de prestação de serviço, além do cumprimento das obrigações contratuais e legais, o ato praticado não acarretará a responsabilidade do mandatário somente se for também conforme as instruções do mandante ou do prestador⁴²⁶. As instruções devem ser seguidas ainda que o mandatário entenda que destoam do interesse objetivo do mandante, a menos que o mandante ignorasse as circunstâncias novas ou tenha sobrevindo alteração, sob pena de responsabilidade⁴²⁷.

No contrato de trabalho, a responsabilidade do empregado, além do descumprimento de deveres legais e contratuais, também decorre dos prejuízos causados pela não adstrição às ordens gerais de serviço, como as contidas em circulares, portarias, instruções gerais da empresa, bem como às ordens pessoais de serviço. As situações caracterizam a indisciplina e a insubordinação, respectivamente, e, inclusive, motivam a rescisão do contrato de trabalho pelo empregador por justa causa, nos termos do art. 482, alínea e, da CLT⁴²⁸.

2.5.3 Responsabilidade por culpa e dolo

A adequação dos contratos de mandato, de prestação de serviços e de trabalho com o ato de preenchimento de órgão, contudo, não se faz da mesma forma quanto à responsabilidade por culpa e dolo.

O art. 158, I, da Lei das S.A. determina que os administradores, quando agirem com culpa e dolo, ainda que dentro de suas atribuições ou poderes, são responsáveis pelos

⁴²⁶ A obrigação de seguir as instruções do mandante resulta do art. 679, do Código Civil, que assegura o direito de regresso do mandante em face do mandatário pelas perdas e danos resultantes das suas instruções.

⁴²⁷ F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XLIII, *op. cit.*, p. 47.

⁴²⁸ Na lição de F. C. PONTES DE MIRANDA, “o locatário de serviços, mandatário ou empregador tem ação contra o procurador, locador de serviços, mandatário ou empregado, pelo afastar-se das instruções, mesmo se não houve excesso de poderes” (F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XLIII, *op. cit.*, pp. 47-48).

prejuízos que causarem. Pelo dispositivo, embora atue dentro dos poderes que lhe foram atribuídos, pode o administrador causar prejuízos à sociedade. Nessa situação, caso o prejuízo seja causado com culpa ou dolo, o administrador é responsável pelos danos causados por seu comportamento. O padrão de culpa do administrador, contudo, não se confunde com o padrão utilizado nos demais contratos.

A análise da negligência e imprudência do administrador faz-se com base em um padrão pré-estabelecido de confronto, o dever de diligência, o qual deve ser entendido em sua concepção objetiva, como padrão de conduta exigido no exercício da atividade⁴²⁹. Nas sociedades anônimas, o referido dever é estipulado no art. 153, da Lei das S.A, segundo o qual 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 negócios⁴³⁰.

Parte da doutrina pátria interpreta o dispositivo como a consagração do padrão de diligência do ordinário pai de família⁴³¹. Para essa concepção, a Lei tomaria como parâmetro a diligência ordinária de um cidadão médio, um homem ativo e probo, que poderia não ter conhecimento técnico suficiente para a condução da atividade administrativa.

A análise sistemática da Lei das S. A., todavia, obriga à conclusão diversa, com a adoção de um parâmetro de um administrador competente e consciencioso⁴³², consentâneo, outrossim, ao padrão erigido pelas legislações estrangeiras⁴³³.

⁴²⁹ Para R. V. RIBEIRO, “no sentido subjetivo, o dever de diligência pode ser tido como esforço, dedicação, cuidado, interesse, atenção e zelo na execução de uma tarefa, independente do resultado final. E numa concepção objetiva, o padrão de conduta exigido no exercício de uma atividade” (R. V. RIBEIRO, *Dever de diligência dos administradores de sociedades*, São Paulo, Quartier Latin, 2006, p. 208).

⁴³⁰ A redação já era consagrada no Dec. Lei 2.627/40, que em seu artigo 116, §7º, já previa que “os diretores deverão empregar, no exercício de suas funções, tanto no interesse da empresa como no do bem público, a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios”.

⁴³¹ “A Lei de Sociedades por Ações não toma como parâmetro de administrador um empresário, e sim um cidadão qualquer, que exerça ou não atividade empresarial, podendo, pois, não ter nenhuma prática de administração de empresas” (P. F. CAMPOS SALLES. DE TOLEDO, *o conselho de administração na sociedade anônima*, op. cit., p. 54). Nesse sentido também F. MARTINS determina que “a simples honestidade, boa vontade ou diligência de um homem ativo e probo não são bastantes para fazer com que ele exerça funções de administrador da sociedade; necessário é que haja conhecimentos técnicos e que o administrador atue profissionalmente (...)” (F. MARTINS, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, op. cit., p. 572). Cf. TEIXEIRA e J. A. T. GUERREIRO, *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, op. cit., p. 471.

⁴³² Para maiores detalhes, Meu, *Exercício do poder de administração*, op. cit., pp. 162 e ss.

⁴³³ Na Alemanha, o §84 da *Aktiengesetz* alemã de 1937 e o posterior §93.1, da Lei societária de 1965, determinaram o padrão de um homem de negócios diligente e consciencioso.

De fato, o padrão de diligência do homem médio não seria adequado às especialização e profissionalização crescentes da atividade administrativa, num contexto social marcado por concorrência global, exigência de decisões céleres e de um comportamento dinâmico⁴³⁴ e não poderia ter sido referendado pela Lei das S.A., cujo intuito era o de permitir a criação de um ambiente necessário para o desenvolvimento da grande empresa⁴³⁵. A Lei societária pátria, consciente de tal exigência, no art. 152, ao versar sobre a remuneração do administrador, estabeleceu critérios para a sua fixação baseados na competência, reputação profissional do administrador e tempo dedicado às suas funções. O conhecimento técnico e o profissionalismo no desempenho das atribuições, desta forma, foram caracterizados como requisitos do administrador, o qual, por lógica, não poderia desenvolver atos conforme um padrão de diligência mais tênue, de um simples pai de família, com indiferença aos seus atributos e à atividade.

Nos Estados Unidos, o *Model Business Corporation Act* de 1984 estipula o dever de o administrador agir “with the care that a person in a like position would reasonably believe appropriate under circumstances”. Para BALLANTINE, LATTIN e JENNINGS, “the more usual rule is expressed to require that degree of care which an ordinarily prudent director would exercise in a similar position under similar circumstances” (H. W. BALLANTINE, N. D. LATTIN e R. W. JENNINGS, *Cases and materials on corporations*, Chicago, Callaghan & Company, p. 279). Nestes termos, o *duty of care* seria “that care which a reasonably prudent director of a similar corporation would have used under the circumstances of the particular case” (N. D. LATTIN, *The law of corporations*, 2ª ed., New York, The Foundation Press, 1971, p. 272). R. W. HAMILTON, *The law of corporation in a nutshell*, 3ª ed., St. Paul, West Publishing Co., 1991, p. 381).

Em Portugal, o art. 64, do Código de Sociedades Comerciais Português, determina que “os gerentes, administradores ou diretores de uma sociedade devem actuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores”.

Na Itália, a antiga redação do art. 2.392, determinava que os administradores deveriam ter a diligência de um bom pai de família: “Gli amministratori devono adempiere i doveri ad essi imposti dalla legge e dall’atto costitutivo con la diligenza del mandatario”. Nestes termos, F. GALGANO esclarecia que a diligência indica o padrão necessário para o adimplemento de qualquer obrigação; “a diligência exigida dos administradores de sociedade por ações é aquela normal e ordinária, e não uma diligência especial de maior, ou de menor, intensidade” (F. GALGANO, *La società per azioni*, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1984, *op. cit.*, p. 337). Cf. A. BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, v. II, *op. cit.*, p. 388. Com a nova redação do art. 2.392, o padrão de diligência foi alterado pelo padrão de diligência de um administrador médio, pois, segundo o artigo, a culpa se refere a “la diligenza richiesta dalla natura dell’incarico e dalle loro specifiche competenze (...)”.

⁴³⁴ Para RIBEIRO, “a transposição do modelo romano do direito civil antigo para o direito empresarial moderno apresenta alguns problemas. O primeiro, a aplicação de um instituto de base civilística para disciplina de relações empresariais. O outro é a tendência à profissionalização da gestão das empresas modernas, pelo que alguns autores relegam a responsabilidade com base na idéia do bom pai de família, considerando o padrão insuficiente, inadaptado e inadaptável” (R. V. RIBEIRO, *Dever de diligência dos administradores de sociedades*, *op. cit.*, pp. 213-214).

⁴³⁵ Para L. F. D. M. COSTA, “o modelo de atuação da lei é construído não em cima do padrão social do simples pai de família, que remonta ao Digesto (vir diligens ac probus, bonus pater familias, vir optimus et purus), mas, sim, sobre a noção de gestor eficiente, com a exigência de capacidade profissional. Enxergar na redação do art. 153 o indicativo do cuidado esperado do homem médio, ou comum, na condução dos seus próprios negócios é fazer uma leitura apertada e isolada da lei das sociedades anônimas, destoadada do nosso sistema jurídico” (L. F. D. M. COSTA, *Contribuição ao estudo da responsabilidade civil dos administradores de companhias abertas*, dissertação apresentada à Faculdade de Direito da USP, 2006, p. 66).

O padrão de conduta deve corresponder ao papel desempenhado pelo administrador no desenvolvimento da atividade corporativa⁴³⁶. Deve corresponder aos requisitos exigidos para a ocupação da função, de modo que o dispositivo deve ser interpretado como o do homem médio ativo e probo, na qualidade de administrador. Por essa interpretação, o supracitado dispositivo teria abandonado o padrão tradicional de diligência assentado no critério do *bonus parter familias* para consagrar um parâmetro específico, assentado na conduta de um administrador profissional e consciente⁴³⁷.

O padrão abstrato do administrador profissional e consciente difere do parâmetro de culpa pelo descumprimento dos demais contratos.

No contrato de mandato, o art. 667, do Código Civil, reproduziu, no caput, o art. 1.300, do Código Civil de 1916, e determinou que o mandatário deveria aplicar toda a sua diligência habitual na execução do mandato. Sobre o dispositivo, a doutrina pátria formou duas correntes quanto ao padrão de diligência exigido.

Uma primeira corrente interpreta o dispositivo em seu sentido literal, com a fixação de um padrão habitual do específico mandatário na condução de seus negócios. O artigo fixaria um parâmetro *diligentia quam suis*, de culpa *in concreto*⁴³⁸. Para a concepção, o critério de aferição da culpa deveria ser o parâmetro de conduta ordinária do próprio mandatário contratado, ou seja, a diligência do agente específico na condução dos seus negócios.

⁴³⁶ Segundo M. CARVALHOSA, “não basta, em nosso direito, por sua inquestionável feição institucional, que o administrador atue como homem ativo e probo na condução de seus próprios negócios. São insuficientes os atributos de diligência, honestidade e boa vontade para qualificar as pessoas como administradores. É necessário que se acrescente a competência profissional específica, traduzida por escolaridade ou experiência e, se possível, ambas. O próprio art. 152 expressamente estabelece esses requisitos, ao falar em competência, reputação profissional e tempo de dedicação às suas funções” (M. CARVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. III, *op. cit.*, p. 272). Para W. BULGARELLI, “se a companhia deve alcançar os seus fins (escopo-fim) através do exercício da empresa (escopo-meio) o conteúdo das atribuições dos administradores é integrado pela gestão social genérica, que abrange não só o cumprimento da lei e do contrato societário, mas também o exercício da empresa, e nesse sentido, a exigência de um padrão gerencial baseado na capacidade profissional é um imperativo da realidade” (W. BULGARELLI, *Apontamentos sobre a responsabilidade do administrador das companhias*, *op. cit.*, p. 77).

⁴³⁷ Para L. F. D. M. COSTA, “é a elasticidade da formulação do dever de diligência na lei que permite que se estipule um grau de exigência maior, ligado ao requisito de profissionalismo, para os administradores de companhia aberta. Uma interpretação sistemática da lei de sociedades por ações, em substituição a uma leitura isolada e apressada do art. 153, não leva a outra conclusão” (L. F. D. M. COSTA, *Contribuição ao estudo da responsabilidade civil dos administradores de companhias abertas*, *op. cit.*, p. 68).

⁴³⁸ A. RIZZARDO, *Responsabilidade civil*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009, p. 9 e F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XLIII, *op. cit.*, p. 44.

Parte dos doutrinadores, por seu turno, interpreta o art. 667, do Código Civil, como o padrão de diligência do homem médio, do *bonus pater familias*.⁴³⁹, cuja origem remonta ao direito de Justiniano. Sob essa perspectiva, embora em seus primórdios tal padrão de diligência considerasse a média do comportamento padrão dos indivíduos incumbidos do exercício da atividade específica, conforme a exigência da capacidade, conhecimento técnico e competência do agente⁴⁴⁰, a interpretação atual do critério assenta-se num padrão abstrato do homem médio de determinado ambiente e época⁴⁴¹.

No contrato de prestação de serviços e de trabalho, à falta de disposição específica, deveria ser aplicado o padrão geral de conduta do *bonus pater familias* para a aferição da culpa⁴⁴².

No contrato de trabalho, o art. 482, da Consolidação das Leis do Trabalho, determina que comete falta grave quem desempenha as funções com desídia, conceituada como desenvolvimento do trabalho com negligência. A lei também caracteriza como falta grave o mau procedimento, comportamento irregular do empregado⁴⁴³. A exigência de diligência na realização do trabalho, todavia, não possui padrão predeterminado na legislação do trabalho, de modo que, diante da omissão, o padrão exigido deve ser o critério geral de diligência do homem médio.

Na comparação com o administrador, verifica-se a diferença dos padrões de aferição da culpa. No padrão do *bonus pater familias*, não haveria a exigência de conhecimentos técnicos e específicos, fora do conhecimento do homem médio, de modo que o padrão de diligência do administrador profissional é mais restrito.

Por seu turno, o parâmetro *in concreto* de *diligentia quam suis* pode representar uma agravante ou atenuante do padrão do *bonus pater familias*, pois o indivíduo contratado pode ser ordinariamente mais ou menos negligente em sua conduta do que o

⁴³⁹ C. L. B. GODOY, in *Código civil comentado*, op. cit., p. 667.

⁴⁴⁰ W.W. BUCKLAND, *Diligens paterfamilias*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, v. II, Milano, Fratelli Treves, 1930, pp. 87 ss; R. V. RIBEIRO, *Dever de diligência dos administradores de sociedades*, op. cit., p. 57.

⁴⁴¹ G. COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 48.

⁴⁴² Em sentido contrário, F. C. PONTES DE MIRANDA. Para o autor, "a diligência há de ser a da profissão, ou a que se há de exigir ao serviço que o promitente presta sem ser essa a sua profissão habitual" (F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XLVII, op. cit., p. 49).

⁴⁴³ A. MASCARO. NASCIMENTO, *Iniciação do direito do trabalho*, op. cit., pp. 433 e 434.

homem médio, bom pai de família⁴⁴⁴. Da mesma forma, em relação ao padrão em abstrato do administrador profissional e consciente, o parâmetro concreto pode representar um agravante ou atenuante a depender da diligência habitual do contratado.

2.5.4 Responsabilidade por violação da lei ou do estatuto

A terceira hipótese tratada pelo art. 158, da Lei 6.404/76, é a responsabilidade decorrente da violação da lei ou do estatuto.

Embora receba tratamento isolado no inciso segundo do referido artigo, a responsabilidade pela violação da lei ou dos estatutos não é objetiva⁴⁴⁵. A culpa *lato sensu* é sempre exigível do administrador, ainda que nas hipóteses decorrentes da violação da lei ou do estatuto. O dispositivo legal não descarta a culpa como pressuposto e, na omissão legal, deve-se seguir a regra geral da responsabilidade do direito brasileiro que assenta a responsabilidade dos indivíduos na culpa, com a responsabilidade objetiva como exceção.

A responsabilidade subjetiva, entretanto, não identificaria as hipóteses previstas nos incisos primeiro e segundo do art 158, da Lei. 6.404/76, ou seja, a responsabilidade em decorrência da culpa ou dolo e a responsabilidade por infração à lei ou ao estatuto.

Parte majoritária da doutrina entende que, na hipótese de o administrador proceder com violação da lei ou do estatuto, ainda que sua responsabilidade não prescindia da culpa, esta seria presumida *iuris tantum*, em razão do conhecimento do administrador do teor da lei e do estatuto, a ponto de haver a inversão do ônus da prova de sua não existência⁴⁴⁶. No

⁴⁴⁴ Para maiores aprofundamentos, R. V. RIBEIRO, *Dever de diligência dos administradores de sociedades*, op. cit., pp. 66 e ss.

⁴⁴⁵ Em sentido contrário, M. CARVALHOSA sustenta que a responsabilidade seria objetiva. “Na hipótese específica de violação da lei ou dos estatutos por parte do administrador, prevista no item II, do art. 158, fica consignada sua responsabilidade objetiva, independentemente, portanto, da prova de culpa ou dolo. Ao infringir a lei ou o estatuto, o administrador cria o risco do dano para a companhia, independentemente do proveito pessoal que lhe tenha trazido tal risco, e, conseqüentemente, da intenção de favorecer a si próprio, a terceiros, ou de prejudicar aquele que sofre esse risco” (M. CARVALHOSA, *Responsabilidade civil de administradores e de acionistas controladores perante a Lei das S/A*, in *Revista dos Tribunais*, v. 699, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, p. 37). Também pugna pela responsabilidade objetiva F. MARTINS, *Prescrição da ação de responsabilidade civil contra administradores de sociedades anônimas*, in *Novos estudos de direito societário*, São Paulo, Saraiva, 1988, p. 157.

⁴⁴⁶ O. BARRETO FILHO, *Medidas judiciais da companhia contra os administradores*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico e Financeiro*, nº 40, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, p. 17; J. A. T. GUERREIRO, *Responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas*, op. cit., p. 81; P. S. FRONTINI, *Responsabilidade dos administradores em face da nova Lei das Sociedades por Ações*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico e Financeiro*, nº 26, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 45; W.

caso de violação da lei ou do estatuto, assim, seria necessária somente a demonstração do ato ilícito, do nexo causal e do dano sofrido pelo prejudicado. A contraprova caberia ao administrador, que poderia demonstrar, ainda, que atuou de boa fé e no interesse da companhia⁴⁴⁷.

Não parece, contudo, ser essa a distinção entre os dispositivos.

O art. 158, II, não determina nenhuma inversão probatória, de modo a excepcionar a regra geral. Outrossim, o argumento de que o prévio conhecimento da lei e do estatuto asseguraria a inversão da demonstração da culpa deve também ser rejeitado pois a responsabilização por ato ilícito pressupõe sempre a violação de um dever legal, ainda que mediato, e, embora seja pressuposto o conhecimento de todos do teor da lei, nem sempre há a inversão do ônus probatório da culpa.

O ônus da prova da culpa depende mais da sua hodierna existência na situação geradora do dano⁴⁴⁸ e, por consequência, da natureza da obrigação descumprida, se de meio ou de resultado.

Na obrigação de meio, o devedor obriga-se a desenvolver uma atividade conforme um padrão de diligência exigido pelas circunstâncias e independentemente do resultado alcançado. Por seu turno, na obrigação de resultado, o devedor se obriga a alcançar determinado fim, sem cuja obtenção a obrigação não seria adimplida. Em razão da hodierna existência ou não da culpa nas referidas obrigações, na obrigação de meio o credor deverá provar que o devedor não agiu com a diligência necessária na execução da obrigação. Na obrigação de resultado, por outro lado, presume-se a culpa do devedor, de modo que cumpre a este demonstrar não ter agido com negligência, imperícia ou imprudência, pois a falta do resultado é suficiente, a princípio, para indicar que o devedor não fez, com o seu comportamento, todo o necessário para obtê-lo⁴⁴⁹.

BULGARELLI, *Apontamentos sobre a responsabilidade do administrador das companhias*, op. cit., p. 97. Para T. M. VALVERDE, ao comentar o art. 121, do Dec. Lei 2627, com redação idêntica, “dir-se-á que a lei presume, nesses casos, a culpa do diretor, pelo que a ele incumbirá provar que a violação da lei ou dos estatutos resultou de circunstâncias especialíssimas, por ele não provocadas ou relativamente às quais não poderia ele ter nenhuma influência, ou, ainda, que os prejuízos verificados ocorreriam em qualquer hipótese” (T. M. VALVERDE, *Sociedades por ações*, v. II, op. cit., p. 46).

⁴⁴⁷ W. BULGARELLI, *Apontamentos sobre a responsabilidade do administrador das companhias*, op. cit., p. 97.

⁴⁴⁸ J. A. DIAS, *Da responsabilidade civil*, v. I, op. cit., p. 100-102; Cf. S. CAVALIERI FILHO, *Programa de responsabilidade civil*, op. cit., nº 84.2.

⁴⁴⁹ R. STOCO, *Tratado de responsabilidade civil*, 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007, p. 171. Para o autor, tanto na obrigação de meio como de resultado “a responsabilidade do profissional está escorada na

Pelo exposto, pode existir culpa presumida e inversão do ônus probatório da negligência, imperícia ou imprudência do agente tanto na hipótese do art. 158, I, quanto na hipótese do art. 158, II, da Lei 6.404/76. Isso porque, na responsabilidade por atos culposos dentro de suas atribuições ou poderes, pode o administrador violar obrigações de meio e de resultado, como não arquivar determinada ata ou descumprir deveres de lealdade, na omissão no exercício ou proteção de direitos da companhia. Da mesma forma, na responsabilidade pelos atos praticados fora do âmbito de atribuições, pode haver o descumprimento da obrigação de resultado de não praticar ato de liberdade à custa da companhia (art. 154, §2, a) ou da obrigação de meio de atuar com diligência.

A distinção entre os incisos, portanto, não se faz com base na inversão do ônus probatório. A diferenciação, por sua vez, parece referir-se à discussão já presente sob a égide do Decreto-Lei 2.627/1940 e que versava sobre a responsabilização da companhia e do administrador pelos atos praticados.

Na hipótese do inciso I, do art. 158, a obrigação pelos atos praticados dentro das atribuições do administrador, com culpa e dolo, seria exclusivamente da sociedade, que poderia voltar-se, em regresso, contra o administrador. Já diante dos atos praticados fora das atribuições e poderes, com violação da lei ou do estatuto, hipótese descrita no inciso II, do art. 158, a companhia não possuiria, em regra, responsabilidade perante terceiros, a qual seria exclusiva do administrador⁴⁵⁰.

O fundamento para tanto reside no poder de *apresentação*. Como a sociedade é *apresentada* somente na medida dos poderes atribuídos, restritos pela atividade descrita no objeto social da companhia e pela persecução do interesse social, fora do âmbito de atuação o administrador não mais age como tal, ou seja, não mais age na qualidade de

culpa, ou seja, na atividade de meios culpa-se o agente pelo erro no percurso mas não pelo resultado, pelo qual não se responsabilizou. Na atividade de resultado culpa-se pelo erro de percurso e também pela não obtenção ou insucesso do resultado, porque este era o fim colimado e avençado, a meta optada. No primeiro caso (obrigação de meio) cabe ao contratante ou credor demonstrar a culpa do contratado ou devedor. No segundo (obrigação de resultado) presume-se a culpa do contratado, invertendo-se o ônus da prova, pela simples razão de que os contratos em que o objeto colimado encerra um resultado, a sua obtenção é *quantum satis* para empenhar, por presunção, a responsabilidade do devedor” [R. STOCO, *Tratado de responsabilidade civil*, *op. cit.*, p. 171].

⁴⁵⁰ L. G. P. B. LEÃES, *Sociedade por ações - atos praticados por seus diretores, em razão de administração – responsabilidade daquela e destes, solidariamente, se agiram com culpa ou contrariamente aos estatutos*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico e Financeiro*, nº 02, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971, p. 79; L. G. P. B. LEÃES, *Responsabilidade dos administradores das sociedades por cotas de responsabilidade limitada*, *op. cit.*, p. 50; P. S. FRONTINI, *Responsabilidade dos administradores em face da nova Lei das Sociedades por Ações*, *op. cit.*, p. 98.

presentante da pessoa jurídica. Além do âmbito de suas atribuições, o administrador age como pessoa física e não obriga, ordinariamente, a sociedade.

A regra da irresponsabilidade da companhia por atos fora das atribuições do administrador, todavia, comporta exceções. A irresponsabilidade é assegurada pela publicidade dos atos constitutivos e alterações nas Juntas Comerciais, pois a publicidade dos registros permite a presunção de que todos os contratantes tenham ciência dos limites dos poderes atribuídos antes de contratar com a companhia. Entretanto, a responsabilidade da companhia poderia ocorrer para proteger terceiros de boa fé, em situações em que a sociedade se beneficiou com o ato praticado pelo administrador ou o ratificou. A responsabilidade também ocorreria se o terceiro evidentemente não conhecesse a limitação de poderes, desde que não seja esperado que o conhecesse, e o ato não for evidentemente estranho ao objeto social^{451 452}.

Sob essa perspectiva, como não é tarefa habitual a conferência dos poderes atribuídos aos administradores no Registro de Comércio pelo homem comum⁴⁵³, deve ser avaliado no caso concreto se, pela diligência do homem de família, ou seja, pelo padrão médio da população, seria esperado que os estatutos fossem conhecidos pelo contratante⁴⁵⁴.

⁴⁵¹ L. G. P. B. LEÃES, *Sociedade por ações - atos praticados por seus diretores, em razão de administração – responsabilidade daquela e destes, solidariamente, se agiram com culpa ou contrariamente aos estatutos*, op. cit., p. 80. Para J. A. T. GUERREIRO, “a própria relação orgânica entre a sociedade e administrador pode induzir, em determinadas hipóteses, a aparência do direito, cuja eficácia constitui um dos mais relevantes aspectos evolutivos da teoria jurídica. Saber-se se a sociedade se obriga por ato ultra vires praticado por diretor tende a ser uma determinação valorativa, em cada caso concreto, porquanto o erro do terceiro contratante há que ser avaliado em relação a um padrão médio de pessoa, de conhecimentos relativos” (J. A. T. GUERREIRO, *Responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas*, op. cit., p. 75). Com posição divergente, M. CARVALHOSA sustenta que a responsabilidade da companhia está baseada no princípio da segurança jurídica e o ente coletivo não poderia eximir-se das obrigações perante terceiros, ainda que o ato tenha sido praticado com abuso de poder ou descumprimento da lei ou do estatuto (M. CARVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. III, op. cit., p. 373).

⁴⁵² Tal interpretação, outrossim, tem com fundamento o art. 1.015, do Código Civil, que, ao regular a sociedade simples, é norma supletiva à sociedade anônima⁴⁵² (art. 1.089, do Código Civil). Segundo o dispositivo, “no silêncio do contrato, os administradores podem praticar todos os atos pertinentes à gestão da sociedade; não constituindo objeto social, a oneração ou a venda de bens imóveis depende do que a maioria dos sócios decidir. Parágrafo único: o excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiro se ocorrer pelo menos uma das seguintes hipóteses: I – se a limitação de poderes estiver inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade; II – provando-se que era conhecida do terceiro; III – tratando-se de operação evidentemente estranha aos negócios da sociedade”.

⁴⁵³ L. G. P. B. LEÃES, *Sociedade por ações - atos praticados por seus diretores, em razão de administração – responsabilidade daquela e destes, solidariamente, se agiram com culpa ou contrariamente aos estatutos*, op. cit., p. 81; P. A. S. AMARAL, *Sociedade comercial – administração social – abuso de poder de gerência, comentário*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico e Financeiro*, nº 06, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971, p. 98.

⁴⁵⁴ A diligência esperada, do homem comum, todavia, não é a mesma esperada de uma instituição financeira contratante, da qual se espera a diligência de conferi-los em razão do ato ser realizado como atividade

Nos contratos de mandato, de prestação de serviço e de trabalho, a regra da irresponsabilidade do contratante perante os terceiros, na hipótese de o contratado agir com excesso de poderes ou com poderes insuficientes, é idêntica, ainda que se baseie em poderes de representação voluntária e não propriamente de apresentação.

A violação pelo mandatário da lei ou do contrato, fora de suas atribuições ou sem poderes a tanto, não responsabiliza o mandante. O artigo 662, do Código Civil, determina que os atos praticados por quem não tenha mandato, ou o tenha sem poderes suficientes, são ineficazes em relação àquele em cujo nome foram praticados, exceto se forem ratificados.

O ato praticado com excesso de poderes ou com insuficiência destes não se confunde com o ato praticado nos limites dos poderes, mas contrário aos interesses do mandante. Na hipótese do abuso de poderes, o art. 679, do Código Civil, assegura a responsabilidade do mandante, que terá contra o mandatário ação pelas perdas e danos resultantes da inobservância dos interesses deste.

Ambos os dispositivos consagram princípios jurídicos que, ainda que não existissem regras próprias, como ocorre nos contratos de prestação de serviço e de trabalho, seriam aplicáveis às situações análogas. Os dispositivos baseiam-se no princípio da autonomia da vontade, que assegura que ninguém pode ser sujeito de obrigações sem que para isso tenha concorrido voluntariamente ou mediante imposição da Lei. Nesta perspectiva, não poderiam os contratantes ser obrigados por atos praticados por terceiros sem que, para isso, tenham-lhe voluntariamente conferido poderes a tanto.

Por seu turno, a responsabilidade do contratante por atos do contratado dentro dos poderes atribuídos, mas contrários aos interesses do contratante, decorre do princípio da preservação do terceiro de boa fé. Pressupõe-se que o terceiro que tenha contratado dentro dos limites dos poderes outorgados age de boa fé, na medida em que os interesses do contratante tenham se circunscrito ao relacionamento interno das partes e sejam presumidamente desconhecidos do terceiro. A responsabilidade do contratante, neste caso, somente seria excepcionada se for demonstrado que o terceiro tinha ciência que o interesse seria contrariado e mesmo assim celebrou o contrato, ou seja, desde que demonstrado que o terceiro atuou com má-fé.

profissional (J. A. T. GUERREIRO, *Responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas*, op. cit., p. 75).

Nesse ponto, portanto, a disciplina do contrato de preenchimento de órgão é perfeitamente aplicável aos contratos de mandato, de prestação de serviço e de trabalho.

2.6 Término da relação

Por fim, o último dos pontos relevante a ser apreciado é a cessação da relação entre as partes. Em três grandes grupos as formas de término da relação podem ser agrupadas: a caducidade, quando a relação se extingue independentemente da vontade das partes, a destituição, em que há a revogação unilateral pela sociedade e a renúncia, em que o término da relação ocorre por ato voluntário do contratado.

2.6.1 Caducidade

A primeira das formas de extinção da relação ocorre independentemente da vontade das partes, com o advento de fato jurídico que projeta efeitos sobre a relação.

Dentre esses fatos jurídicos apresenta-se o decurso do prazo de contratação. Na relação de administração, o prazo de exercício das funções pelos administradores é determinado. O estatuto deve estabelecer o prazo de gestão, tanto dos diretores quanto dos membros do Conselho de Administração, que não poderá ser superior a três anos, permitida a reeleição (art. 140, III, e 143, III).

A caducidade, entretanto, não ocorre no dia em que decorrido o prazo determinado. Como os órgãos administrativos são imprescindíveis ao desenvolvimento da empresa, o prazo de gestão do Conselho de Administração ou da diretoria, conforme art. 150, §4, estende-se até a investidura dos novos administradores eleitos.

Além do prazo, cessa a relação de administração, independentemente da vontade das partes, na hipótese de o administrador ser condenado por crime falimentar, de prevaricação, corrupção, concussão, peculato, crime contra a economia popular, a fé pública, o patrimônio, ou ainda condenado à pena criminal que vede o acesso a cargos públicos⁴⁵⁵.

⁴⁵⁵ M. CARVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. III, *op. cit.*, p. 217.

No contrato de mandato, por seu turno, a rescisão do contrato ocorre com o término do prazo ou conclusão do negócio, com a mudança de estado que inabilite o mandante a conferir os poderes ou o mandatário para os receber e pela morte ou interdição de uma das partes, conforme art. 682, do Código Civil. A morte, interdição ou a mudança do estado de qualquer das partes, que as impossibilitem de conferir poderes ou de desempenharem os atos necessários aos poderes conferidos, cessam a relação em decorrência do caráter fiduciário e *intuitu personae* da contratação. Na hipótese de perigo de demora, a caducidade não extingue prontamente a relação. Ainda que o mandatário esteja ciente da morte, interdição ou mudança de estado do mandante, se houver perigo de demora deve o mandatário concluir o negócio já começado. Os atos praticados pelo mandatário, contudo, que desconhecia o falecimento, são válidos perante os terceiros de boa-fé.

Quanto ao prazo e à conclusão do negócio, a rescisão do contrato somente ocorre quando houver sido determinado o termo ou o contrato for estabelecido para um específico negócio. O mandato, entretanto, pode possuir prazo indeterminado e ser conferido para todos os negócios do mandante, o que impede a incidência de tais espécies de caducidade.

No contrato de prestação de serviço, da mesma forma, a relação é rescindida pela morte de qualquer das partes, término do prazo, conclusão da obra ou pela impossibilidade de continuação do contrato, por força maior (art. 607, do Código Civil). O prazo do contrato, todavia, não pode ser indeterminado, à semelhança do contrato de preenchimento de órgão de administração. Ainda que o contrato seja destinado à realização de determinada obra, a prestação de serviço não poderá ser convencionada por mais de quatro anos, conforme art. 598, do Código Civil.

No contrato de trabalho, as causas de caducidade não são substancialmente diversas. Extingue-se o contrato com a morte do empregado, à semelhança dos demais contratos. A morte do empregador pessoa física, entretanto, desde que a atividade prossiga com outros titulares, não extingue automaticamente o contrato, mas permite ao empregado a faculdade de rescindi-lo, nos termos do art. 483, da CLT. A extinção da pessoa jurídica empregadora, por sua vez, acarreta a rescisão automática do contrato.

O contrato de trabalho também cessa com o advento de seu termo, desde que contrato com prazo determinado, ou diante da força maior, como todo acontecimento inevitável, em relação à vontade do empregador, e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente, conforme art. 501, da CLT. Desta última hipótese,

porém, fica excluída a imprevidência do empregador e gerará indenização ao trabalhador, integral, se estável, ou pela metade, se a estabilidade não tiver sido adquirida.

2.6.2 Destituição

No contrato de administração, a revogação unilateral do contrato pela sociedade é chamada de destituição.

A Lei de Sociedades Anônimas, em seus artigos 122 e 142, garante à Assembléia Geral de Acionistas e ao Conselho de Administração poderes para destituir os membros do Conselho de Administração e da diretoria a qualquer tempo. Ainda que o art. 142 não faça referência à expressão “a qualquer tempo”, estende-se, por analogia, tal faculdade aos membros do Conselho de Administração para destituírem os diretores no sistema dual de administração.

Os poderes de destituição “ad nutum” são garantidos, também, por votação em separado, aos minoritários de companhias abertas com, no mínimo, 15% do total das ações votantes e aos titulares de ações preferenciais sem direito a voto ou com voto restrito, que representem, no mínimo, dez por cento do capital social, nos termos do art. 141, §4º, da Lei das S.A., mas somente quanto aos administradores por eles eleitos.

A única exceção à regra da destituição sem justificação seria a hipótese de destituição pela Assembléia Geral dos administradores eleitos pelos minoritários ou preferencialistas. A hipótese é decorrente da possibilidade de responsabilização do administrador em face da companhia, o que justificaria a destituição pelos controladores de administradores eleitos pela minoria, desde que por infração à lei ou aos deveres impostos pelo estatuto⁴⁵⁶. Nesse caso, a destituição deveria ser justificada e fundamentada na violação dos deveres do administrador, sob pena de abuso de poder dos controladores.

⁴⁵⁶ Na lição de M. CARVALHOSA, “a destituição pelos controladores, em assembléia geral, dos representantes natos dos não controladores (§§4º e 5º, do art. 141) somente será válida e eficaz se dela decorrer a representação de responsabilidade civil (art. 159), ou seja, por razões relevantes de infringência da lei e de abuso ou desvio de poder no exercício de seus deveres de membro do Conselho de Administração (arts. 153 a 157)” [M. CARVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. III, *op. cit.*, p. 82].

A doutrina pátria é unânime ao determinar que a destituição independe de justa causa e não gera qualquer direito de indenização ao administrador destituído⁴⁵⁷. A destituição exige a simples perda de confiança no trabalho do administrador e somente gerará indenização a este se o ato de demissão causar danos à imagem do administrador.

Não há, outrossim, direito a aviso prévio. Sequer precisa-se constar na ordem do dia da deliberação a matéria de destituição do conselheiro eleito ou do diretor. A destituição poderá ocorrer como consequência de uma matéria votada no dia, como não aprovação das contas do administrador, ou sem que haja qualquer motivação prévia. Isso porque são os próprios administradores que organizam a ordem do dia e a exigência de sua inclusão prévia acarretaria cerceamento de poderes da Assembléia ou do Conselho de Administração.

Por fim, impossível a restrição da destituição *ad nutum* por cláusula contratual no ato de eleição ou estipulação estatutária. A destituição a qualquer tempo é garantida pela própria lei, de modo que impossível ao estatuto derogá-la, quer diretamente, quer indiretamente, com a exigência de quorum especial a tanto, por exemplo⁴⁵⁸.

No contrato de mandato, a extinção voluntária pelo mandante é conhecida por revogação. Em regra, o contrato de mandato é revogável pois o fundamento de sua celebração assenta-se na garantia da persecução do interesse do mandante e na confiança no mandatário. Alterada a vontade do mandante, a princípio a única vontade a ser preservada, o contrato seria extinto⁴⁵⁹. A vontade do mandante, assim, já é suficiente para a revogação do contrato e não há necessidade de qualquer justificação para sua realização.

A revogabilidade *ad nutum* do mandato, contudo, não é absoluta e isenta de qualquer responsabilidade. Apesar de não haver dispositivo expresso, a doutrina entende que, no mandato oneroso, se a revogação ocorrer independentemente de justa causa, da demonstração de comportamento culposos do mandatário, o mandante responde ao

⁴⁵⁷ H. M. D. VERÇOSA, *Curso de direito comercial*, v. III, *op. cit.*, p. 448. Para M. CARVALHOSA, a destituição “ad nutum” seria resquício da concepção do administrador como mandatário da companhia, já que o contrato de mandato seria revogável a qualquer tempo (M. CARVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. III, *op. cit.*, pp. 80-81).

⁴⁵⁸ M. CARVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. III, *op. cit.*, p. 83.

⁴⁵⁹ O. J. PLÁCIDO E SILVA, *Tratado do mandato e prática das procurações*, v. II, 3ª ed., Rio de Janeiro, Guairá, 1959, p. 229. Para o autor, no mandato gratuito, “o mandante pode revogar o mandato sem dar qualquer explicação ao mandatário. E se age de modo a prejudicá-lo, quando promove a revogação, é por fato alheio que poderá ser responsabilizado, não pela revogação” (O. J. PLÁCIDO E SILVA, *Tratado do mandato e prática das procurações*, v. II, *op. cit.*, p. 232).

mandatário pelos prejuízos ou danos causados pela revogação⁴⁶⁰. Deve-se pagar não somente a remuneração pelos serviços já realizados, como a indenização pelos prejuízos causados pela revogação, como, por exemplo, pelos danos decorrentes do tempo despendido na atividade.

Por seu turno, por vontade do próprio mandante, este pode celebrar cláusula de irrevogabilidade do mandato. Na existência de cláusula de irrevogabilidade, contudo, a revogação opera efeito, já que é da essência do mandato, mas gera perdas e danos ao mandatário⁴⁶¹.

Outrossim, é irrevogável o mandato quando tenha sido celebrado no interesse do mandatário⁴⁶², for condição de um negócio jurídico bilateral, como para o cumprimento de prestações convencionadas (art. 684, do Código Civil) ou contenha poderes para cumprimento de negócio encetado e ao qual tenha se vinculado (art. 686, parágrafo único, do Código Civil). A consequência não é indenizatória, como na cláusula de irrevogabilidade, mas a revogação será ineficaz.

No mandato no interesse do mandatário, este é nomeado para agir no seu próprio interesse, de modo que a vontade posterior do mandante é irrelevante, a ponto de o contrato sequer ser extinto com a morte deste. Por seu turno, quando o mandato for celebrado como condição de um negócio jurídico bilateral ou contenha poderes para cumprimento de negócio já celebrado, o mandato não se revoga em virtude de o negócio principal ser irrevogável.

As causas de revogação *ad nutum* do contrato de mandato, nestes termos, são mais restritas do que no contrato de preenchimento de órgão, já que, somente na hipótese de mandato gratuito, sem cláusula de irrevogabilidade, que não tenha sido celebrado no interesse do mandatário ou seja condição de um negócio jurídico bilateral, é que a revogação unilateral será independente de justificação e não gerará qualquer direito à indenização do mandatário.

Diverso regime é previsto para a rescisão do contrato de prestação de serviço.

⁴⁶⁰ O. J. PLÁCIDO E SILVA, *Tratado do mandato e prática das procurações*, v. II, *op. cit.*, p. 233; C. L. B. GODOY, *Código Civil Comentado*, *op. cit.*, p. 636. Para O. J. PLÁCIDO E SILVA, “não pode nem deve, assim, ser a revogação arbitrária, embora seja uma faculdade do mandante. Deve a este assistir um justo motivo para despedir o seu mandatário, sem o que lhe caberá pagar a remuneração devida e ressarcir os gastos e prejuízos sofridos” (O. J. PLÁCIDO E SILVA, *Tratado do mandato e prática das procurações*, v. II, *op. cit.*, p. 236).

⁴⁶¹ C. L. B. GODOY, *Código Civil Comentado*, *op. cit.*, p. 639.

⁴⁶² F. C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*, t. XLIII, *op. cit.*, p. 86.

Caso não haja prazo estipulado no contrato, nem se possa inferir da natureza do contrato ou do costume do lugar, o adquirente do serviço pode rescindir o contrato, sem necessidade de justificativa. A rescisão unilateral é condicionada, entretanto, a uma denúncia de oito dias, se o salário foi fixado por tempo de um mês ou mais, de quatro dias, se o salário foi fixado por semana ou quinzena, e a um aviso de véspera, se houve contrato por menos de sete dias.

Caso o prazo seja determinado ou o prestador tenha sido contratado por obra certa, a rescisão pelo adquirente somente não gerará indenização ao prestador se for por justa causa, embora o prestador tenha direito à retribuição vencida. Se a rescisão for sem justa causa, o prestador receberá indenização pela quebra da expectativa de executar o contrato e receber a vantagem patrimonial destinada, a ponto de ser-lhe devido o montante vencido e não pago, além da metade do que receberia caso o serviço fosse inteiramente executado. Desta forma, na hipótese de contrato por tempo determinado, como é o caso do contrato de preenchimento de órgão de administração, a rescisão *ad nutum* do contrato de prestação de serviço implicaria indenização pela metade do serviço restante, o que não se adequa à relação entre o administrador e a sociedade anônima.

A destituição *ad nutum* do administrador, sem qualquer justificativa e sem possibilidade de gerar qualquer indenização, é totalmente subvertida no contrato de trabalho. Neste, a rescisão pelo empregador é conhecida por dispensa e pode ocorrer com ou sem justa causa. A dispensa do empregado é estruturada em conformidade ao princípio da continuidade da relação de emprego, um dos objetivos do direito do trabalho e por isso não se coaduna ao regime previsto ao administrador de sociedade anônima. Para proteger o empregado, medidas são estipuladas em maior ou menor grau para evitar o término da relação de emprego, como a indenização e o aviso prévio na dispensa sem justa causa.

Na dispensa sem motivo dado pelo empregado, nos contratos por prazo indeterminado, este terá direito ao aviso prévio, demais verbas vencidas e proporcionais, como décimo terceiro salário e férias, além de indenização de 40% dos depósitos da conta vinculada do empregado no FGTS. No contrato com prazo determinado, mais próximo ao contrato de preenchimento de órgão, cujo termo é sempre estabelecido, o art. 479, da CLT, garantiu aos empregados demitidos sem justa causa antes do termo final uma indenização correspondente à metade da remuneração devida ao empregado até o advento do termo, além de décimo terceiro salário proporcional e férias proporcionais.

A indenização, as férias proporcionais e o décimo terceiro salário proporcional somente não serão devidos se o empregado é despedido por justa causa. Como tal entende-se o comportamento culposos do empregado, tipificado em lei, que, pela sua gravidade, torne impossível a manutenção da relação de trabalho. Para sua caracterização, imprescindível a culpa *lato sensu* do empregado no cometimento de determinado ato e a gravidade do comportamento, suficiente a abalar a confiança exigida a ponto de se tornar impossível a continuidade da relação. Outrossim, pela adoção pátria do sistema taxativo, a falta grave deve ter previsão específica em lei, como o ato de improbidade; a incontinência de conduta ou o mau procedimento; negociação habitual por conta própria ou alheia sem permissão do empregador, e quando constituir ato de concorrência à empresa para a qual trabalha o empregado, ou for prejudicial ao serviço; condenação criminal do empregado, passada em julgado, caso não tenha havido suspensão da execução da pena; desídia no desempenho das respectivas funções; embriaguez habitual ou em serviço; violação de segredo da empresa; ato de indisciplina ou de insubordinação; abandono de emprego; atos lesivos da honra; prática constante de jogos de azar ou de atos atentatórios à segurança nacional (art. 482, da CLT).

A justificativa da dispensa, com a demonstração do comportamento culposos do empregado, portanto, é imprescindível para a não ocorrência da indenização, o que não se conforma com o regime estabelecido pela lei societária para a destituição do administrador.

2.6.3 Renúncia

Por fim, cumpre analisar a rescisão unilateral do contrato pelo administrador: a renúncia.

Do mesmo modo que à sociedade é assegurada a rescisão unilateral, o administrador pode, a qualquer instante durante o período de gestão, fazer cessar o exercício de suas funções administrativas na companhia. Trata-se de direito potestativo do administrador, que independe de qualquer justificativa para seu exercício ou de aceitação da companhia para que se torne eficaz.

Diante da companhia, necessário apenas o seu conhecimento, o qual será presumido através da entrega da comunicação escrita do renunciante. Nestes termos, o art. 151, da Lei 6.404/76 determina que “a renúncia do administrador torna-se eficaz, em

relação à companhia, desde o momento em que lhe for entregue a comunicação escrita do renunciante (...)”.

Apesar de haver expressa menção à declaração escrita, nada obsta, contudo, que tal comunicação seja feita oralmente aos demais órgãos da sociedade, produzindo eficácia imediata em relação à sociedade. Em hipóteses como uma declaração verbal do administrador em reunião, incluída em ata, por exemplo, há ciência inequívoca pela sociedade da intenção do administrador, o que já é suficiente para garantir a eficácia imediata da renúncia em face desta⁴⁶³. Isso porque o dispositivo de Lei não exclui as demais formas de renúncia, mas apenas assegura a presunção de conhecimento pela companhia mediante a simples entrega do documento.

A renúncia pode, inclusive, ser tácita. A doutrina sustenta que, por analogia à relação de emprego e à relação de direito público, a renúncia tácita ocorreria pelo abandono das funções, pelo administrador, por mais de trinta dias, sem qualquer justa causa. A renúncia produziria efeitos perante a companhia imediatamente após a reunião do órgão de administração que declarou o abandono e a renúncia tácita⁴⁶⁴.

Em face dos terceiros de boa-fé, entretanto, necessários o arquivamento no Registro de Comércio e publicação para torná-la eficaz. É obrigação da companhia promover o arquivamento e a publicidade, mas, caso o renunciante receie que a sociedade possa protelar essa providência, a Lei lhe garante o poder de fazê-lo.

A renúncia não implica, por si só, responsabilidade do administrador por perdas e danos. Ainda que possa prejudicar a eficiência da empresa, em virtude da descontinuidade da administração, não há qualquer responsabilidade do administrador pelos danos

⁴⁶³ Nesse sentido, F. MARTINS, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, op. cit., p. 563; H. M. D. VERÇOSA, *Curso de direito comercial*, v. III, op. cit., p. 452. Em sentido contrário M. CARVALHOSA, para quem “a renúncia somente se torna eficaz se traduzida em documento unilateralmente firmado pelo renunciante. Não terá efeito liberatório a declaração verbal de renúncia do administrador feita em reunião do órgão a que pertence ou em assembléia geral, muito embora na ata respectiva conste sua assinatura. Mesmo que a renúncia se dê no curso desses conclaves e conste dos seus anais, torna-se imprescindível que seja produzida em documento autônomo, firmado pelo administrador que se retira” (M. CARVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. III, p. 247).

⁴⁶⁴ F. MARTINS relaciona como renúncia tácita, ainda, a hipótese de o eleito não assinar o termo de posse nos trinta dias seguintes à nomeação (F. MARTINS, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, op. cit., p. 563). A hipótese, contudo, não se trata de renúncia, já que esta pressupõe a aceitação prévia das funções. A inexistência de declaração de vontade do eleito torna inexistente o contrato de preenchimento de órgão, de modo que não teria havido prévia aceitação e, portanto, inexistiria renúncia.

provocados por esta, já que a renúncia sem justificativa ou aviso prévio é direito potestativo do administrador⁴⁶⁵.

De forma análoga, no contrato de mandato, a renúncia exige a comunicação ao mandante, cuja mera ciência, e não exigência de aceitação, permite a produção imediata de seus efeitos, com a desvinculação do mandatário dos encargos ajustados. Semelhante ao contrato de preenchimento de órgão, outrossim, a renúncia ao contrato de mandato, em regra, não exige qualquer aviso prévio ou justa causa.

A semelhança entre os contratos, entretanto, desvanece diante da possibilidade de a rescisão do mandatário gerar-lhe a obrigação de indenizar o mandante pelos prejuízos sofridos, na hipótese de a renúncia ser inoportuna ou abrupta. Por abrupta deve ser considerada a renúncia feita sem tempo suficiente para a nomeação de novo mandatário para a realização do ato. Inoportuna é a renúncia que, ainda que declarada com razoável antecedência, impede a realização do ato pelo mandante ou por outro mandatário, como na hipótese de início de execução pelo renunciante que a impeça⁴⁶⁶.

A renúncia inoportuna ou abrupta somente não gerará indenização se for justificada pelo renunciante. Não caberá indenização em face do mandante se o mandatário demonstrar que não podia continuar a executar o mandato sem prejuízo considerável a si ou a terceiro e que não lhe era possível substabelecer, quer em razão de cláusula contratual ou qualquer motivo razoável.

No contrato de prestação de serviço, se não houver termo ou obra estabelecidos no contrato, a rescisão unilateral regula-se pelo art. 599, do Código Civil, e, à semelhança da rescisão unilateral pelo adquirente na hipótese de contrato com prazo indeterminado, o prestador é obrigatório a conceder aviso prévio conforme periodicidade de sua remuneração, sob pena de indenização.

Mais relevante é a disciplina da rescisão nas hipóteses de contrato de prestação de serviço com prazo determinado, já que o contrato de preenchimento de órgão sempre o exige. Sob essa perspectiva, o art. 602, do Código Civil, estabelece que, se um termo certo ou obra determinada tenham sido estabelecidos, é assegurada a indenização por perdas e danos ao adquirente em razão da denúncia contratual imotivada do prestador. Antes de preenchido o tempo ou concluída a obra, o prestador não pode rescindir tacitamente o

⁴⁶⁵ . CARVALHOSA, *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. III, p. 248.

⁴⁶⁶ C. L. B. GODOY, *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 644.

contrato, com o abandono de suas funções, nem resilir sem justa causa, sob pena de responder pelas perdas e danos causadas ao adquirente do serviço.

As motivações de dispensa que obstam a obrigação de indenização são as mesmas empregadas pela legislação trabalhista, a cuja regulação a expressão “justa causa” remete. Desta forma, justificam a rescisão pelo prestador o tratamento com excesso de rigor pelo adquirente do serviço, exigência de serviços incompatíveis com as forças e condições, agressões ou atos que constringam o prestador ou descumprimento contratual do adquirente⁴⁶⁷.

Por sua vez, no contrato de trabalho, a rescisão unilateral pelo empregado é chamada demissão. Da mesma forma que no contrato de prestação de serviço, a rescisão unilateral e imotivada no contrato de emprego com termo determinado, embora prescindida de qualquer aceitação pelo empregador, acarreta a obrigação de o empregado ressarcir este pelos prejuízos causados, nos termos do art. 480, da CLT.

A obrigação indenizatória do empregado, entretanto, poderá não ser a necessária para ressarcir todos os danos causados. Nos termos do §1º, do art. 480, da CLT, a indenização do empregado fica limitada ao que teria direito se ocorresse a dispensa imotivada pelo empregador, ou seja, fica restrita à metade da remuneração remanescente do empregado até o advento do termo, conforme art. 479, da CLT.

A demissão somente será possível sem a obrigação indenizatória se houver justificação para a sua comunicação. São justas causas a motivar a demissão do empregado as estipuladas no art. 483, da CLT, como a exigência de serviços superiores às suas forças, defesos por lei, contrários aos bons costumes ou alheios ao contrato; tratamento pelo empregador com rigor excessivo; perigo manifesto de mal considerável; descumprimento pelo empregador das obrigações contratuais, como o não pagamento de salários por mais três meses (§1, do art. 2, do Decreto-Lei 368/68); ato do empregador lesivo à honra do empregado ou de sua família ou ofensa física do empregado; e a redução da atividade a ponto de importar redução do salário do empregado.

Portanto, assim como ocorre no contrato de mandato e no contrato de prestação de serviço, a rescisão unilateral sem justificativa do contrato de trabalho a termo gera obrigação ao ressarcimento dos prejuízos causados pela sua inoportunidade, o que não se

⁴⁶⁷ N. ROSENVALD, *Código Civil Comentado*, op. cit., p. 566.

adequa à renúncia *ad nutum* do contrato de preenchimento de órgão de administração de sociedade anônima.

3. Conclusão parcial

O ato de preenchimento de órgão possui elementos peculiares que não permitem sua identificação com nenhum outro contrato típico proposto pela doutrina.

O contrato de administração distingue-se do contrato de mandato. Quanto às partes, exige-se do administrador a plena capacidade de exercício, enquanto o mandatário pode ser relativamente incapaz, menor púbere. Ao administrador, outrossim, impõem-se a condição de pessoa natural, acionista aos membros do Conselho de Administração e residente no país aos diretores e a inexistência de impedimentos consistentes em condenações por determinados crimes, falta de reputação ilibada ou ocupação de cargos em sociedades concorrentes, requisitos e impedimentos inexigíveis do mandatário.

Quanto ao objeto, podem ser atribuídos poderes de gestão e apresentação aos administradores, embora ao mandatário somente possam ser atribuídos poderes de representação. Poderes administrativos indelegáveis e que podem ser exercidos com ampla autonomia, o que não se identifica com a possibilidade de transferência a terceiros pelo mandatário e com a obrigação deste de ficar adstrito às instruções do mandante. Desconforme também é a contraprestação, pois a remuneração pelas atribuições é obrigatória e fixada unilateralmente pela companhia, enquanto o mandato pode ser gratuito e, ainda que oneroso, seu preço não pode ser submetido ao arbítrio exclusivo de uma das partes.

Diversa também é a responsabilidade, pois o padrão de culpa é o comportamento de um administrador competente e consciencioso, em que se pressupõem conhecimentos técnicos e específicos para a função, o qual não se harmoniza com os parâmetros nem da conduta ordinária do próprio mandatário contratado (*diligentia quam suis*) nem com o padrão de diligência do homem médio (*bonus pater familias*). Ademais, o término da relação de administração pode ocorrer, além da caducidade pelo decurso do prazo certo obrigatoriamente fixado na relação de administração, ao contrário do contrato de mandato, por destituição ou renúncia *ad nutum*, sem qualquer direito de indenização. No contrato de mandato, entretanto, estabelecida a onerosidade, como exigido à relação entre o

administrador e a sociedade, a revogação somente pode ser feita mediante demonstração de justa causa, sob pena de indenização, assim como a renúncia sem justa causa, se inoportuna ou abrupta, gerará a obrigação de o mandatário ressarcir ao mandante pelos prejuízos causados.

A relação entre a sociedade e o administrador não se adequa também ao contrato de prestação de serviço. O contrato de prestação de serviço não impõe qualquer restrição ao prestador, que inclusive pode ser pessoa jurídica ou absolutamente incapaz, desde que representado pelo representante legal. Os poderes atribuídos ao prestador não podem incluir os de apresentação, sob pena de descaracterização típica, podem ser transferidos a terceiro, desde que a parte adversa concorde e não precisam ser exercidos, necessariamente, mediante o pagamento de remuneração. O desvio na execução da prestação, outrossim, é aferido conforme o padrão de diligência do homem médio, do bom pai de família, e o término da relação com prazo ou obra determinados, por resilição do adquirente ou do prestador, importa no ressarcimento dos prejuízos causados à parte adversa, exceto se realizado com justa causa.

Por fim, o contrato de preenchimento de órgão não se harmoniza com o contrato de trabalho. Dentre os elementos imprescindíveis à caracterização típica do contrato de trabalho, não está presente a subordinação. Como órgão, o administrador exerce suas funções com ampla autonomia para a persecução do interesse social, com ingerência limitada da Assembléia Geral e sem qualquer submissão a relações de disciplina ou de direção dos demais órgãos sociais. A corroborar a falta deste elemento essencial à caracterização do contrato, a responsabilidade do empregado é baseada no padrão do *bonus pater familias* e a destituição e renúncia do contrato de trabalho com prazo determinado, salvo justa causa, importam em indenização dos prejuízos causados, o que subverte a disciplina incidente sobre a relação entre o administrador e a sociedade.

O contrato de preenchimento de órgão de administração de sociedade anônima, portanto, deve ser caracterizado como um contrato atípico ou *sui generis*.

CONCLUSÃO FINAL

Mediante um contrato plurilateral de organização ou associativo, os acionistas internalizam os fatores de produção com a criação de uma organização para o desenvolvimento de uma atividade ulterior e a persecução de um interesse social que, sem a comunhão de esforços e recursos, não lhes seria possível obter.

O contrato plurilateral, entretanto, não pode prever exaustivamente todas as contingências futuras ou precificá-las sem incorrer em elevados custos de transação. Na sociedade anônima, a incompletude do ato constitutivo é suprida pela previsão legal de centros institucionalizados de poder, os quais, diante da situação fática imprevisível surgida, permitem à pessoa jurídica avaliar o comportamento necessário à satisfação de sua necessidade e buscar o interesse para o qual foi criada.

Dos quatro núcleos institucionalizados de poder previstos pela Lei para a sociedade anônima, todos exercem funções administrativas. O Conselho de Administração, a Diretoria, a Assembléia Geral e o Conselho Fiscal desempenham atividade interna de organizar, dirigir e conferir o emprego dos fatores de produção, ou, na hipótese dos diretores, atividade externa concomitante de implementar as decisões e efetivar perante terceiros os atos compreendidos no objeto social da companhia.

Na concepção da Lei 6.404/76, contudo, o conceito de administradores é mais restrito. O termo é interpretado como direção efetiva e representação e somente os centros institucionalizados de poder com atribuição para a direção, execução e supervisão ordinárias da atividade corporativa podem ser considerados administrativos. Sob essa concepção formal e restritiva da Lei, o sistema de atribuições, poderes, competência, normas sobre investidura, deveres e responsabilidades somente aplica-se aos membros do Conselho de Administração e da Diretoria, o que especifica e particulariza a natureza do ato de nomeação dos eleitos frente aos demais centros institucionalizados de poderes.

Essa relação jurídica entre o administrador e a sociedade anônima, contudo, é dependente da qualidade na qual o administrador age e produz determinados efeitos com seu comportamento.

Adotada a concepção da realidade técnica da pessoa jurídica, em que a personalidade é forma legal do ordenamento jurídico para unificar interesses e direitos da coletividade já formada, os indivíduos subjacentes a essas relações e que possuem poderes para as criarem, extinguírem ou modificarem são considerados como partes imanentes do ente. A pessoa jurídica não transparece como uma ficção ou abstração, criada arbitrariamente pela Lei, em que os administradores seriam necessariamente terceiros. Como realidade, forma de unificação de diversas relações jurídicas criadas pelos indivíduos em razão de um fim, o ordenamento confere a posição de órgão social aos administradores; centros institucionalizados de poderes funcionais de gestão ou representação.

O legitimado a exercer a função no órgão, entretanto, não perde sua personalidade jurídica própria, que não se confunde com a personalidade da sociedade, e pode ser, inclusive, responsabilizado individualmente durante o desempenho de suas funções, se agir com dolo ou culpa ou cometer ato ilícito. A imediação entre as vontades do órgão e da pessoa jurídica não impede a alteridade necessária entre o administrador e o ente e assegura a existência de uma relação intersubjetiva entre ambos.

Quanto a essa relação, a deliberação de eleição pela Assembléia ou pelo Conselho de Administração é ato juridicamente simples e unilateral, proferida por único órgão e não se confunde com as declarações de vontade dos acionistas, que mediante o voto simplesmente formam o quorum necessário para a deliberação. Na eleição, a Assembléia Geral e o Conselho de Administração não podem ser concebidos como órgãos internos exclusivamente, sem capacidade para manifestar a vontade social. Ainda que o artigo 138, §1º, da Lei 6.404/76, preveja poderes de representação privativos aos diretores, os artigos 132 e 142 excepcionam a regra geral ao atribuírem poderes para os órgãos manifestarem a vontade da companhia diretamente aos terceiros, pois, eleito acionista ou não, sua eleição é estranha à participação social, e não se exige qualquer intermediação na comunicação da deliberação por diretores. Trata-se de declaração de vontade da companhia diretamente a terceiros.

Nessa declaração de vontade, o efeito eleição é diretamente buscado pelo agente, que disciplina a criação, modificação e extinção dos direitos decorrentes. A Lei não regula inteiramente os efeitos do ato e permite à Assembléia e ao Conselho de Administração, ainda que determine a obrigatoriedade da eleição, a autonomia de vontade para a escolha da pessoa eleita, a determinação das atribuições, a fixação dos parâmetros do exercício por

cada eleito, a remuneração. Ato simples de manifestação autônoma de vontade da pessoa jurídica, declarada diretamente a terceiros para produzir o efeito eleição, a deliberação de eleição é conceituada como negócio jurídico.

À declaração de eleição converge a declaração de aceitação. As declarações de eleição e de aceitação estabelecem o mesmo preceito de autonomia privada, consistente nas atribuições de direitos e obrigações do órgão a ser ocupado, compõem os interesses contrapostos das partes opostas, com o estabelecimento de denominador comum entre a atribuição de direitos e a sujeição de deveres, e possuem alcances normativos reciprocamente dependentes, pois a eleição somente pode produzir os seus principais efeitos com a manifestação de aceitação do eleito. A declaração de eleição integra-se à declaração de aceitação do eleito e atribui-lhe os poderes e regula os direitos e deveres inerentes à função de administrador mediante um único ato, um negócio jurídico bilateral.

Dos três tipos de negócios jurídicos sustentados, a adequação ao contrato de mandato, ao contrato de prestação de serviço e ao contrato de trabalho não se revela perfeita diante dos peculiares elementos do contrato de preenchimento de órgão.

Quanto às partes, no contrato entre o administrador e a sociedade, há apenas dois contratantes, como nos demais contratos. Entretanto, para ser administrador é imprescindível a plena capacidade de exercício, a qual distancia o contrato de preenchimento de órgão do contrato de mandato, que admite como mandatário os relativamente incapazes, menores entre 16 e 18 anos, do contrato de trabalho, que aceita como empregado o maior de 16 anos e, na condição de aprendiz, o maior de 14 anos e do contrato de prestação de serviços, que pode ser celebrado por incapaz ou relativamente incapaz, desde que representado ou assistido pelo representante legal.

Como requisitos e impedimentos, o contrato de administração exige do administrador a condição de pessoa natural, acionista aos membros do Conselho de Administração e residente no país aos diretores e não admite as pessoas impedidas por lei especial, ou condenadas por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato, contra a economia popular, a fé pública ou a propriedade, ou a pena criminal que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos, bem como as pessoas declaradas inabilitadas pela Comissão de Valores Imobiliários, as pessoas sem reputação ilibada ao Conselho de Administração ou que ocupem cargos em sociedades concorrentes ou com interesse conflitante. No contrato de trabalho, ao contrário dos contratos de mandato e de prestação de serviço, o contratado somente pode ser pessoa

física. Todos os contratos, contudo, admitem parte não acionista ou residente no estrangeiro e não há qualquer impedimento à contratação do trabalhador, do mandatário ou do prestador do serviço.

Quanto ao objeto do contrato, a prestação importa na prática tanto de atos materiais quanto de negócios jurídicos e deve ser realizada por conta da sociedade, embora os interesses de terceiros e do próprio administrador também possam ser considerados, se harmônicos ao escopo meio e ao escopo fim da sociedade, o que é consentâneo aos demais contratos. Porém, não há imputação dos atos praticados pelos administradores à pessoa jurídica. Os atos são da própria pessoa jurídica e a vontade expressa pelo órgão é a vontade desta. Nos contratos de mandato e de prestação de serviço, pelo contrário, poderia ocorrer somente a representação voluntária, de modo que o ato jurídico praticado pelo representante é em nome do representado, ao qual serão imputados os efeitos jurídicos. Ao contrário destes contratos, entretanto, nada impede que haja representação orgânica no contrato de trabalho, à semelhança da relação entre o administrador e a sociedade.

A extensão dos poderes dos contratos, na omissão de suas estipulações, é idêntica. O administrador pode praticar todos os negócios necessários ao regular desenvolvimento da empresa, desde que não impliquem transformação substancial desta e preserve a competência dos demais órgãos sociais, do mesmo modo que o mandatário pode praticar, no mandato em termos gerais, todos os atos de administração ordinária, entendidos como tais os atos que preservem a finalidade do contrato, o empregado pode praticar os atos condizentes aos serviços exigidos e o prestador de serviço pode desempenhar todo e qualquer serviço compatível com as suas forças e condições e inerentes ao contrato celebrado.

Diversa é a autonomia ou subordinação em sua execução. A autonomia do administrador no desempenho de suas funções é ampla e decorre da própria natureza do órgão. Dentro do escopo-meio e do escopo-fim da companhia, o administrador pode livremente desenvolver todos os atos necessários à persecução do interesse social, com ingerência limitada da Assembléia Geral, sem qualquer submissão a relações disciplinares ou de direção dos demais órgãos sociais. No contrato de mandato, a autonomia não se manifesta de forma ampla como no exercício das funções do administrador, pois o mandatário é obrigado a seguir as instruções do mandante, nem de forma subordinada como exigido no contrato de trabalho, em que o empregado é submetido à direção, controle

e disciplina do empregador. O caráter variável da autonomia ou subordinação no contrato de prestação de serviço, contudo, não o afasta do contrato de preenchimento de órgão.

A contraprestação a essa atividade é estipulada unilateralmente pela companhia, o que difere o contrato de preenchimento de órgão dos demais. A onerosidade do exercício da atividade administrativa, outrossim, é impositiva e decorre da obrigação de se fixar remuneração condizente às responsabilidades, tempo dedicado às suas funções, competência, reputação profissional e o valor dos seus serviços no mercado. A onerosidade obrigatória aproxima-o do contrato de trabalho, mas o difere dos contratos de mandato e de prestação de serviço, em que, ainda que exercido no âmbito de uma atividade profissional, é admissível a gratuidade, embora a onerosidade seja presumida.

Análoga situação ocorre em relação à delegação de poderes. Os poderes recebidos pelos administradores são indelegáveis aos demais órgãos sociais ou a terceiros, o que é conforme a natureza *intuitu personae* exigida pelo contrato de trabalho. Nos contratos de prestação de serviço, contudo, desde que concorde o adquirente, o prestador pode transferir a terceiros os serviços ajustados. No contrato de mandato, por outro lado, a representação pode ser delegada ainda que a procuração seja omissa ou proíba o substabelecimento.

Quanto à forma, exige-se que a deliberação de eleição conste em ata, arquivada no Registro e publicada, assim como a aceitação também deve ser formalizada. A formalidade, entretanto, não se exige nos contratos de mandato, prestação de serviço e de trabalho, os quais podem ser, em regra, expressos ou tácitos, verbais ou escritos.

No tocante à responsabilidade, o administrador, à semelhança do mandatário, do prestador de serviço e do empregado, não pode ser responsabilizado por ato regular de gestão, sem que tenha ocorrido qualquer descumprimento de obrigação contratual ou legal, exceto se agiu com culpa ou dolo ou com violação da lei ou do contrato. O padrão de culpa do administrador, entretanto, não é idêntico ao padrão exigido do mandatário, do prestador de serviço ou do empregado. A culpa aferida conforme o comportamento de um administrador competente e consciencioso pressupõe conhecimentos técnicos e específicos e é diversa da diligência do homem médio bom pai de família ou do parâmetro em concreto de aferição da conduta do contratado.

Quanto ao término da relação, o vínculo entre o administrador e a sociedade caduca ao final do prazo certo de gestão, de no máximo três anos. O prazo máximo é de

quatro anos no contrato de prestação de serviço e pode ser indeterminado nos contratos de mandato e de trabalho.

Nesse âmbito, ainda, a destituição dos administradores *ad nutum*, sem prévio aviso ou justa causa, não gera qualquer direito de indenização ao administrador eleito. Semelhante efeito somente ocorrerá na hipótese de mandato gratuito, sem cláusula de irrevogabilidade, que não tenha sido celebrado no interesse do mandatário ou seja condição de um negócio jurídico bilateral, o que impede a adequação do término do ato de preenchimento ao contrato de mandato. Da mesma forma, a rescisão unilateral do contrato de prestação de serviço pelo adquirente e a demissão do empregado, nas hipóteses de contratos com prazo determinado, importam indenização ao prestador e empregado, exceto se realizadas com justa causa.

O administrador também pode renunciar *ad nutum*. Seu direito, potestativo, independe de qualquer justificativa ou de aceitação e não gera ordinariamente qualquer indenização à companhia. No mandato, a renúncia inoportuna ou abrupta obriga ao ressarcimento dos prejuízos, enquanto na prestação de serviço e no contrato de trabalho, o contrato com prazo determinado somente é rescindido com justa causa, sob pena de responsabilidade pelas perdas e danos causados.

Portanto, o ato de preenchimento de órgão de administração distingue-se dos contratos de mandato, de prestação de serviço e de trabalho. Trata-se de negócio jurídico bilateral *sui generis* ou atípico, de forma solene e passível de rescisão *ad nutum*, em que se exigem a plena capacidade de exercício, requisitos específicos e a inexistência de impedimentos do contratado para a atribuição, mediante remuneração, de poderes de apresentação e/ou gestão, indelegáveis e *intuitu personae*, para o exercício, autônomo e com a diligência de um administrador competente e consciencioso, de uma atividade destinada à obtenção do interesse social.

BIBLIOGRAFIA

- ABBADESSA, Pietro. *Organizzazione della funzione amministrativa nella società per Azioni: Esperienze straniere e prospettive di riforma*, in *Rivista delle società*, f. 6, Milano, Giuffrè, 1970.
- ADAMEK, Marcelo Vieira Von. *Responsabilidade civil dos administradores de S.A. e as ações correlatas*, 1ª ed., Saraiva, São Paulo, 2010.
- AIMI, Maria Alessandra. *Le delibere del consiglio di amministrazione*, Milano, Giuffrè.
- ALLEGRI, Vincenzo. *Amministratori e consiglio direttivo*, in *I grandi problemi della società per azioni nelle legislazioni vigenti inchieste di diritto comparato*, Padova, Cedam, 1976.
- ALMEIDA SALLES, Marcos Paulo. *A visão jurídica da empresa na realidade brasileira atual*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, n. 119, São Paulo, Malheiros, 2000.
- AMARAL, *Sociedade comercial – administração social – abuso de poder de gerência, comentário*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico e Financeiro*, nº 06, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971, pp. 97-100.
- ARRUÑADA, Benito. *Teoría contractual de la empresa*, Barcelona, Marcial Pons, 1998.
- ASCARELLI, Tullio. *Appunti di diritto commerciale*, 3ª ed., Roma, Foro Italiano, 1936.
- _____. *O contrato plurilateral*, in *Problemas das sociedades anônimas e direito comparado*, 1ª ed., Campinas, Bookseller, 2001.
- _____. *Princípios e Problemas das Sociedades Anônimas*, in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, Campinas, Bookseller, 2001.

- _____. *Vícios das Deliberações Assembleares. Direitos individuais dos acionistas. Prescrição*, in *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, 1ª ed., Campinas, Bookseller, 2001.
- BALLANTINE, Henry W., LATTIN, Norman D. e JENNINGS, Richard W. *Cases and materials on corporations*, Chicago, Callaghan & Company, 1953.
- BARRETO FILHO, Oscar. *Estrutura administrativa das sociedades anônimas*, in *Revista de direito mercantil, industrial e econômico*, nº 24, Revista dos Tribunais, 1976.
- _____. *Medidas judiciais da companhia contra os administradores*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico e Financeiro*, nº 40, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1980, pp. 09-18.
- BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Sociedades anônimas e mercado de capitais*, v. II, Rio de Janeiro, Forense, 1973.
- BERLE, Adolf A. e MEANS, Gardiner C. *A moderna sociedade anônima e a propriedade privada* (trad. Dinah de Abreu Azevedo), 1ª ed., São Paulo, Editor Victor Civita, 1984.
- BETES, Miguel Sasot. *Directores de sociedades anónimas*, Santa Fé, 1947.
- BETTI, Emílio. *Teoria geral do negócio jurídico* (trad. Ricardo Rodrigues Gama), t. II e III, Campinas, LZN editora, 2003.
- BÉZARD, Pierre. *La société anonyme*, Paris, Montchrestien, 1986.
- BONELLI, Franco. *Gli amministratori di S.P.A. – dopo la riforma delle società*, Milano, Giuffrè, 2004.
- BRITO CORREIA, Luis. *Os administradores de sociedades anônimas*, Coimbra, Almedina, 1993.
- BRUNETTI, Antonio. *Trattato del diritto delle società*, v. I e II, Milano Giuffrè, 1948; v. III, Milano, Giuffrè, 1950.
- BUCKLAND, William Warwick. *Diligens paterfamilias*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, v. II, Milano, Fratelli Treves, 1930.

BULGARELLI, Waldirio. *A teoria “ultra vires societatis” perante a Lei das sociedades por ações*, in *Questões de Direito Societário*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1983, pp. 1-16.

_____. *Apontamentos sobre a responsabilidade do administrador das companhias*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico e Financeiro*, n. 50, São Paulo, Revista dos Tribunais, pp. 75-105.

BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. *Acordo de acionistas sobre controle de grupo de sociedades*, in *Revista de Direito Bancário, do Mercado de Capitais e da Arbitragem*, nº 15, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, pp. 226-248.

BURNHAM, James. *The managerial revolution*, New York, Penguin, 1941.

CAETANO, Marcello. *Manual de direito administrativo*, Lisboa, Coimbra Editora, v. I, 10ª ed, 1973.

CAMPOS SALLES. DE TOLEDO, Paulo Fernando. *O conselho de administração na sociedade anônima*, São Paulo, Atlas, 1997.

CANDIAN, Aurelio. *L'azione civile di responsabilità contro gli amministratori di società anonime*, in *Saggi di Diritto*, v. II, Padova, Cedam, 1935.

_____. *Nullità e annullabilità di delibere di assemblea delle società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1942.

CARNELUTTI, Francesco. *Lezioni di diritto processuale civile*, Padova, La Litotipo, 1920.

CARVALHO DE MENDONÇA, José Xavier. *Tratado de direito comercial brasileiro*, v. IV, 4ª ed., São Paulo, Freitas Bastos, 1946; v. VI, t. II. 4ª ed., São Paulo, Freitas Bastos, 1947.

CARVALHO SANTOS, João Manuel de. *Código Civil brasileiro interpretado*, v. XVIII, 7ª ed., Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1961.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei das sociedades anônimas*, v. II e III, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2009.

- _____. *Responsabilidade civil de administradores e de acionistas controladores perante a Lei das S/A*, in *Revista dos Tribunais*, v. 699, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de responsabilidade civil*, 6ª ed., São Paulo, Malheiros, 2005.
- CERAMI, Vincenzo. *Gli atti estranei all'oggetto sociale*, in *Rivista delle Società*, f. 4-5, Milano Giuffrè, 1959.
- COASE, Ronald. *The nature of the firm*, in *The firm, the market and the law*, Chicago, The University of Chicago Press, 1990.
- _____. *The problem of social cost*, in *The journal of law and economics*, outubro, 1960, in <http://www.sfu.ca/~allen/CoaseJLE1960.pdf>, disponível em 31.12.2011.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Competência privativa do conselho de administração para a designação de diretores, em companhia aberta. Ineficácia de cláusula do contrato social da Holding, ou de eventual acordo de acionistas, para regular a matéria*, in *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- _____. *Função social da propriedade dos bens de produção*, in *Direito Empresarial – Estudos e Pareceres*, São Paulo, Saraiva, 1990.
- _____. *Da imprescritibilidade da ação direta de nulidade de norma estatutária*, in *Novos Ensaios e Pareceres de Direito Empresarial*, Rio de Janeiro, Forense, 1981.
- COMPARATO, Fábio Konder e SALOMÃO FILHO, Calixto. *O poder de controle na sociedade anônima*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2005.
- CORSI, Francesco. *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1974.
- COSTA, Luiz Felipe Duarte Martins. *Contribuição ao estudo da responsabilidade civil dos administradores de companhias abertas*, dissertação apresentada à Faculdade de Direito da USP, 2006.

COTTINO, Gastone. *Diritto commerciale*, v. 1, Padova, Cedam, 1976.

_____. *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore*, Milano, Giuffrè, 1955.

CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Comentário ao Código Comercial Português*, v. I, Lisboa, Empresa Editora, 1914.

CUNHA PEIXOTO, Carlos Fulgêncio da. *Sociedade por ações*, v. IV, São Paulo, Saraiva, 1973.

DIAS, José de Aguiar. *Da responsabilidade civil*, v. I, 6ª ed., Belo Horizonte, Forense, 1979.

DONATI, Antigono. *L'Invalidità della deliberazione di assemblea delle società anonime*, Milano, Giuffrè, 1937.

DUARTE, Ronnie. *Responsabilidade civil e o novo código: contributo para uma revisitação conceitual*, in *Revista dos Tribunais*, v. 850, São Paulo, RT, 2006, pp. 57-88.

DUARTE RODRIGUES, Ilídio. *A administração das sociedades por quotas e anônimas*, Lisboa, Livraria Petrony, 1990.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 2001.

EUNÁPIO BORGES, João. *Sociedades de pessoas e sociedades de capital – a sociedade por cotas de responsabilidade limitada*, in *Revista Forense*, nº 128, Rio de Janeiro, Forense, pp. 350-357.

FAMA, Eugene F. e JENSEN, Michael C. *Separation of ownership and control*, in *Journal of Law & Economics*, v. XXVI, 1983, <http://ssrn.com/abstract=94034>, disponível em 31.12.2011.

FANELLI, Giuseppe. *La delega di potere amministrativo nella società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1952.

FERRARA, Francesco. *Le persone giuridiche*, Torino, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1938.

_____. *Teoria delle persone giuridiche*, 2ª ed., Napoli, Eugenio Marghieri, 1923.

FERRARA JR., Francesco. *Gli imprenditori e le società*, 3ª ed., Milano, Giuffrè, 1952.

FERREIRA, Aurélio B. de Hollanda. *Pequeno dicionário brasileiro da língua portuguesa*, 11ª ed., Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira.

FERREIRA, Waldemar Martins. *Instituições de direito comercial*, v. IV, São Paulo, Saraiva, 1961.

_____. *Tratado de direito comercial*, v. IV, São Paulo, Saraiva, 1961.

FERRER CORREIA, António de Arruda. *A procuração na teoria da representação voluntária*, in *Estudos de Direito Civil, Comercial e Criminal*, 2ª ed., Coimbra, Almedina, 1985.

_____. *Lições de direito comercial*, Lisboa, Lex, 1994.

FERRI, Giuseppe. *Le società*, Torino, Unione Tipografica Editrice Torinese, 1971.

_____. *Potere e responsabilità nell'evoluzione della società per azioni*, in *Rivista delle Società*, Milano, Giuffrè, 1956.

FERRO-LUZZI, Paolo. *I contratti associativi*, Milano, Giuffrè, 1976.

FIorentino, Adriano. *Gli organi delle società di capitali*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1950.

FRANCO, Vera Helena de Mello e SZTAJN, Rachel, *Direito empresarial*, v. 2, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

FRÈ, Giancarlo. *Il rapporto fra l'organo amministrativo delle società anonime e la società*, in *Rivista del diritto commerciale*, v. XXXVI, Milano, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, 1938.

_____. *L'organo amministrativo nelle società anonime*, Roma, Foro Italiano, 1938.

FRONTINI, Paulo Salvador. *Responsabilidade dos administradores em face da nova Lei das Sociedades por Ações*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico e Financeiro*, nº 26, São Paulo, Revista dos Tribunais, pp. 35-49.

- GALBRAITH, John Kenneth. *O novo estado industrial*, Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 1968.
- GALGANO, Francesco. *Il negozio giuridico*, Milano, Giuffrè, 1988.
- _____. *La società per azioni*, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1984.
- GALGANO, Francesco e GENGHINI, Riccardo. *Il nuovo diritto societario*, t. I, 3° ed., Padova, Cedam, 2006.
- GIERKE, Otton. *La naturaleza de las asociaciones humanas*, in *La función social del derecho privado* (trad. José M. Navarro de Palencia), Madrid, Sociedade Editorial Española, 1904.
- GIORGI, Giorgio. *La dottrina delle persone giuridiche o corpi morale*, v. I, 3ª ed., Firenze, Fratelli Cammelli, 1913.
- GLIOZZI, Ettore. *Gli atti estranei all'oggetto sociale*, Milano, Giuffrè, 1970.
- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Código Civil Comentado* (coord. Cezar Peluso), 2ª ed., Barueri, Manole, 2008.
- GOLDSCHMIDT, Levin. *Storia universale del diritto commerciale*, Torino, Editrice Torinese, 1913.
- GOMES, Orlando. *Contratos*, 24º ed., Rio de Janeiro, Forense, 2001.
- _____. *Introdução ao direito civil*, 20ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010.
- _____. *Responsabilidade dos Administradores de sociedades por ações*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 8, ano XI, 1972.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*, 7ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002.
- GRECO, Paolo. *Le società nel sistema giuridico italiano – Lineamenti generali*, Torino, Giappichelli, 1959.
- GREGÓRIO, Alfredo de. *Corso di diritto commerciale*, 4º ed., Roma, Società Editrice Dante Alighieri, 1952.

- GREGÓRIO, Alfredo de. *Delle società e delle associazioni commerciali*, v. IV, 6ª ed., Torino, Unione Tipografico – Editrice Torinese, 1938.
- GUERREIRO, José Alexandre Tavares. *Responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 42, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, pp.69 – 88.
- _____. *Sobre a interpretação do objeto social*, in *Revista de Direito Mercantil, Financeiro e Econômico*, nº 54, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984, pp. 67 – 72.
- HAMEL, Joseph e LAGARDE, Gaston. *Traité de droit commercial*, t. I, Paris, Librairie Dalloz, 1954.
- HAMILTON, Robert W. *The law of corporation in a nutshell*, 3ª ed., St. Paul, West Publishing Co., 1991.
- HÉMARD, Jean, TERRÉ, François e MABILAT, Pierre. *Sociétés commerciales*, T. I, Paris, Librairie Dalloz, 1972.
- HOUAISS, Antônio e VILLAR, Mauro de Salles. *Dicionário Houaiss de língua portuguesa*, Rio de Janeiro, Objetiva, 2001.
- IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*, 8ª ed., Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2000.
- JAEGER, Pier Giusto. *L' interesse sociale*, Milano, Giuffrè, 1972.
- JHERING, Rudolf Von. *O espírito do direito romano*, (trad. Rafael Benaion) v. III, Alba, Rio de Janeiro, 1943.
- JUGLART, Michel e IPPOLITO, Benjamin. *Droit Commercial*, 2º ed., Paris, Montchrestien, 1975.
- JUNQUEIRA DE AZEVEDO, Antônio. *Negócio jurídico: existência, validade e eficácia*, 4ª ed, São Paulo, Saraiva, 2002.
- KROETZ, Maria Cândida do Amaral. *A representação voluntária no direito privado*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

LAMY FILHO, Alfredo. *A reforma da lei de sociedades anônimas (seminário)*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 7, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1972.

LAMY FILHO, Alfredo e Bulhões PEDREIRA, José Luiz. *A Lei das S.A.*, Rio de Janeiro, Renovar, 1992.

LATTIN, Norman D. *The law of corporations*, 2ª ed., New York, The Foundation Press, 1971.

LE CANNU, Paul. *Droit des sociétés*, 2ª ed., Paris, Montchrestien, 2003.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. *Responsabilidade dos administradores das sociedades por cotas de responsabilidade limitada*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 25, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1977, pp. 49-54.

_____. *Sociedade por ações - atos praticados por seus diretores, em razão de administração – responsabilidade daquela e destes, solidariamente, se agiram com culpa ou contrariamente aos estatutos*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial Econômico e Financeiro*, nº 02, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1971, pp. 74-82.

LOBO, Jorge. *Fraudes à Lei de S/A*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 113, São Paulo, Malheiros, 1999, pp. 108-117.

LOBO XAVIER, Vasco da Gama. *Anulação de deliberação social*, Coimbra, Livraria Almedina, Coimbra, 1998.

_____. *Sociedades por ações; atos praticados por seus diretores, em razão de administração; responsabilidade daquela e destes, solidariamente, se agiram com culpa ou contrariamente aos estatutos*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 02, São Paulo, Revista dos Tribunais.

LOTUFO, Renan. *Questões relativas a mandato, representação e procuração*, São Paulo, Saraiva, 2001.

- LOUREIRO, Luiz Guilherme. *Curso completo de direito civil*, 2ª ed., São Paulo, Método, 2009.
- MAGANO, Otávio Bueno. *Manual de direito do trabalho*, v. II, 3º ed., São Paulo, LTr, 1985.
- MARANHÃO, Délio. *Direito do trabalho*, 9ª ed., Rio de Janeiro, Fundação Getúlio Vargas, 1981.
- MARCONDES, Sylvio. *Problemas de direito mercantil*, São Paulo, Max Limonad, 1970.
- MARTINS, Fran. *Ação individual de responsabilidade civil contra administrador de sociedade anônima fechada*, in *Novos estudos de direito societário: sociedades anônimas e sociedades por quotas*, São Paulo, Saraiva, 1988, pp. 141-153.
- _____. *Comentários à lei das sociedades anônimas*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010.
- _____. *Contratos e obrigações comerciais*, 16ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2010.
- _____. *Direito Societário: estudos e pareceres*, Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- _____. *Poderes dos administradores nas sociedades anônimas*, in *Direito societário – estudos e pareceres*, Rio de Janeiro, Forense, 1984.
- _____. *Prescrição da ação de responsabilidade civil contra administradores de sociedades anônimas*, in *Novos estudos de direito societário*, São Paulo, Saraiva, 1988.
- MASCARO NASCIMENTO, Amauri. *Curso de direito do trabalho*, 21ª ed., São Paulo, Saraiva, 2006.
- _____. *Iniciação ao direito do trabalho*, 26ª ed., São Paulo, LTr, 2000.
- MENEZES CORDEIRO, António. *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lisboa, Lex, 1997.
- MENGONI, Luigi. *Recenti mutamenti nella struttura e nella gerarchia dell'impresa*, in *Rivista delle Società*, Milano, Giuffrè, 1958.

- MIGNOLI, Ariberto. *L'interesse sociale*, in *Rivista delle Società*, Milano, Giuffrè, 1958.
- MINERVINI, Gustavo. *Gli amministratori di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1956.
- MONTANARI, Massimo. *Medioevo del diritto: all'origine delle società personali*, in *Rivista delle Società*, f. 5-6, Milano, Giuffrè, 1988.
- MOSCO, Luigi. *La rappresentanza volontaria nel diritto privato*, Napoli, Dott. Eugenio Jovene, 1961.
- MOSSA, Lorenzo. *L'inefficacia della deliberazione assembleare nelle società per azioni*, in *Rivista del Diritto Commerciale*, Milano, Francesco Vallardi, 1915.
- NAVARRINI, Umberto. *Delle società e delle associazioni commerciali*, Milano, Dottor Francesco Vallardi, 1924.
- _____. *Trattato teorico-pratico di diritto commerciale*, v. IV, Torino, Fratelli Bocca Editori, 1920.
- PEREIRA, Cáo Mário da Silva. *Instituições de direito civil*, v. III, 12ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2006.
- PIÉDELIÈVRE, Bernard. *Situation juridique et responsabilités des dirigeants de sociétés anonymes*, Paris, Dunod, 1967.
- PINTO MARTINS, Sérgio. *Direito do trabalho*, 20ª ed., São Paulo, Atlas, 2004.
- PLÁCIDO E SILVA, Oscar José de. *Tratado do mandato e prática das procurações*, v. I e II, 3ª ed., Rio de Janeiro, Gualira, 1959.
- PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*, t. I, III, V, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1974.
- _____. *Tratado de direito privado*, t. XLIII, XLVII, XLVIII, L, 3ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1984.
- PUGLIATTI, Salvatore. *Il conflitto d'interessi fra principale e rappresentante*, in *Studi sulla rappresentanza*, Giuffrè, Milano, 1965.
- RÁO, Vicente. *Ato Jurídico*, 4ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999.

- RATHENAU, Walter. *Do sistema acionário – uma análise negocial* (trad. Nilson Lautenschleger Jr.), in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 128, São Paulo, Malheiros, 2002.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, v. I, 24ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000.
- REQUIÃO, Rubens. *Curso de direito comercial*, v. II, 22ª ed., São Paulo, Saraiva, 2000.
- RIBEIRO, Renato Ventura. *Dever de diligência dos administradores de sociedades*, São Paulo, Quartier Latin, 2006.
- RIZZARDO, Arnaldo. *Responsabilidade civil*, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 2009.
- ROCCO, Alfredo. *Princípios de direito comercial* (trad. Cabral de Moncada), São Paulo, Saraiva, 1931.
- ROMANO, Santi. *Organi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, 1947.
- ROSENVALD, Nelson. *Código Civil Comentado* (coord. Cezar Peluso), 2ª ed., Barueri, Manole, 2008.
- ROYER, Copper. *Traité théorique et pratique des des sociétés anonymes*, t. II, Paris, Librairie Dalloz, 1919.
- SACRAMONE, Marcelo Barbosa. *Exercício do poder de administração na sociedade anônima*, dissertação apresentação para a obtenção do título de mestre em direito comercial, São Paulo, Universidade de São Paulo, 2007.
- _____. *Tutela do Interesse Social nas Deliberações Assembleares*, monografia de iniciação científica apresentada à Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo, São Paulo, 2004.
- SALANDRA, Vittorio. *Manuale di diritto commerciale*, v. I, Bologna, Zuffi, 1949.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. *O novo direito societário*, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 2002.
- SANTORO-PASSARELLI, Francesco. *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, 1954.

- SAVIGNY, Federico Carlo di. *Sistema del diritto romano attuale* (trad. Vittorio Scialoja), v. II, Torino, Unione Tipografica Editrice, 1888.
- SCIALOJA, Antonio. *Sull'origine delle società commerciali*, in *Saggi di vario diritto*, Roma, Società Editrice del Foro Italiano, 1927.
- SCIALOJA, Vittorio. *Negozi giuridici*, Roma, Foro Italiano, 1933.
- SMITH JR., CLIFFORD W. e JENSEN, Michael C. *Stockholder, Manager, and Creditor Interests: Applications of Agency Theory. Theory of the firm: governance, residual claims and organizational forms*, in *Harvard University Press*, dezembro, 2000, disponível em <http://ssrn.com/abstract=173461>, em 31.12.2011.
- SOPRANO, Enrico. *L'assemblea generale degli azionisti*, Milano, Dottor Francesco Vallardi, 1914.
- _____. *Trattato teorico-pratico delle società commerciali*, v. I, Torino, Editrice Torinese, 1934.
- STOCO, Rui. *Tratado de responsabilidade civil*, 7ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2007.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. *Empregado de S.A. eleito diretor*, in *Revista Forense*, v. 339, Rio de Janeiro, Forense, 1997.
- SZTERLING, Fernando. *A função social da empresa no direito societário*, dissertação apresentada para a obtenção do título de mestre em direito comercial na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2003.
- SZTAJN, Rachel. *A Responsabilidade Social das Companhias*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 114, São Paulo, Malheiros, 1999.
- SZTAJN, Rachel e VERÇOSA, Haroldo M. D. *A incompletude do contrato de sociedade*, in *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, nº 131, São Paulo, Malheiros, 2003.

- TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Das sociedades por quotas de responsabilidade limitada*, São Paulo, Quartier Latin do Brasil, 2007.
- TEIXEIRA, Egberto Lacerda e GUERREIRO, José A. Tavares. *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*, v. I, São Paulo, José Bushaltsky, 1979.
- THON, Augusto. *Norma giuridica e diritto soggettivo* (trad. Alessandro Levi), 2º ed., Padova, Milani, 1951.
- TRIMARCHI, Pietro. *Invalidità delle deliberazioni di assemblea di società per azioni*, Milano, Giuffrè, 1958.
- ULHOA COELHO, Fábio. *Curso de direito comercial: direito de empresa*, v. I e II, 14ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010.
- VALLADÃO AZEVEDO E NOVAES FRANÇA, Erasmo. *Conflito de Interesse nas Assembléias de S.A.*, Malheiros, São Paulo, 1993.
- _____. *Invalidade das deliberações de assembléia das S.A.*, São Paulo, Malheiros, 1999.
- VALVERDE, Trajano de Miranda. *Sociedades por ações*, v. I e II, Rio de Janeiro, Forense, 1941.
- VERÇOSA, Haroldo Malheiros Duclerc. *Curso de direito comercial*, v. II e III, São Paulo, Malheiros, 2008.
- VIDARI, Ercole. *Corso do diritto commerciale*, v. I, 5º ed., Milano, Ulrico Hoepli, 1900.
- VIVANTE, Cesare. *Trattato di diritto commerciale*, v. II, 5ª ed., Milano, Francesco Vallardi, 1923.
- WINDSCHEID, Bernardo. *Diritto delle Pandette* (trad. Carlo Fadda e Paolo Emilio Bensa), v. I, Torino, Unione Tipografico Editrice Torinese, 1902.