http://dx.doi.org/10.36598/dhrd.v3i5.1742

SOBRE OS DEVERES FIDUCIÁRIOS DOS ADMINISTRADORES SOCIETÁRIOS E A APLICAÇÃO DO *BUSINESS JUDMENT RULE* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Flávia Costa Machado[1]
Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

Giulia Dorneles Silva[2]
Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC)

Resumo

No exercício de suas atribuições, o administrador de uma sociedade deve agir com diligência, cuidado e lealdade. De tal modo, o administrador não deverá atuar de maneira amadora e sem cautela, assumindo riscos desnecessários, já que as perdas serão sentidas diretamente pela sociedade e pelos sócios, e indireta pelos demais agentes envolvidos, *stakeholders*, credores e trabalhadores. Faz-se necessário, assim, analisar os limites dos poderes de atuação dos administradores de sociedades, especialmente, quanto aos deveres de conduta gerais. Assim, o objetivo deste artigo é estabelecer a diferenciação entre atos de mera gestão do administrador para atos que extrapolam suas atribuições no âmbito dos deveres de diligência, cuidado e lealdade. Desse modo, estudaram-se criticamente os parâmetros de responsabilização dos administradores, a compreensão dos deveres de diligência, cuidado e lealdade e, ainda, relacionaram-se esses conceitos com a *business judgement rule* enquanto critério de exclusão de responsabilidade. Concluindo-se que esses deveres gerais de conduta ensejam parâmetros diferenciados para verificação da responsabilidade dos administradores. A pesquisa explicativa que embasou a construção dos resultados tem como base o método hipotético, dedutivo e dialético.

Palavras-chave: *business judgement rule*; deveres fiduciários; responsabilidade dos administradores.

1 Doutora em Direito Privado pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas). Mestre em Direito Empresarial pela Universidade de Coimbra (UC). Graduada em Direito pela Faculdade da Cidade do Rio de Janeiro. Professora adjunta da Escola Superior Dom Helder Câmara (ESDHC) e do Centro Universitário de Sete Lagoas (UNIFEMM). E-mail: flma.advocacia@gmail.com

2 Graduanda em Direito pela ESDHC. E-mail: giuliasilva39@hotmail.com

ON THE FIDUCIARY DUTIES OF COMPANY ADMINISTRATORS AND THE APPLICATION OF BUSINESS JUDMENT RULE IN THE BRAZILIAN LEGAL ORDER

Abstract

In the performance of his duties, the manager of a company must act with diligence, care and loyalty. Thus, the manager should not act in an amateur and careless manner, taking unnecessary risks, since the losses will be felt directly by the company and the partners and, indirectly, by the other agents involved, stakeholders, creditors and workers. . Therefore, it is necessary to analyze the limits of the powers of the directors of companies, especially regarding the general conduct duties. Thus, the purpose of this article is to differentiate between acts of mere management by the administrator for acts that go beyond his or her attributions within the scope of the duties of diligence, care and loyalty. Thus, the parameters of accountability of managers, the understanding of the duties of diligence, care and loyalty were critically studied, and these concepts were related to the business judgment rule as a criterion of exclusion of responsibility. In conclusion, these general conduct duties give rise to different parameters for verifying the responsibility of managers. The explanatory research that supported the construction of results is based on the hypothetical, deductive and dialectical method.

Keywords: *business judgment rule; fiduciary duties; responsibility of the administrators*

Introdução

As sociedades personificadas são centros de imputação diferentes da figura dos sócios que as compõem. De tal modo, o ordenamento jurídico brasileiro prevê que a administração é o órgão competente para a representação societária, além de conferir poderes para a prática de todos os atos de gestão necessários para consecução do fim social.

Em razão de administrarem patrimônio alheio, os administradores não podem atuar com vistas a atender a seus interesses pessoais, ainda que também reúnam a posição jurídica de sócios. Essa limitação se justifica, especialmente, em razão de sua atuação ser capaz de gerar prejuízos para a sociedade, para os sócios não administradores e para os demais sujeitos indiretamente impactados com a atividade econômica exercida por intermédio da pessoa jurídica, como os credores, os trabalhadores e os *stakeholders*.

Por essa razão, o ordenamento jurídico estabelece mecanismos de controle contra abusos que podem ser perpetrados no âmbito da administração societária. Impondo-se, assim, deveres aos administradores quanto ao exercício de suas atribuições, cuja violação atribuirá responsabilização pessoal ao administrador.

Tais deveres podem ser categorizados em dois tipos, de um lado, têm-se os deveres específicos e, de outro, os deveres gerais. Os deveres específicos oriundos da lei, do contrato social ou do estatuto, ensejam responsabilidade dos administradores pela desatenção culposa do comando prescritivo. Em contrapartida, os deveres gerais ensejam apreciação mais cautelosa quanto ao âmbito de responsabilidade dos administradores em razão de sua maior abstração. Nesse contexto, os deveres de diligência, lealdade e cuidado se amoldam à noção de deveres gerais de conduta impostos aos administradores.

A administração de atividades econômicas não pode ser categorizada enquanto uma ciência exata, especialmente, porque depende de fatores exógenos. Tal fato exponencia a dificuldade de se definir em que consistem esses deveres gerais de conduta. Isso porque nem toda tomada de decisão administrativa que acarretar prejuízos sociais será necessariamente violadora dos deveres de cuidado, lealdade e diligência. Portanto, o problema central deste artigo reside em como estabelecer critérios para vindicar o mérito das decisões dos administradores quanto à obediência dos deveres gerais de conduta.

Com intuito de aprofundar o estudo sobre o problema, objetiva-se responder aos seguintes questionamentos: em que circunstâncias deve se atribuir responsabilidade pela violação dos deveres gerais de conduta? Quais são os parâmetros que devem ser utilizados para vindicar o mérito da decisão administrativa e quais são

os limites e a extensão da responsabilidade do administrador de uma sociedade quanto à violação desses deveres gerais de conduta?

Para cumprir os objetivos referenciados, inicialmente, apresentar-se-ão os aspectos gerais da administração societária e da responsabilidade dos administradores no âmbito de sua atuação, dando ênfase a especial dificuldade de configuração do elemento culpa quanto aos deveres gerais de atuação. Com fulcro nesses subsídios, desenvolver-se-ão as principais compreensões sobre a dimensão dos deveres de diligência, lealdade e cuidado presentes na Lei n. 6.404/76 e no Código Civil, almejando-se conferir um panorama geral.

A partir das considerações desenvolvidas nas seções anteriores, analisar-se-á a teoria estadunidense denominada *business judgment rule* com a finalidade de estabelecer os parâmetros que devem nortear a análise do mérito das decisões dos administradores para efeitos de responsabilidade pessoal.

A presente pesquisa realizou-se através de estudo técnico dos dispositivos legais que discorrem sobre o tema, no sentido de incorporá-lo em sua dimensão teórica. Em relação à abordagem do problema, desenvolveu-se uma pesquisa qualitativa, especialmente, quanto à aplicação dos deveres de diligência, cuidado e lealdade. Assim, o objetivo da pesquisa é evidentemente explicativo, isto é, o intuito do estudo é identificar os principais aspectos dos deveres fiduciários dos administradores e a aplicação coerente da regra do *business judgment rule*, utilizando o método hipótetico, dedutivo e dialético e a técnica da pesquisa bibliográfica.

1 Considerações iniciais sobre a administração societária e a responsabilidade dos administradores

As sociedades personificadas possuem capacidade jurídica conferida por lei. De tal modo, as pessoas jurídicas atuam em nome próprio procedendo judicialmente e extrajudicialmente no âmbito dos atos compatíveis com sua natureza.[3]

Além disso, as sociedades são criadas com vistas a atender uma finalidade econômica, cujo objeto está designado em seu estatuto ou contrato social previamente acordado entre os sócios/fundadores ou negócio jurídico unilateral instituído pelo sócio único.[4]

A atuação da sociedade, especialmente, para a consecução de sua finalidade social é de competência exclusiva dos administradores. Sobre o tema, o art. 1.022

3 Em consonância com Carlos Alberto da Mota Pinto (2005, p. 318), ressalta-se que a capacidade jurídica conferida às pessoas jurídicas se limita ao âmbito de sua finalidade e de sua natureza. Assim, por exemplo, não é conferida à pessoa jurídica capacidade para dispor por testamento sobre seus bens.

4 Passou-se a admitir, recentemente, a figura das sociedades limitadas unipessoais em razão da alteração introduzida no art. 1.052 do Código Civil pela Lei n. 13.874/2019, cuja publicação e início da vigência ocorreram no dia 20/09/2019. Assim, o ato constitutivo desta modalidade societária não possui natureza contratual.

do Código Civil prevê que: "A sociedade adquire direitos, assume obrigações e procede judicialmente, por meio de administradores com poderes especiais, ou, não os havendo, por intermédio de qualquer administrador".

Os administradores são escolhidos pelos sócios no ato de constituição societária ou em assembleia de sócios em momento posterior. A eleição se dará, em regra, por maioria dos votos com fulcro na participação societária, quando a lei ou estatuto não exigirem quórum mais elevado. Trata-se, portanto, de uma função de confiança, personalíssima, não se admitindo, em regra, delegação das atribuições desse órgão a terceiros.[5]

Conquanto sejam escolhidos por aqueles que têm maior participação societária com direito de voto, os administradores devem exercer suas atribuições legais ou negociais tendo como norte o interesse da sociedade. A distinção entre interesses individuais dos sócios e o interesse da sociedade decorre do fato de esta ser um centro de imputação de interesses autônomo, a figurar de seus sócios. A personificação, a separação patrimonial e o privilégio da limitação da responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais decorrente de alguns tipos societários não poderem servir exclusivamente para satisfazer os interesses egoísticos dos sócios majoritários ou da classe que os elegeu[6].

Deve, assim, a gestão ser pautada na finalidade social para evitar que a estrutura societária prejudique aqueles que possuem interesse direto ou indireto no desenvolvimento da atividade econômica por intermédio da estrutura societária. Desse modo, os interesses diretos dos sócios minoritários e os indiretos dos credores, trabalhadores e *stakeholders* serão protegidos na medida em que se estabelece limites ao âmbito de atuação administrativa.

Nesse diapasão, a legislação vigente estabelece deveres gerais e deveres específicos aos administradores societários. Na primeira categoria, encontram-se os deveres de cuidado, lealdade e de atuação em conformidade com o objeto social. Tais deveres também são chamados de deveres fiduciários em razão do administrador gerir negócio alheio.

Na segunda categoria, encontram-se as prescrições normativas e outras previstas no instrumento negocial regulatório social por força da autonomia privada. Exemplificativamente,[7] o art. 1.020 do Código Civil prevê que: "Os administradores são obrigados a prestar aos sócios contas justificadas de sua administração, e

5 Ressalta-se, todavia, que se admite constituição de mandatários com poderes específicos, conforme prevê o art. 1.018 do Código Civil, senão vejamos: "Ao administrador é vedado fazer-se substituir no exercício de suas funções, sendo-lhe facultado, nos limites de seus poderes, constituir mandatários da sociedade, especificados no instrumento os atos e operações que poderão praticar".

6 Nesse sentido, o parágrafo primeiro do art. 154 estabelece o seguinte "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".

7 Não serão abordados todos os deveres específicos, haja vista que o foco do trabalho se centra na análise dos deveres gerais de diligência, cuidado e lealdade.

apresentar-lhes o inventário anualmente, bem como o balanço patrimonial e o de resultado econômico".

Ao estabelecer os aspectos da responsabilidade dos administradores na esfera de suas atribuições, o art. 1.016 do Código Civil preceitua que: "Os administradores respondem solidariamente perante a sociedade e os terceiros prejudicados, por culpa no desempenho de suas funções". De tal modo, todos os administradores responderão solidariamente se não houver prestação de contas por fato culposo atribuível a qualquer administrador.

Tratando-se de sociedades por ações, o art. 158 da Lei n. 6.404/76 prescreve 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:
> I – dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;
> II – com violação da lei ou do estatuto.
> […] § 2º Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles.
> § 3º Nas companhias abertas, a responsabilidade de que trata o § 2º ficará restrita, ressalvado o disposto no § 4º, aos administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres.
> § 4º O administrador que, tendo conhecimento do não cumprimento desses deveres por seu predecessor, ou pelo administrador competente nos termos do § 3º, deixar de comunicar o fato a assembleia-geral, tornar-se-á por ele solidariamente responsável.
> § 5º Responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto.

De tal modo, percebe-se que a solidariedade entre os administradores é mais abrangente nas sociedades regidas pelo Código Civil porque incide de maneira genérica aos atos necessários para o desempenho das funções de gestão. Nas sociedades por ações, a solidariedade aplica-se aos deveres legais necessários para o regular funcionamento da sociedade, não se aplicando àqueles que não se enquadram nessa categoria. Ademais, sendo de capital aberto, a solidariedade se estenderá apenas àqueles administradores que possuem atribuição específica.

Noutro giro, impõe-se a obrigação aos administradores de repararem os danos sociais em razão de atuação em conflito de interesse nos termos do disposto no art. 1.017, *in verbis:*

> O administrador que, sem consentimento escrito dos sócios, aplicar créditos ou bens sociais em proveito próprio ou de terceiros, terá de restituí-los à sociedade, ou pagar o equivalente, com todos os lucros resultantes, e, se houver prejuízo, por ele também responderá.
> Parágrafo único. Fica sujeito às sanções o administrador que, tendo em qualquer operação interesse contrário ao da sociedade, tome parte na correspondente deliberação.

Em sentido semelhante, a lei de sociedades por ações veda a atuação em conflito de interesse do administrador, nos termos do art. 156:

> 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, cumprindo-lhe cientificá-los do seu impedimento e fazer consignar, em ata de reunião do conselho de administração ou da diretoria, a natureza e extensão do seu interesse.
> § 1º Ainda que observado o disposto neste artigo, o administrador somente pode contratar com a companhia em condições razoáveis ou equitativas, idênticas às que prevalecem no mercado ou em que a companhia contrataria com terceiros.
> § 2º O negócio contratado com infração do disposto no § 1º é anulável, e o administrador interessado será obrigado a transferir para a companhia as vantagens que dele tiver auferido.

Ademais, tratando-se de administração disjuntiva, ou seja, aquela em que os atos de gestão podem ser praticados separadamente por qualquer administrador, o administrador que atua sabendo ou devendo saber que está em desconformidade com a maioria responde por perdas e danos perante a sociedade, conforme expressamente prevê o parágrafo segundo do art. 1.033 do Código Civil.[8]

Observa-se, entretanto, que o art. 1.016 do Código Civil é o único dispositivo que trata expressamente da responsabilidade dos administradores perante terceiros, embora tal regra também trate da responsabilidade perante a sociedade.

Considerando os múltiplos interesses, no âmbito das sociedades por ações, o art. 154 da Lei n. 6.404/76 estabelece que "o administrador deve exercer as

8 Art. 1.033 do Código Civil "[…] §2º Responde por perdas e danos perante a sociedade o administrador que realizar operações, sabendo ou devendo saber que estava agindo em desacordo com a maioria".

atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa".

Frisa-se, contudo, que a competência para a propositura da ação de responsabilidade em razão do descumprimento dos deveres de gestão, em regra, compete à sociedade. Admite-se, entretanto, ação de terceiros e acionistas em face do administrador em relação aos atos que diretamente os prejudicaram.

O caráter residual da responsabilidade direta dos administradores perante terceiros se justifica pelo fato de a sociedade estar vinculada aos atos de gestão praticados pelos administradores, desde que não violem a lei ou o contrato, bem como não sejam derivados de atos evidentemente estranhos aos negócios sociais, ou ultrapassem limites dos poderes administradores, ainda que as leis não estejam arquivadas nos órgãos registrais, mas sejam de conhecimento do terceiro.[9] Não se enquadrando nestas hipóteses, o terceiro poderá ajuizar ação em face da sociedade em razão da atuação de seus administradores.

Os demais dispositivos apreciados sobre a responsabilidade dos administradores referem-se à relação dos administradores perante a sociedade. De todo o modo, afigura-se que não deveria ser diferente do que está previsto, já que as situações nos demais dispositivos apreciados configuram situações de conflito de interesses entre o administrador e a sociedade, mas que não desvinculam a sociedade de sua responsabilidade perante terceiros por não configurarem ato *ultra vires.*

Numa primeira análise dos deveres gerais de lealdade, cuidado e diligência também estão inseridos dentro do âmbito da responsabilidade prevista no art. 1.016 do Código Civil. Assim, é possível afirmar que há responsabilidade solidária dos administradores pelo descumprimento culposo desses deveres nas sociedades regidas pelo Código Civil, na medida em que não há distinção de responsabilidade conforme a categoria de deveres.

Sendo a sociedade por ações, se impõe aos administradores a responsabilidade por culpa na esfera das suas atribuições, conforme dispõe o inciso I do art. 158 da Lei n. 6.404/76, mas nem sempre haverá responsabilidade solidária conforme já explicitado acima.

Ambos têm em comum os regimes societários, o elemento culpa para a configuração da responsabilidade dos administradores no domínio da atuação de seus deveres. De tal modo, consagrou-se o sistema de responsabilidade subjetiva dos administradores societários. Desse modo, o legislador exige que

9 O parágrafo único do art. 1.015 do Código Civil estabelece que "O excesso por parte dos administradores somente pode ser oposto a terceiros 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."

o descumprimento dos deveres impostos a esse órgão decorra de uma conduta negligente, imprudente, imperita ou intencional.

A apreciação da existência de culpa e da ilicitude não se afigura tarefa árdua quando se trata de deveres específicos. A omissão em fornecer balanços anuais, exemplificativamente, aparenta de *per si* a presença dos pressupostos de responsabilidade civil dos administradores. Isso porque esses pressupostos são presumidos quando se trata de violação de deveres específicos que decorram da lei ou do estatuto, cabendo ao administrador provar que sua ação ou omissão estão amparados por alguma excludente de culpabilidade ou por uma causa justificadora (CORDEIRO, 2011, p. 981).

Contudo, a culpa não é tão facilmente demonstrável no que tange aos deveres fiduciários. Tal assertiva decorre do fato de a gestão social implicar, necessariamente, na assunção de riscos. Ainda que se faça sua mensuração com fulcro nas mais diversas variáveis do mercado, não se terá certeza sobre a consecução dos resultados almejados, na medida em que fatores exógenos podem ser mais ou menos estáveis. Assim, os prejuízos experimentados pela sociedade ou terceiros podem não ensejar a violação dos deveres de cuidado e lealdade, na medida em que os deveres dos administradores são considerados obrigações de meio.

2 Deveres fiduciários

Conforme já aduzido, os administradores de sociedades são responsáveis pela gestão de patrimônio alheio. Como tal, são impostos deveres de cunho fiduciário, ou seja, deveres que decorrem da confiança. Objetivou-se conferir padrões de comportamento mínimos aos gestores sociais, considerando o fato de suas obrigações serem de meio e, como tal, nem sempre alcançarem resultados positivos. Sopesando-se os múltiplos interesses que decorrem da prática de atividades econômicas por intermédio da estrutura societária, o legislador impôs deveres gerais de conduta no âmbito de exercício de suas funções, especificamente, o dever de diligência, cuidado e lealdade que serão analisados nos tópicos a seguir. Com fulcro nas considerações sobre esses deveres, analisar-se-á a aplicabilidade da *business judgement rule* no ordenamento jurídico brasileiro.

2.1 Dever de diligência e cuidado

O dever de diligência, em seu sentido amplo, desdobra-se em dois outros deveres: o dever de cuidado e o dever de lealdade.[10] Nessa acepção mais genérica, impõe-se ao administrador o dever de agir com prudência na gestão da sociedade,

10 Em consonância com Jorge Manuel Coutinho de Abreu (2014, p. 15), pode-se afirmar que tal desdobramento é influenciado pelo direito anglo-saxônico, nomeadamente, das expressões *duty of care* e *duty of loyalty*.

tomando medidas razoáveis que visem afastar prejuízos extremos para a sociedade, os sócios e terceiros. Além disso, o gestor deverá se abster de atuar em situações em que se verifica a presença de conflito de interesses, direcionando sua atuação em prol do interesse social.

O art. 1.011 do Código Civil e o art. 153 da Lei n. 6.404/76[11] prescrevem explicitamente a incidência desse dever no âmbito da gestão societária, tendo como consequência a responsabilidade dos administradores perante a sociedade, sócios e terceiros, pelos danos verificados em razão de sua atuação culposa, conforme já exposto anteriormente.

As regras supracitadas estabelecem o seguinte vetor para fins de mensuração do cumprimento do dever de diligência: o comportamento do homem ativo e probo na gestão dos próprios negócios. Assim, faz-se referência a algo similar a ideia de bom pai de família.[12] Contudo, tal aproximação é apenas aparente. A gestão familiar tende a ser mais conservadora comparando-se com a gestão de atividades econômicas. Nestas, visa-se, essencialmente, maximizar a possibilidade de lucro, enquanto na gestão familiar busca-se, principalmente, a conservação patrimonial. De tal modo, o critério que deve ser utilizado para apreciar o cumprimento do dever de diligência pelos administradores é […] o do homem de negócios, *businessman*, não o do pai de família" (ALVES; SANTOS, 2019, p. 700).

Em que se pese esse critério, observa-se que, ainda assim, a dimensão do dever de diligência, em razão do alto grau de generalidade, depende de determinação jurisprudencial e doutrinária para que seja possível compreender sua aplicação em concreto (ABREU, 2014, p. 15). De maneira genérica, pode-se afiançar que as condutas exigíveis do administrador devem ser apuradas casuisticamente, considerando-se "[…] a conduta que uma terceira pessoa equilibrada tomaria, em condições e circunstâncias similares […]" (LEÃES, 2004, p. 134).

De outro modo, assevera-se que o padrão comportamental legal é considerado componente mínimo quanto às atribuições dos administradores. Nesse diapasão, defende-se que a análise casuística deve considerar a subjetividade do administrador, ou seja, o padrão de comportamento de administrador mais experiente no caso concreto é diferente daquele que inicia essa função. Como tal, a diligência esperada daquele é maior do que deste.[13]

11 O art.153 da Lei n. 6.404/76 institui que: "O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e a diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios". Com redação similar, institui o art. 1.011 do Código Civil que: "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".

12 Em sentido semelhante, "Não se pretende, portanto, comparar a conduta do administrador com o mero modelo do *bonus pater familiae* e, mas de ir além, tendo em vista a natureza profissional do cargo" (WAISBERG; KUGLER, 2019, p. 156).

13 Em consonância com essa vertente, Eduardo Salomão Neto defende que a mensuração da culpa em concreto do administrador terá como padrão a diligência que o próprio administrador costuma empregar considerando-se sua capacidade e experiência (2016, p. 178).

A dificuldade de determinação do conteúdo do dever de diligência também é sentida nos países de tradição do *common law*, a doutrina e a jurisprudência não são uníssonas quanto a seu sentido e seu alcance, embora se encontre vasta fonte de referências sobre o assunto.

No Brasil, os estudos sobre o tema ainda são incipientes, quiçá por falta de ajuizamento de ações em torno do tema. Observa-se, entretanto, que no âmbito administrativo, há crescimento de referências sobre violação dos deveres fiduciários enquanto subsídio para atribuição ou exclusão de responsabilidade dos administradores.[14]

The duty of care impõe, em termos gerais, que o administrador atue com diligência no cumprimento de seus deveres, exigindo-se como padrão de comportamento cuidadoso aquele atribuível razoavelmente ao *businessman*.[15]

Compreendido dessa maneira, o dever de cuidado confunde-se com o dever geral de diligência. Considerando o fato de o legislador brasileiro ter realizado menção expressa tanto ao dever de cuidado quanto ao dever de diligência no texto legal, utilizar-se-á a compreensão na qual o dever de cuidado é uma vertente mais específica do dever geral de diligência.

De tal modo, entende-se que o dever de cuidado implica no dever de vigilância ou controle da organização e do direcionamento da atividade societária e no dever de informação e investigação dos fatores que são potencialmente danosos (COSTA, 2011, p. 167).[16]

Assim, o administrador deve ser uma pessoa bem preparada e informada para o exercício eficaz de sua função. Suas atribuições consistem justamente em fazer avaliação sobre qual é a melhor decisão a ser tomada. Devendo, desse modo, se informar para que esteja preparado para conduzir seu poder-função de maneira mais eficiente.

Além disso, defende-se que o administrador, em decorrência deste dever, tem a obrigação de qualificar-se, isso significa que o administrador deve ter aptidão técnica para gerir a sociedade (ALVES; SANTOS, 2019, p. 702). Sobre esse aspecto, ressalta-se que os administradores das sociedades regidas pelo Código Civil não precisam ter formação acadêmica específica. Portanto, a qualificação deve ser interpretada como capacitação técnica ou advinda da experiência e não enquanto exigência de formação acadêmica especializada.

14 Salama e Braga analisaram as decisões administrativas que apuravam responsabilidade dos membros do conselho de administração das companhias entre o período de 2010 a 2014. Os autores concluíram que o dever de diligência é apreciado com critérios apertados, exigindo-se "muito cuidado" dos conselheiros no âmbito de suas funções (2016, p. 13).

15 Em sentido semelhante, Ricardo Costa (2011, p. 167).

16 Em sentido diferente, António Menezes Cordeiro afirma que o dever de cuidado está relacionado a concretização do dever geral de respeito, atuando como padrão de comportamento preventivo quanto a responsabilidade aquiliana (2011, p. 880).

2.2 Dever de lealdade

Pode-se afirmar que o dever de lealdade exige que administrador atue com boa-fé, direcionando-se razoavelmente aos interesses da sociedade, além de ter que salvaguardar as informações societárias (BAYNES, 2002, p. 883).

Não se trata, entretanto, de mero dever oriundo da boa-fé, isso porque o administrador gere negócios alheios e, como tal, "[…] pressupõe uma específica lealdade, à qual podemos conferir natureza fiduciária: todos os poderes que lhes sejam concedidos devem ser exercidos não no seu próprio interesse, mas por conta da sociedade" (CORDEIRO, 2011, p. 879).

Compreendido desse modo, cabe, ainda que resumidamente, explicar as principais teorias sobre a concepção de interesse social. Em síntese, existem duas principais teorias, a institucionalista e a contratualista. Para a vertente institucionalista, o interesse social compreende o interesse comum dos sócios, credores, trabalhadores e a coletividade de maneira geral. O viés contratualista enseja a compreensão do interesse social enquanto o interesse dos sócios.[17]

Considerando a redação do art. 154 da Lei n. 6.404/76 *in verbis*: "O administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr **os fins e no interesse da companhia**, **satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa**" (grifo nosso), percebe-se que o legislador acolheu a vertente institucionalista quanto ao interesse social, ao considerar outros interesses além dos interesses dos sócios quanto às atribuições dos administradores.

Criticando regra semelhante prevista no Código de Sociedades Comerciais português, Jorge M. Coutinho de Abreu afiança que "a sociedade é, fundamentalmente, organização-instrumento dos sócios", concluindo que os administradores não estão obrigados a tomarem decisões mais favoráveis aos credores (2014, p. 303). Reconhece, contudo, que é natural que a administração societária busque conquistar e preservar clientes, já que a conservação e o desenvolvimento da sociedade dependem de tais medidas.

Em relação aos interesses dos trabalhadores, afirma-se que os instrumentos jurídicos que fornecem melhor proteção a essa classe se encontram na legislação trabalhista e nos acordos ou convenções coletivas de trabalho. Nesse âmbito, a atuação dos gestores deve ser pautada na observância dessas regras. Esclarece-se, contudo, em consonância com Jorge M. Coutinho de Abreu, que nenhuma regra será exaustiva a tal ponto que não haverá espaço para discricionariedade dos administradores nessa esfera (2014, p. 304). Conclui-se, assim, que o dever de lealdade, em consideração aos interesses dos trabalhadores, deve servir como limite para as decisões dos administradores em que se observe margem para discricionariedade.

Sobre os interesses dos sócios, percebe-se que ambas as teorias, institucionalista

17 André Sanddy (2016, p. 102). Filia-se à concepção contratualista.

e contratualista, fazem referência aos interesses sociais enquanto interesses dos sócios. Assim, faz-se necessário esclarecer qual é a adequada compreensão desses interesses. Os interesses dos sócios são identificados enquanto os interesses em comum. Assim, o dever de lealdade, nesse viés, não pode ser entendido como o dever de atuar em benefício de um determinado sócio ou classe de acionistas ou quotista.

O grande problema de se considerar os interesses distintos referenciados é a ampla possibilidade de colisão entre eles. Em caso de conflito entre os interesses dos trabalhadores, dos sócios e dos credores qual interesse deve prevalecer no campo decisório da gestão social?

Para tentar responder a essa questão, é necessário observar que há uma relação hierárquica entre os órgãos societários a partir das competências de cada um. Dentre os objetos de deliberação da assembleia geral ordinária, compete aos sócios eleger os administradores e os membros do conselho fiscal e, ainda, tomar contas dos administradores, examinar, discutir e votar as demonstrações financeiras.[18] Portanto, conclui-se que a assembleia dos sócios é hierarquicamente superior aos administradores e ao conselho fiscal, já que tal órgão tem o poder de eleger seus membros.

A visualização dessa hierarquia é importante para que se perceba que os poderes conferidos para os gestores estão atrelados às decisões tomadas em assembleia de sócios. Contudo, essa vinculação não é plena. Em razão do dinamismo empresarial e da distinção de competências entre os órgãos, o administrador tem o poder de agir sem necessidade de recorrer a todo momento à aprovação dos sócios.[19] Além disso, ele também pode se recusar a praticar atos manifestamente ilegais, ou que saiba trazer danos profundos para a continuidade da empresa, sob pena de atrair para si responsabilidade pessoal.

Em caso de conflito de interesses, observa-se, então, que o administrador pode ter ou não, maior margem para discricionariedade. Se a decisão decorre de uma deliberação dos sócios, pouco espaço haverá para que se possa falar em consideração de interesses de outros sujeitos pelo administrador, exceto se a decisão violar a lei ou o ato constitutivo. Assim, será o caso de se apreciar se é possível imputar essa obrigação aos sócios.

18 Conforme está previsto no art. 122 da Lei n. 6.404/76, "Compete privativamente à assembleia geral: […] II – eleger ou destituir, a qualquer tempo, os administradores e fiscais da companhia, ressalvado o disposto no inciso II do art. 142; (Redação dada pela Lei n. 10.303, de 2001).

III – tomar, anualmente, as contas dos administradores e deliberar sobre as demonstrações financeiras por eles apresentadas".

19 Nesse sentido, Cesare Vivante (2003, p. 110) afirma que a assembleia de sócios não é órgão apropriado para a tomada de decisões de gestão, as oportunidades de negócio seriam perdidas na medida em que a tomada de decisão desse órgão é lenta e exige formalidades.

Caso a decisão a ser tomada não dependa de deliberação dos sócios, os administradores deverão equacionar os interesses em jogo, assim como o dever de lealdade. Então, pode se verter para a compreensão na qual a sociedade existe para além dos sócios e, sendo centro de imputação distinto de seus componentes, deve visar a longevidade de seus negócios. De tal modo, impõe-se ao administrador o dever de agir em prol da permanência saudável da sociedade, na medida em que os impactos socioeconômicos da atividade desenvolvida pela sociedade são sentidos pelos trabalhadores, credores e outros sujeitos.

Em sentido semelhante, Sergio Campinho (2018, p. 284) afirma que a atuação dos administradores:

> […] deve ser marcada pela independência, fazendo sempre prevalecer o interesse social sobre o interesse individual de qualquer indivíduo ou grupo. A persecução desse objetivo passa pela busca de um resultado economicamente útil para os acionistas (o lucro que motiva estarem reunidos em sociedade), equilibrado com o bem-estar dos empregados e com o respeito aos direitos e anseios da comunidade.

Assim, considerar somente os interesses em comum dos sócios nas decisões administrativas parece não atender amplamente ao dever de lealdade. Os sócios fazem investimentos e, por conseguinte, esperam obter lucro, mas como não querem arriscar todo o seu patrimônio, utilizam-se de tipos societários que limitam suas respectivas responsabilidades. Sendo tal recurso ao mesmo tempo um benefício legal para os sócios e um mecanismo cerceador das garantias patrimoniais de terceiros, o legislador brasileiro caminhou bem ao disciplinar a necessidade de os administradores atuarem em consideração aos interesses do bem público e da função social.

Além do dever de atuar em consideração ao interesse social, o art. 155 da Lei n. 6.404/76 proíbe, exemplificativamente, a prática de condutas específicas relacionadas ao dever de lealdade, a saber:

> O administrador deve servir com lealdade à companhia e manter reserva sobre os seus negócios, sendo-lhe vedado:
> I – usar, em benefício próprio ou de outrem, com ou sem prejuízo para a companhia, as oportunidades comerciais de que tenha conhecimento em razão do exercício de seu cargo;
> II – omitir-se no exercício ou proteção de direitos da companhia ou, visando à obtenção de vantagens, para si ou para outrem, deixar de aproveitar oportunidades de negócio de interesse da

> companhia;
> III – adquirir, para revender com lucro, bem ou direito que sabe necessário à companhia, ou que esta tencione adquirir. […]

Observa-se que a regra supracitada procura evitar que tais condutas gerem prejuízos especificamente à companhia. Reforça-se, assim, a compreensão na qual a sociedade deve ser compreendida como pessoa distinta da pessoa de seus sócios. Como tal, o dever de lealdade não deve ser compreendido somente no viés do interesse comum dos sócios, conforme defendido pela teoria contratualista.

E, além disso, o dever de lealdade é compreendido como dever de proteção de informações sensíveis da sociedade. Exige-se, assim, que o administrador não viole o sigilo de informações que podem gerar prejuízos à sociedade ou a terceiros. Assim, visa-se coibir que o administrador revele segredos negociais e/ou figure enquanto *insider trading*.

2.3 *The Business judgement rule*

A *business judgement rule* teve sua origem nos Estados Unidos e é uma teoria amplamente difundida no mundo. Pode ser descrita com base na razoabilidade da tomada de decisão dos administradores, o que irá isentá-los da eventual responsabilidade em atos que tenham tido resultados diversos, além do previsto.

Com fulcro nessa acepção, o administrador que atua em termos informados e segundo critérios de racionalidade empresarial não pode ser responsabilizado por prejuízos decorrentes de sua gestão. Justifica-se tal concepção, entre outros motivos, pelo fato de sua atividade estar sujeita a riscos, sendo sempre possível que se verifiquem prejuízos, ainda que boas práticas de gestão tenham sido empenhadas.

Ademais, constata-se que é prejudicial para o desenvolvimento da atividade econômica a vindicação do mérito decisório administrativo a todo momento. Isso porque o receio de imputação de responsabilidade conduziria a uma gestão extremamente conservadora, sendo tal postura desinteressante para os sócios e terceiros – enquanto os primeiros não obteriam a margem de lucro esperada nessa modalidade de investimento, os demais sujeitos não aufeririam os benefícios indiretos por não se expandir os negócios sociais.

E, ainda, é possível afirmar que a imputação indiscriminada de responsabilidade aos administradores acarretaria o desinteresse em atuar exercendo essas funções. Se a responsabilização não contar com parâmetros mínimos, os sujeitos mais tecnicamente capacitados evitarão exercer a função de administrador societário para evitar que seu patrimônio pessoal seja atingido.

Com vistas a evitar a desatenção dos interesses supramencionados e estimular bons profissionais a exercerem a função de administrador societário, desenvolveu-se a *business judgement rule,* tendo como pressupostos as presunções: de boa-fé do administrador; da atuação em conformidade com os interesses sociais e da utilização de boas práticas de gestão (CAMPINHO, 2018, p. 283).

Essas presunções são relativas, podendo ser afastadas casuisticamente. Assim, o que se visa evitar é o ajuizamento de ações em que não se possa atribuir, razoavelmente, aos administradores as consequências patrimoniais oriundas do insucesso de suas escolhas.

Apesar disso, a aplicação do *business judgement rule* requer que sejam estabelecidos padrões aplicativos para que o uso dessa técnica não gere uma completa isenção de responsabilidade. Como tal, além dos requisitos supramencionados, a aplicação do *business judgement rule* requer que não tenha havido desatenção ao cumprimento de deveres gerais ou específicos.

Sendo essa teoria utilizada para afastar a análise do mérito decisório, o que se está a dizer é que o gestor leal e cuidadoso não deverá responder por eventuais prejuízos que a sociedade e terceiros tenham experimentado. Nessa linha de ideias, pode-se asseverar que o gestor de uma sociedade deva zelar pela eficiência de sua atividade, ou seja, suas funções devem ser exercidas de maneira transparente e qualitativa, prezando pelo devido cumprimento dos deveres que lhe foram confiados. Ademais, o gestor deve nortear sua atuação sempre na persecução do interesse social de maneira mais célere e menos onerosa para a sociedade, mas sem desconsiderar os demais interesses envolvidos.

O gestor descuidado é aquele que não considera resultados desastrosos. Desse modo, não pode ser considerado um gestor eficiente, muito menos qualificado para a função, já que o que determina seu trabalho não são os resultados que alcança, mas sim os meios que utiliza para chegar até ao melhor resultado possível.

Considerando que essa teoria é de origem estadunidense, é possível questionar a recepção de seus preceitos no ordenamento jurídico brasileiro. No que tange às sociedades por ações, o parágrafo sexto do art. 159 da Lei n. 6.404/76 expressamente prevê que: "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".

Quanto aos demais tipos sociais, o Código Civil não estipula regra similar, sendo questionável a aplicabilidade desse critério. Em primeiro lugar, deve-se frisar que é comum o maior envolvimento dos sócios na administração social, sendo, inclusive, em alguns tipos sociais, requisito para o exercício dessa função – como nos casos de sociedade em nome coletivo e sociedade em comandita simples. A

independência da gestão social torna-se, na prática, um tanto utópica. Assim, observar-se-á a confusão entre os interesses pessoais dos sócios e os interesses sociais.

Sendo diminuta a quantidade de sócios e o porte econômico de menor impacto, em regra, comparando-se com as sociedades por ações, a administração tende a ser mais vigiada pelos sócios, os quais possuem mecanismos protetivos em face aos sócios-administradores, tanto em razão da função administrativa quanto da posição jurídica de sócio. Contudo, tais instrumentos são pouco utilizados em razão dos aspectos pessoais dos sócios serem fator preponderante para formação e manutenção do vínculo social. Nesse contexto, falar-se em *business judgement rule* pode ser de pouca aplicabilidade, especialmente, em razão de grande parte dessas sociedades personalíssimas também configurarem sociedades familiares.

Tratando-se, entretanto, de sociedades limitadas é possível defender maior utilidade para os preceitos do *business judgement rule*, seja em razão dessa modalidade social comportar a aplicação supletiva das regras da sociedade anônimas, seja porque os administradores podem ou não ser sócios, o que implica na presença de elementos menos personalíssimos.

Conclusão

A função do administrador é extremamente importante e complexa, pressupondo sujeições ao risco e às responsabilidades pelos atos praticados durante sua gestão. O sujeito que preenche esse cargo deve ser habilidoso e técnico, devendo observar os deveres de diligência, cuidado e lealdade e proceder com boa-fé durante sua gestão. Tal compreesão provém do fato de a administração ser considerada uma função de confiança, na medida em que o administrador administra interesses alheios.

Apesar de não haver viabilidade de controle extremo de sua atividade, pois isso limitaria sua atuação, não se deve permitir que o gestor esteja sempre protegido pelo aparente caráter discricionário de suas decisões. A atuação do administrador deve ser exercida nos limites do interesse social, sendo este compreendido como o interesse de todos os agentes diretamente e indiretamente impactados pelo exercício da atividade social.

De todo o modo, o caráter especial da responsabilização conferida ao gestor é uma maneira de permitir que este exerça sua função de maneira mais livre para atender ao interesse para o qual foi designado. Contudo, essa liberdade não é irrestrita, sua atuação deve ser realizada de modo razoável, racional e técnica, procurando evitar ou amenizar os danos potenciais em relação aos sócios e terceiros.

Apesar de o risco sempre estar presente na função administrativo-societária, não se pode exercê-la de maneira desmedida sem que se atue minimamente com vistas a relativizar os possíveis danos. Sendo cuidadoso e leal, não há que se falar em responsabilidade dos administradores, as decisões não devem ser vindicadas se seguiram padrões de diligência esperados de gestores de negócios alheios.

Os dispositivos normativos que estabelecem os deveres de diligência e cuidados consignam conceitos jurídicos indeterminados, já que não se consagrou de antemão quais condutas são violadoras desses deveres. Para evitar arbitrariedade em razão da falta de condutas típicas que configuram violação destes deveres, sugere-se que o julgador avalie a responsabilidade do administrador com fulcro na razoabilidade e na proporcionalidade. Assim, o gestor estará isento de responsabilidade se sua decisão configura uma opção razoável e proporcial que seria tomada por administradores que possuem a mesma experiência, aptidão técnica e acesso informacional, considerando-se as circuntâncias e o tempo que a tomada de decisão exigiria.

Noutro aspecto, ressalta-se que a *business judgement* rule exige que o administrador tenha agido em conformidade com os deveres fiduciários para afastar a análise do mérito decisório da conduta. Se de um lado, a violação desses deveres pode por si só ensejar responsabilidade pessoal dos administradores, já que configuram regras gerais de conduta. De outro, os deveres de conduta são considerados elementos que embasam ou afastam a análise do mérito das decisões do administrador.

De todo o modo, não se pode afirmar que o Brasil adotou de maneira expressa a *business judgemet rule*, embora a legislaçao das sociedades por ações estabeleça regra na qual possibilita ao julgador, isentar o administrador que agiu em confomidade com a boa-fé e visando atender ao interesse da sociedade. É possível concluir que tal regra não configura hipótese que afasta a apreciação judicial do mérito das decisões dos administradores, mas apenas trata-se de hipótese de excludente de responsabilidade. Ademais, não existe regra correlata na legislação cível, sendo possível aplicar às sociedades limitadas, regidas supletivamente pela lei das sociedades por ações em razão de previsão contratual.

Nas demais sociedades limitadas e outros tipos sociais regidos pelo Código Civil, a solução é aplicar tais hipóteses de exclusão de responsabilidade por analogia em razão da falta de regra correlata. Contudo, reconhece-se que há pouca aplicabilidade nessas estruturas societárias, já que há maior envolvimento dos sócios na gestão social em razão do caráter personalíssimo.

Referências

ABREU, J. M. C. *Curso de Direito Comercial:* introdução, actos de comércio, comerciantes, empresas, sinais distintivos. v. I. Coimbra: Almedina, 2013.

ABREU, J. M. C. *Curso de Direito Comercial:* das sociedades. v. II. Coimbra: Almedina, 2014.

ALVES, G. R.; SANTOS, L. F. A administração de sociedades e a business judgement rule sob o enfoque do Direito Brasileiro. *Revista Jurídica Luso-brasileira*, Lisboa, ano 5, n. 5, p. 695-716, 2019.

BAYNES, L. M. *Just pucker and blow?: an analysis of corporate whistleblowers, the duty of care, the duty of loyalty, and the Sarbanes-Oxley Act*. St. John's Law Review, v. 76, n. 4, p. 875-896, 2002.

BRASIL. Lei n. 6.404, de 15 dezembro de 1976. Dispõe sobre as Sociedades por Ações. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 dez. 1976.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

CAMPINHO, S. *Curso de direito comercial:* sociedade anônima. 3. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

CORDEIRO, A. M. *Direito das Sociedades:* parte geral. v. I. 3. ed., ampl. e atual. Coimbra: Almedina, 2011.

COSTA, R. Deveres gerais dos administradores e gestor criterioso e ordenado. In I CONGRESSO DIREITO DAS SOCIEDADES EM REVISTA, 1., 2011, Coimbra. *Anais […]*. Coimbra: Almedina, 2011. p. 57-187. Disponível em: <https://www.ricardo-costa.com/data/FILEP_24_2018428192044.pdf>. Acesso em: 15 abril. 2020.

LEÃES, L. G. P. B. A obrigação de melhores esforços (*best efforts*). *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*, São Paulo, v. 43, n. 134, p. 7-11, abr./jun. 2004.

PINTO, C. A. M. *Teoria Geral do Direito Civil*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

SALAMA, B. M.; BRAGA, V. P. M. Dever de diligência do conselheiro de administração: lições da jurisprudência administrativa nas companhias abertas. *FGV Direito SP Research Paper Series,* São Paulo, v. 146, p. 1-17, 2016.

SALOMÃO NETO, E. *O trust e o Direito Brasileiro* [livro eletrônico]. São Paulo: Trevisan, 2016.

SANDDY, A. Deveres dos administradores, responsabilidade e *business judgement rule* nas sociedades anônimas estatais. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental,* Curitiba, v. 7, n. 1, p. 70-113, jan./jun. 2016. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.7213/rev.dir.econ.socioambienta.07.001.AO04>. Acesso em: 15 abril 2020.

VIVANTE, C. *Instituições de Direito Comercial*. 3. ed. Campinas: LZN, 2003.

WAISBERG, I.; KUGLER, H. M. Assimetria de informações e reestruturação de dívidas: reflexos nos deveres dos membros da administração. *Revista da ESMAL*, Maceió, n. 4, p. 147-161, 2019.