

**A Responsabilidade Civil Societária: uma análise do *business judgment rule*
no direito brasileiro**

**The Corporate Liability: analysis of the *business judgment rule* in the brazilian
law**

Marlon Costa de
Albuquerque Júnior¹
João Chaves Boaventura²

Resumo

O presente trabalho busca analisar a *business judgment rule* e sua aplicação no direito brasileiro. A regra em questão é a ferramenta essencial na condução dos negócios dos administradores das sociedades empresárias, dado que limita o nível de intervenção dos julgadores e evitar que aqueles sejam indevidamente responsabilizados por suas decisões, as quais não estão, a princípio, sujeitas a uma segunda análise judicial ou da Comissão de Valores Mobiliários (CVM). São apresentados os limites em que é admitida a intervenção do Poder Judiciário ou Executivo (da CVM), evitando que os julgadores tenham poderes ilimitados para substituir a avaliação do administrador. Os deveres dos administradores, vistos estes como standards básicos de atuação são abordados aqui de forma simples e clara para o leitor.

Palavras Chaves: Direito societário; responsabilidade civil; obrigação dos administradores; *business judgment rule*.

Abstract

¹ Estudante – Centro Universitário Luterano de Manaus. Graduando em Direito. E-mail: marloncalb@gmail.com.

² Professor orientador

This article intent is to analyze the business judgment rule and its application on the Brazilian Corporate Law. The business judgment rule is an essential tool for the conduction of the negotiation by companies' directors to prevent the responsibility of its decisions that, in general, are not subject of a second judicial analysis or from the Brazilian market development, the Securities and Exchange Commission ("CVM"). In this article there will be presented all the boundaries, which allows a judicial or executive (CVM) intervention to avoid that the judges have limited powers to replace the directors' valuation. The directors' duties will be seen as basics standards of actuation.

Keywords: Corporate Law; corporate liability; directors' obligation; *business judgment rule*.

Introdução

No mundo corporativo, os administradores não possuem a tarefa mais simples, dado que, de uma forma ou de outra, atuam como protagonistas. Os administradores, portanto, são aqueles que efetivamente tomam as decisões e, assim, jogam o “jogo do mercado”.

Esse “jogo” é marcado, essencialmente, pelo risco. “Sem risco, não há mercado” (GOMES & GOMES, 2012). Sem mercado, não há atividade empresarial. Sendo assim, no centro da atividade empresarial, estão as sociedades empresárias, em razão de visarem o lucro, como consequência final e natural de suas atividades (COELHO, 2014).

A condução de uma sociedade empresária, estatutária ou contratual, está a encargo de um administrador. Para tanto, o administrador, possui certa liberdade para a celebração de negócios. Por conta disso, todos os seus atos, presumivelmente, visam o melhor interesse da sociedade, bem como que sejam atos que guardem consonância com o objeto social da sociedade administrada, em resumo, que sejam atos “*intra vires*”.

É de se observar também que, como um aspecto natural desse meio, todas as decisões negociais estão sujeitas a duas consequências: o sucesso e o insucesso, como aponta Torres Júnior e Moura (2011). As decisões de sucesso são aquelas que

potencializam ao máximo o índice de aviamento³ da empresa, e tendem a ser aplaudidas e celebradas; já as decisões que falham, naturalmente, tendem a ser julgadas e reprimidas. Essa exteriorização de sentimentos também faz parte desse meio.

Contudo, às vezes, o insucesso da atividade empresarial não decorre apenas dos riscos do mercado. Muitas vezes, atos prejudiciais são cometidos pelos próprios administradores. Geralmente, esses atos se exteriorizam por meio doloso, culposo ou quando há violação da lei estatal, bem como da lei entre as partes⁴, o estatuto ou o contrato social.

Quando isso acontece, incorre-se em um caso de responsabilidade societária. Desta forma, o presente artigo, se propõe a analisar às nuances dessa responsabilidade.

Desenvolvimento

A obrigação de um administrador se caracteriza como uma obrigação de fazer. A sua obrigação, essencialmente, consiste em administrar às atividades de certa empresa.

No presente artigo, o termo “empresa” será tratado, primariamente, como fenômeno econômico, isto é, o aspecto funcional⁵ da teoria poliédrica de Alberto Asquini; secundariamente, “empresa” será um gênero, que englobará as duas espécies de sociedade empresária, a sociedade limitada e a sociedade anônima.

De certo modo, é questionável se o administrador de uma empresa, no exercício de suas funções, está vinculado a um resultado concreto ou se apenas está obrigado a empreender os melhores esforços, sem, contudo, ter comprometimento com o resultado (BRIGAGÃO, 2017). Em outras palavras, a dúvida recai se o administrador tem uma obrigação de resultado ou de meio?

³ “O aviamento é atributo do estabelecimento empresarial, resultado do conjunto de vários fatores de ordem material ou imaterial que lhe conferem capacidade ou aptidão de gerar lucros”. (NEGRÃO, Ricardo. Manual de Direito Comercial e de Empresa. Vol. I. São Paulo: Saraiva. 2005).

⁴ Sobre a expressão informa Orlando Gomes que “o contrato tem sobre os contratantes realmente força obrigatória a tal ponto que se tornou axiomática a declaração de que faz lei entre as partes” (Transformações Gerais do Direito das Obrigações, RT, São Paulo, 1980, p. 77).

⁵ O perfil funcional, para Alberto Asquini é “ a atividade empresarial dirigida a um determinado escopo produtivo, ou seja, uma atividade econômica organizada”. (RAMOS, André Luiz Santa Cruz. Direito Empresarial / André Luiz Santa Cruz Ramos. – 7. ed. rev. E atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017).

Para responder o questionamento, no entanto, é inevitável se recorrer a legislação própria das sociedades anônimas, a Lei 6.404/76, cuja ao decorrer deste artigo será referida apenas como “Lei das S/A” (BRASIL, 1976). Não é o que o Código Civil seja omissivo ao tratar da matéria⁶, porém, a Lei das S/A possui uma maior destreza e apuramento técnico ao tratar da questão da administração empresarial, bem como dos seus deveres anexos.

Assim, no artigo 153 da Lei das S/A (BRASIL, 1976), se encontra a norma de maior relevância na administração de uma empresa, qual seja, o dever de diligência:

Art. 153. O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios.

O dever de diligência é a base de todos os deveres fiduciários do administrador (RIBEIRO, 2006). Sendo assim, o dever de diligência pode ser qualificado como um gênero; deste gênero, decorrem cinco espécies ou deveres anexos: **i)** o dever de se informar; **ii)** o dever de se qualificar; **iii)** o dever de vigilância; **iv)** o dever de investigar; e, **v)** o dever de intervir.

Valendo-se da hermenêutica para interpretar a finalidade do dever de diligência, o legislador, seguindo à sua época, as práticas de *Delaware*, atribuiu ao administrador o encargo do “*bonus pater familias*” como um padrão de conduta. Todavia, esse padrão de conduta não é o mais apropriado a um administrador, em virtude de apregoar certa aversão ao risco.

Não existe atividade empresarial sem risco (LAMY FILHO, 1997). Por isso, contemporaneamente, o padrão de conduta mais apropriado é o de *businessman*, como é constatado e detalhado por Luiz Campos (2009):

Com efeito, o critério da LSA está intimamente ligado ao do homem de negócios, o *businessman* do direito anglo-saxão, e não o bom pai de família do direito romano. Exige-se que o homem seja ativo e probo, que tenha aptidão para a realização de negócios.

Além disso, outro ponto a ser destacado do dever de diligência, é a sua dinâmica. O dever de diligência, por ser um vetor de conduta ao administrador, deve se adequar às particularidades do mercado. Ou seja, o dever de diligência não é

⁶ Art. 1.011. O administrador da sociedade deverá ter, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.

restritivo, tampouco taxativo, mas é aberto as modulações necessárias para melhor atender o interesse empresarial no dia a dia.

Com isso em mente, tendo em vista a imprevisibilidade do mercado, a obrigação contraída por um administrador ao exercer as suas atividades é uma obrigação de meio (CASTRO NEVES, 2009). Um entendimento contrário a este (obrigação de resultado), atribuiria uma rigidez desnecessária à administração de uma empresa e, certamente, espantaria até os administradores mais qualificados a exercerem o encargo.

Nesse sentido, a obra de Marcelo Von Adamek (2014), respalda a natureza da obrigação administrativa de meio:

O administrador obriga-se apenas a adotar comportamento apropriado, com a diligência requerida, para a consecução de determinado fim, [...] mas não se obriga pela efetiva obtenção de resultado.

Assim, o administrador ao exercer o seu encargo, não está atrelado a um resultado concreto que, às vezes, pode beirar o impossível. Pelo contrário, o administrador deve traçar metas realistas, balizadas sempre pelo dever de diligência, para, assim, poder atingir resultados satisfatórios, que possam agradar a todos da sociedade.

Por conta disso, o administrador, por ser o maestro dos negócios, ocupa uma posição de destaque, sendo o centro das atenções. Isso pode ser bom e ruim. Tendo em vista que, muitas vezes, por puro inconformismo os administrados, quotistas ou acionistas (a depender do tipo societário adotado) instauram verdadeiras inquisições, a fim de responsabilizar o administrador por fatos alheios à sua vontade.

Para que isso não ocorra, todos os atos do administrador gozam de uma presunção relativa. Essa presunção é a regra do *business judgment rule*. Tal regra, de certa forma, foi recepcionada do direito brasileiro, através do art. 159, § 6º, da Lei das S/A (BRASIL, 1976):

§ 6º O juiz poderá reconhecer a exclusão da responsabilidade do administrador, se convencido de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia.

O *business judgment rule* é composto por quatro elementos: i) decisão negocial; ii) desinteresse e independência; iii) diligência; e, iv) boa-fé. Tudo isso tem o efeito prático proteger o administrador durante o exercício de sua profissão, atribuindo aos seus atos a presunção de boa-fé, de plena motivação e que estes sempre visam o melhor interesse social da empresa – ato regular de gestão. Ou seja,

o *business judgment rule* é um padrão de administração que se pauta, sobretudo, em uma decisão racional e diligente.

Desta forma, estando o administrador resguardado, obviamente, terá mais liberdade para administrar o empreendimento, e, gradualmente, poderá tomar mais riscos, a fim de obter melhores resultados para a sua empresa.

A aproximação dos riscos concede pujança ao negócio, pois o risco é algo usual no meio empresarial. Então, essa é uma atitude que deve ser impulsionada pelos próprios sócios, pois isso trará uma maior lucratividade ao empreendimento e beneficiará a todos.

Por isso, as hipóteses de responsabilização dos administradores são restritivas, pois o administrador, em princípio, não pode ser responsabilizado, simplesmente, por exercer o seu cargo. Além disso, essa proteção também pode ser utilizada pelos administradores de sociedades limitadas, pois os efeitos da Lei das S/A podem ser aplicados às limitadas, contanto que haja expressa previsão no contrato social⁷ (BRASIL, 1976).

Contudo, o *business judgment rule* é uma presunção relativa, portanto, pode ser afastada. A norma perderá a sua eficácia quando o administrador cometer certas condutas que infrinjam a *affectio societatis*⁸ da sociedade⁹. Os delineamentos dessas condutas estão dispostos no art. 158, I, II, da Lei das S/A:

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

Quando há a concretização dessas condutas, ou seja, quando se tem um ato irregular de gestão, a presunção do *business judgment rule* perde a sua eficácia.

⁷ Art. 1.053. A sociedade limitada rege-se, nas omissões deste Capítulo, pelas normas da sociedade simples. Parágrafo único. **O contrato social poderá prever a regência supletiva da sociedade limitada pelas normas da sociedade anônima.**

⁸ “*Affectio societatis* significa confiança mútua e vontade de cooperação conjunta, a fim de obter determinado benefício, e o elemento confiança é da essência da sociedade”. (FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, R. Recuperação e função social da empresa: reavaliando antigos temas. Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 913, p. 177-191, 2011).

⁹ “A fidelidade é o escrupuloso respeito à palavra dada e ao entendimento recíproco que presidiu a constituição da sociedade, ainda que o quadro social se haja alterado, mesmo completamente. Por outro lado, a confiança é também um dever do sócio para com os demais, dever de tratá-los não como contrapartes, num contrato bilateral em que cada qual persegue interesses individuais, mas como colaboradores na realização de um interesse comum”. (CRAVEIRO, Mariana Conti. Contratos entre Sócios: Interpretação e Direito Societário. São Paulo: Quartier Latin, 2013).

Contudo, a retirada dessa proteção não implica em uma responsabilização imediata do administrador. O afastamento da proteção significa dizer que, o ônus probatório será transferido ao administrador, no qual deverá comprovar a legitimidade do seu ato, bem como que a sua conduta (ato) atendeu ao melhor interesse social da empresa. A partir disso, a responsabilização do administrador, em tese, seguirá os trâmites da responsabilização civil, conforme será detalhado abaixo.

O processo societário, no tocante à responsabilização, se pauta, a grosso modo, nos moldes da responsabilidade civil. Apesar disso, se tem uma grande divergência doutrinária a respeito da natureza da responsabilidade aplicável a esses casos. Essa divergência é protagonizada entre os ex-sócios e figuras de maior relevância do direito societário brasileiro, Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik.

O primeiro, defende que o administrador responde de forma objetiva pelos seus atos (CARVALHOSA, 1983). Nessa espécie de responsabilidade, a culpa é irrelevante. Para fins de responsabilização, basta que se tenha um nexo de causalidade entre a conduta do administrador e o dano propriamente dito.

Esse entendimento mais rígido é pautado por dois fatores: i) o perigo de dano ao qual à empresa é submetida; e, ii) o profissionalismo natural e necessário da atividade empresarial¹⁰.

Eizirik, Graal, Parente *et. al.* (2011), por sua vez, defende a natureza subjetiva da responsabilização, em razão de, como aponta Brigagão (2017) ser a regra no direito pátrio, a partir da conjugação dos artigos 186, 187 e 921, caput, do Código Civil. Eizirik, Graal, Parente *et. al.* (2011) têm o seu entendimento endossado por Adamek (2009). Assim, por apresentar maior segurança jurídica, e parecer exprimir a vontade de fato do legislador, costuma-se adotar a regra da responsabilização subjetiva.

Desse modo, pode-se dizer que, esta é a base da responsabilização societária. A razão de ser e principal particularidade dessa responsabilização, se encontra no elemento da culpa em sentido *stricto*. O elemento da culpa é formado por dois sentidos, o sentido *lato* e o sentido *stricto* (CHIRONI, 1925).

Na responsabilização societária, o sentido *lato* não toma contornos próprios, segue os ditames cíveis. De outro modo, no sentido *stricto*, é onde está a

¹⁰ Art. 966. Considera-se empresário quem exerce **profissionalmente** atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços.

tônica da responsabilidade societária. A concretização do sentido *stricto* ocorrerá, justamente, quando o administrador não agir com o dever de diligência¹¹, assim, abrindo-se margem para à sua responsabilização.

Conclusão

Pelos pontos expostos, é possível perceber que o administrador, ao exercer o seu encargo, possui discricionariedade. Parte disso, é a presunção de boa-fé na consecução dos seus atos. A má-fé, como sempre, é uma exceção.

É preciso conceber que, o administrador sempre age buscando o melhor para a sua empresa, para isso, se arrisca a todo momento. Sendo assim, às suas atividades não podem ser engessadas, bem como julgadas por terceiros, até porque, como proferido pela própria ex-diretora da CVM Ana Dolores de Novaes: “é muito fácil apontar que uma decisão foi errada olhando pelo retrovisor do tempo”¹².

Por outro lado, quando realmente o administrador não cumprir com a diligência esperada, agindo de má-fé, tornando, assim, à exceção uma regra, deverá ser plenamente responsabilizado seguindo os ditames próprios da responsabilização societária.

Referências

ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as ações correlatas**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 132.

ANTUNES, José Engrácia. **Estrutura e responsabilidade da empresa: o moderno paradoxo regulatório**. Revista Direito GV, v 01, n. 02, p. 29-68; CRISTIANO, Romano. Empresa é risco. São Paulo: Malheiros, 2007.

BRASIL. Lei nº 6.404, de 15 de dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. **Diário Oficial da União**: Brasília, DF, 15 dez. 1976.

¹¹ “A diligência exigida do administrador é a normal ou ordinária, e não de maior ou menor intensidade, mas que deve ser aferida em confronto com o tipo de atividade exercida pela companhia, inclusive a sua dimensão e importância, os recursos disponíveis e a sua qualidade de administrador de bens alheios”. (ADAMEK, Marcelo Viana Von. Responsabilidade Civil dos Administradores de S/A e as ações correlatas. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 4213-219.

¹² Processo Administrativo Sancionador CVM nº RJ 2008/9574, Rel. Ana Dolores Moura Carneiro de Novaes, j. em 27 nov. 2012.

BRIGAGÃO, Pedro Henrique Castello. **A Administração de Companhias e a Business Judgment Rule**. São Paulo: Quartier Latin, 2017.

CAMPOS, Luiz Antonio de Sampaio. **Deveres e Responsabilidades**. In: LAMY FILHO, Alfredo; PEDREIRA, José Luiz Bulhões (Org.) **Direito das Companhias**. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1.098.

CASTRO NEVES, José Roberto de. **Direito das Obrigações**. 2ª ed. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2009, p. 115.

CARVALHOSA, Modesto. **Responsabilidade Civil dos Administradores das Companhias Abertas**. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo, nº 49, jan-mar, 1983. p. 17-18.

COELHO, Fábio Ulhoa. **Curso de Direito Comercial**. 18ª Edição. São Paulo: Saraiva, 2014. V. 1.

CRAVEIRO, Mariana Conti. **Contratos entre Sócios: Interpretação e Direito Societário**. São Paulo: Quartier Latin, 2013.

EIZIRIK, Nelson; GRAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. **Mercado de Capitais: Regime Jurídico**. 3º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 502

FRANCO, Vera Helena de Mello; SZTAJN, R. **Recuperação e função social da empresa: reavaliando antigos temas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 913, p. 177-191, 2011.

GOMES, Luiz Flavio Autran Monteiro; GOMES, Carlos Francisco Simões. **Tomada de Decisão Gerencial: Enfoque Multicritério**. 4º ed. São Paulo: Atlas, 2012, p.1.

GOMES, Orlando. **Transformações Gerais do Direito das Obrigações**. São Paulo: RT, 1980, p. 77.

LAMY FILHO, Alfredo e BULHÕES PEDREIRA, José Luiz. **A Lei das S/As**. Vol. I, 3º ed. Rio de Janeiro, 1997, p. 253.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa**. Vol. I. São Paulo: Saraiva. 2005.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Direito Empresarial**. 7. ed. rev. E atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

RIBEIRO, Renato Ventura. **Dever de diligência dos administradores de sociedades**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006. p. 214.

TORRES JUNIOR, Alvair Silveira; MOURA, Gilnei Luiz de. **Decisão em Administração – uma discussão**. In: YU, Abraham Sin Oih. Tomada de Decisão nas Organizações. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 4.