

OBSERVAÇÃO PRELIMINAR

Só agora é possível desempenhar-me do compromisso tomado de dar as linhas geraes em matéria de responsabilidade de administradores de sociedades anonyms. Não me referi sinão accidentalmente a arestos, por haver notado quão varios são neste assumpto, do que inferi ser difficil com elles formar doutrina. Busquei, quanto me foi possível, permanecer na região dos principios, e, na dúvida, fui sempre pela doutrina geralmente acceita: em assumpto de tanta difficuldade, tão escabroso, não julguei fosse prudente accetar eu innovações.

Como se verá na conclusão deste artigo, muito pouco é de esperar da sancção penal contra os administradores infieis ou ineptos, em razão de não corresponderem as decisões dos juizes á severidade do legislador. E' neste caso que muita importancia tem o conselho de prevenir o mal, em vez de procurar remedial-o.

Não quer isto dizer, e minhas últimas palavras, no fecho do artigo, não autorizam semelhante illação, que deixem os juizes de ter o dever de procurar, quanto possível, punir com a maior severidade os culpados ainda que não concorressem estes para o mal por dolo, mas sómente por negligencia ou inepecia. O movimento lento de reacção contra actual impunidade será summamente salutar, comtanto que haja igualdade nas decisões.

Terminando, direi que a lei patria é, quanto possível, em assumpto tão novo, e tão falto de principios

seguros, do número das melhores. O legislador patrio fez o que poude.

Nunca tive occasião de trabalhar na qualidade de advogado de qualquer das partes litigantes em questões forenses relativas a responsabilidade de administrações de sociedades anonymas. Tenho porém visto, por mais de uma vez, debatidos, no fôro, processos importantissimos sobre tal assumpto, tenho acompanhado polemicas ardentissimas pela imprensa, e bem sabido é que os espectadores calmos, desinteressados, extranhos ás paixões dos litigantes, se acham em melhores condições para serem juizes. Eis porque posso dizer que conheço practicamente o objecto deste pequeno artigo destinado a contribuir para a obra de construcção no Direito Patrio do instituto das sociedades anonymas, ainda em formação, ainda, póde-se dizer, em embryão.

Da Responsabilidade dos Administradores das Sociedades anonymas

Com a responsabilidade dos mandatarios e agentes ter-se-á conseguido o unico meio seguro de prevenir abusos, que é punil-os severamente quando se practicarem.

(Visconde de Ouro Preto. Sessão de 24 de Abril de 1882).

1) E' da maior importancia mostrar como a responsabilidade limitada dos accionistas se formou, ao lado da responsabilidade mais extensa, quer penal, quer civil, dos membros da administração das sociedades anonymas. Póde-se dizer mesmo que a responsabilidade dos administradores é uma consequencia da limitação da dos accionistas.

Como é sabido, até epoca relativamente recente, dominava, na doutrina, a opinião de que as sociedades anonymas e as pessoas juridicas, em geral, só podiam ter vida por força de acto do poder público. Eram, em Roma, tidas essas entidades como ameaças á soberania do povo, como focos de revolta contra a ordem juridica. Ao tempo da revolução francesa, era ainda fresco o fracasso do banco de Law, e as sociedades anonymas tinham pouco invejavel reputação, sendo julgadas pelo povo, verdadeiras armadilhas á boa fé dos que entravam nellas com seus capitaes. Não obstante ser ésta a opinião geral, houve, durante a revolução francesa, oscillação, decretando-se successivamente a liberdade de organização, em 1791; sua prohibição, no anno II; e ainda

a reiteração dessa proibição no anno IV (Thaller n.º 266). Acreditava-se porém que a autorização e a fiscalização do Governo eram medidas sufficientes para salvaguardar os interesses dos que em tal sociedade envolvessem seus haveres. O Código de 1807 organizou a instituição das *commanditas* com responsabilidade illimitada dos socios, e, como refere Thaller, e é lembrado por Codde (De la Responsabilité des Administrateurs, pag. 7), tornou-se proverbial a expressão *voragem da commandita*. A propria palavra *commandita*, mesmo em portuguez, é synonyma de *companhia de ladrões*. Tinham-se esquecido os legisladores, diz Codde, de que os socios da *commandita* poderiam ser insolventes, ficando os interessados que houvessem compromettido seus capitaes na *commandita* reduzidos a pagarem-se pelos fundos sociaes, frequentemente inferiores á responsabilidade da sociedade.

2) Temos assim, para as sociedades anonymas, uma primeira phase semelhante á que hoje atravessam as mútuas no Brazil: a da autorização e da fiscalização governamental. Do mesmo modo que em relação ás sociedades anonymas, não deram essas medidas nenhum resultado quanto ás mútuas, como sabemos todos. O que, em geral, não põem infelizmente os escriptores que se occupam do assumpto em evidencia, é a circumstancia importantissima da falsa segurança que geram essas promessas governamentaes. Si a sociedade é fiscalizada pelo governo, pensa o povo, pouco conhecedor da importancia que tem, ou que não tem, este alvitre, que deve elle confiar inteiramente na administração da companhia.

3) O systema adoptado na Inglaterra foi muito mais vantajoso, como o demonstraram os resultados que produziu. Desde a lei de 1844, começaram as sociedades a ter accionistas de responsabilidade *limitada*. O systema de limitação foi extendido, em 1857, ás companhias de interesse privado, e confirmado em 62 e 67, com a condição porém de que a palavra *limited* seria unida á firma social (Codde, pag. 5). Em compensação, podiam os estatutos da companhia estabelecer a responsabilidade *limitada ou absoluta dos administradores*.

E' a este acertado systema que attribuem os commercialistas a prosperidade das sociedades anonymas na Inglaterra.

Para o estudo das vicissitudes por que passaram as sociedades anonymas na Inglaterra e nos Estados Unidos, é de grande utilidade a obra de Machen — *Modern Law of Corporations* (§§ 4 a 22).

4) Esta prosperidade, este desenvolvimento porém não ha sem a effectiva responsabilidade dos administradores, ou, ao menos, certa severidade no julgamento de seus actos, quando chamados a juizo. O eminente Visconde de Ouro Preto, adivinhando e preluzindo as desgraças economicas que, em breve, affligiriam nossa patria, quando defendia o que denominava elle a trilogia da organização das sociedades anonymas, a saber, *liberdade* de constituição, *publicidade* de actos e *responsabilidade* effectiva dos administradores, firmou, com raro vigor, a necessidade de ser este espirito liberal da legislação protegido, ou tutelado, por uma responsabilidade real dos administradores. E foi ahi que tiveram as nossas sociedades anonymas brasileiras seu Waterloo. Já era tempo de nos convencermos da necessidade de tornar uma realidade esse recurso que só existe, por emquanto, nas leis. Para se fazer idéa da distancia que nos separa do ideal da responsabilidade effectiva, basta lembrar que, sendo a França tida como paiz typo da severidade em tal matéria, entretanto, ainda ao proposito do que se passa naquella nação, diz Codde, que os abusos lá surgem porque ainda *não é um facto serio a intervenção dos fiscaes*, e porque as assembléas levemente approvam abusos das directorias, tornando impossivel a acção salutar da Justiça (pag. 13). Outros motivos ha, como abaixo mostrarei, para ser burlada a acção da Justiça.

Pelo que diz Machen, ao occupar-se de «*Frauds perpetrated under cover of Liberal Incorporation Laws*», parece que, nos Estados Unidos, do mesmo modo que no Brazil, ha certa insufficiencia na repressão dos abusos das directorias, o que é attribuido por um juiz á «*apathy of the public in setting the law in motion*» 2(§ 2).

5) O recurso no Brazil, até a refôrma de 1882, foi, pelo que se vê na lei 1083 e no dec. 2711 de 1860, a licença governamental concedida pelas *cartas*. Os resultados deste regimen foram negativos, sinão damnosos, pelo estabelecimento da falsa segurança a que acima me referi, falsa segurança que é um perigo nunca assás encarecido. Em 1872, em 77, em 79, fizeram-se trabalhos para modificação do regimen de 1860, quiçá influindo em nossos politicos a refôrma de 1867 realizada em França. Foi porém o anno de 1882 que marcou a época de transformação nas providencias garantidoras dos que compromettiam capitaes nas sociedades anonymas. Os preceitos dos arts. 11 da L. 3150 e 50 § unico do D. 8821 são, em substancia, iguaes ao art. 11 do D. 164 de 1890. A refôrma de 1882 desligou as sociedades anonymas da necessidade de approvação governamental, salvo em casos excepçionaes, e este systema liberal é o que domina na actual legislação sobre essas sociedades.

Numa palavra pois: desde 1882, liberdade de constituição de sociedades anonymas e responsabilidade legal dos administradores. O que resta é que essa responsabilidade passe da lei para os factos, que os juizes applicuem os preceitos legaes de accordo com a licção dos commercialistas, e com a severidade que exigem os interesses mercantis, pondo termo ao celeuma que, com razão, se tem levantado contra as sociedades administradas com pouco escrupulo.

6) Póde-se já considerar como sendo classica a divisão da matéria, dizendo-se que os administradores são responsaveis ou *como taes*, na qualidade de *mandatarios* da sociedade, ou na qualidade de magistrados, por força da lei. A separação, em doutrina, parece feita por uma linha nitida. Si o director opera em razão de sua qualidade de representante eleito, e dentro de suas attribuições fixadas nos estatutos, que podem ser considerados, até certo ponto, seu instrumento de mandato, sua procuração, deve ser tido como responsavel na qualidade de mandatario, ou como tal, para usar da expressão empregada por Vidari (Le Società, n. 470), que emprega tambem a locução *qual mandatario* (n. 490). Nos demais casos, em que delibera e

resolve por força da lei, administrando a sociedade, ou praticando certos actos de que não cogitam os estatutos, como os de publicidade e de constituição da companhia, é responsável na qualidade de magistrado. A separação dos actos dos administradores feita por este modo, tem seu assento no art. 11 do D. 164 de 1890, e portanto pôde ser passada dos commercialistas estrangeiros para a doutrina jurídica patria.

E' natural que comece este estudo pelo exame da responsabilidade dos administradores no character de mandatarios, porque, desta fôrma, se guarda a ordem do art. 11 do D. 164 de 1890.

7) Logo surge uma grande difficuldade: será solidaria a responsabilidade dos administradores quando operam em character de mandatarios? Vampré respondeu que sim (n. 661). Ha mesmo razões em favor dessa opinião em direito a constituir, embora não me pareça justificada por ellas a doutrina extrema de Vampré, mesmo *jure constituendo*. E' assim que o Ministro Finali faz sentir o perigo que ha em deixar que se dê a divisão da responsabilidade quando são postos na administração alguns nomes de homens *cujo brilho allucina os accionistas*. E' certo que Giovanni Pateri cita as palavras de Finali ao proposito de responsabilidades de administradores na qualidade de magistrados sociaes, mas o argumento se estende ao caso de obrarem elles na qualidade de mandatarios (La Società Anonima, n. 247).

Não me parece porém que seja tal motivo sufficiente ou decisivo para se admittir a solidariedade em todos os casos, nem mesmo, repito, em direito a constituir.

Em direito constituido, acho que é claro que deveremos applicar-lhes, por analogia, as regras do mandato. Ora, pelo art. 147 do nosso Codigo Commercial, a unica doutrina acceptavel é a de que não são solidarios os diversos mandatarios constituidos num mesmo mandato, salvo cláusula expressa, como diz Bento Faria (nota 156 a este artigo).

Voltando ao direito a constituir, não vejo vantagem em tal rigor. Si entre os directores, ha alguns mal

intencionados, saberão illudir a vigilancia dos bem intencionados, e serão estes sacrificados aos interesses dos accionistas, por actos de que não tiveram conhecimento, em que não tomaram parte. Até esse ponto não deve, creio, ir o zelo do Estado em pròl dos accionistas: a solidariedade é uma medida muito rigorosa, e que só deve ser admittida em casos excepçionaes, quando não seja facil abusar um dos coobrigados sem sciencia dos demais: severidade não é crueldade. Ainda mesmo em França, paiz cujo rigor é conhecido, a jurisprudencia tem abrandado a applicação dos principios da solidariedade, não se considerando que seja ella imposta por um principio geral: «La condamnation solidaire est facultative, et elle n'interviendra que si la faute est commune aux administrateurs condamnés, — ou s'il est impossible de reconnaître la part qui revient à chacun, — ou s'il s'agit d'un ensemble indivisible de fautes» (Codde, pag 31). Fique bem accentuado que não condemnno a benignidade dos juizes em matéria de solidariedade.

S) Não quero porém sustentar que, em face de nossa lei, estejam sempre isentos os directores da solidariedade, por figurarem na qualidade de mandatarios, respondendo em todos os casos só pela quota correspondente, feito o rateio entre todos. Entendo que a redacção do art. 11 do D. 164 autoriza-nos a dizermos que, no caso do § 3, que é o de obrarem os directores como magistrados, ou executores da lei ou dos estatutos, é sempre solidaria sua responsabilidade, mas que, nos demais (§§ 1 e 2), referentes aos casos em que operam no caracter de mandatarios, são sujeitos ás regras geraes de Direito applicaveis aos mandatarios. Apresentarei casos em que se deve dar a solidariedade. Si, no desempenho do mandato, practicam um acto delictuoso em prejuizo de terceiros ou dos accionistas, são, pela letra do art. 69 § unico do Codigo Penal, sujeitos á responsabilidade civil solidariamente, já em face dos terceiros, já em face dos accionistas, segundo as circumstancias. Si, excedendo o mandato, obrigam-se por uma letra de cambio, são solidariamente obrigados aos terceiros por este acto. Si o terceiro se acha de boa fé, porque o excesso de mandato não pode por elle ser verificado,

visto só constar de acto da sociedade não sujeito á publicidade, ou que não foi, como devia, publicado, tal responsabilidade solidaria se dá para com os accionistas que pagaram ao terceiro de boa fé a obrigação contrahida pelos directores com excesso de mandato. Podemos pois estabelecer a regra: quando os directores operam como mandatarios, são obrigados, ou *pro rata*, ou solidariamente, mantendo-se em relação a elles, para determinar si são, ou não, obrigados solidariamente os principios juridicos applicaveis aos mandatarios constituídos conjunctamente no mesmo mandato, e ésta regra é fundada no processo de analogia, pois, como ensina Bing, «la responsabilité des administrateurs, comme mandataires de la société, est réglée par les principes généraux du mandat, et les dispositions spéciales que nous rencontrerons s'y réfèrent généralement (La Société Anonyme en Droit Italien, p. 330).

Tenha-se presente, é bom dizer, que o facto de terem funcionado conjunctamente os directores, não é motivo para os julgar responsaveis solidariamente.

Emfim é bom não esquecer do grande arbitrio que têm os juizes na apreciação das circumstancias, quando aquilatam a responsabilidade dos administradores: «Les tribunaux ont un pouvoir souverain por apprécier l'existence de la faute» (Pandectes Francaises, vrs. *Sociétés*, n.º 11407, Administrateur de Société anonyme, n. 146).

E' incrível a riqueza da casuistica dos repertorios franceses relativamente aos casos de responsabilidade dos administradores (Pandectes Françaises, vrs. Administrateur de Société Anonyme, numeros 333 e segs., Sociétés, numeros 11383 e segs.). Como é bem facil de prever, nem sempre ha coherencia entre os multiplos arestos, e abaixo direi quaes os motivos que, segundo creio, determinaram a excepcional oscillação da jurisprudencia neste ponto.

9) No art. 10 § 2, declara o D. 164 que os administradores não contrahem obrigação pessoal, individual ou solidaria, nos contractos ou operações que realizam no exercicio do seu mandato. E' isto intuitivo, nem era preciso que fosse dicto por preceito legal, pois que,

em todos os actos da sociedade anonyma, rege o principio «universitas distat a singulis». O que é de prudencia nunca perder de vista é que, ao contrahirem os administradores qualquer obrigação pela sociedade, devem declarar a qualidade em que o fazem, sob pena de se verem, mais tarde, em difficuldades para tornarem certo que agiram por conta da sociedade, e não por conta propria. No caso, por exemplo, de accite ou de endosso de letra de cambio por conta da sociedade, sem a precisa determinação de que o acto é praticado por conta da companhia, nem mesmo será o director imprudente recebido a provar que agiu por conta da sociedade, si o título cambial estiver em mãos de terceiro portador de boa fé, que se fiou nos termos da letra de cambio, e que não está sujeito a provas extrinsecas, quando é regra fundamental do direito cambial que a letra é um título por si mesmo sufficiente ou completo, bastando-se a si mesmo, e repellindo qualquer elemento externo que o modifique (Vivante, v. 3, ns. 954 e 1014).

10) Ao apreciar-se a responsabilidade dos administradores por excesso de mandato, cumpre ainda ver si ha nexa entre o facto praticado pelo administrador e o prejuizo soffrido pela companhia, prejuizo, que, inutil é dizel-o, deve existir para justificar a acção contra o responsavel (Pandectes Françaises, vers. Sociétés, n.º 11408, Machen, Modern Law of Corporations § 1516).

Uma segunda observação é que cada directoria é responsavel, no caso de solidariedade, sómente pelos seus actos, e não pelos das directorias anteriores, e muito menos, é evidente, pelos das posteriores, ou, noutros termos, a solidariedade não se estende além dos membros da directoria do tempo em que o acto foi praticado. Assim pois cumpre, quando ha um prejuizo para a sociedade, estabelecer o nexa causal entre elle e o acto da directoria, para se determinar a que periodo de gestão é o mal devido. Esta observação vem em Vampré (n.º 668), que se funda em Soprano e Mori (notas 1291 e 1292).

Nos casos de solidariedade, limita-se a responsabilidade por ésta fórma ao civil, pois, no crime, como se sabe, a responsabilidade é pessoal (Codigo Penal, art. 25).

Ainda sobre esse ponto, é digno de referencia que a directoria nenhuma responsabilidade, quer *pro rata*, quer solidaria pôde ter, quando cumpre ordens da assembléa geral (Pandectes Françaises v. Sociétés, 11444 a 11447), salvo si a ordem da assembléa foi dada em consequencia de ter sido ella surprehendida por manobras dolosas da directoria (n.º 11447). Si obra por ordem dos accionistas, a directoria nada mais faz do que exercer juridicamente seu mandato. Inutil dizer que tal ordem só isenta a directoria de responsabilidade, quando o acto é licito, e portanto pôde ser objecto de mandato, pois si delictuoso, não deverá a administração cumprir a resolução da assembléa. Mais ainda: a assembléa não pôde ratificar crimes da directoria, nem tal ratificação illegal exime os directores da acção que contra elles têm os credores prejudicados ainda mesmo que sobrevenha a fallencia da companhia (Pandectes Françaises, n. 480). E ésta última consideração nos leva ao exame do valor da ratificação dada pela assembléa geral.

11) A ratificação, de que se tem usado com frequencia e abusado, é incontestavelmente uma medida altamente vantajosa, uma vez que seja devidamente empregada. Nada mais é que a applicação da ratificação classica do instituto do antigo mandato. Ella porém não pôde ser extendida, como pretendem por vezes directorias accusadas de abusos, aos actos de que não teve pleno conhecimento a assembléa, nem aos individuos que não são directores, pois só os directores são considerados mandatarios. (Pandectes Françaises, vers. Administrateur de Société Anonyme, ns. 640 e 646).

Na generalidade dos casos, a approvação do balanço é a fórma de ratificação dos actos da directoria, nos termos do art. 145 do D. 434. Sobre o assumpto porém doutrina com summa agudeza Vivante: «A approvação do balanço *regular* libéra implicitamente os administradores, porque elle contem, na conta de lucros e perdas, a apresentação numerica de todo o exercicio social (v. 2, n. 580)». Accrescenta entretanto que a assembléa, ao approvar o balanço, pôde comtudo se reservar o direito de exame posterior dos actos da administração. Emfim, restringindo ainda os efeitos da

ratificação, de que tanto se tem abusado, diz elle: «A presumpção de que a assembléa tenha querido exonerar a administração de qualquer responsabilidade, approvando o balanço, cahe naturalmente quando faltem os documentos que o devem acompanhar, como o parecer dos fiscaes, e quando exponha falsa ou erroneamente a situação da sociedade. Em taes casos a approvação relativa aos resultados da gestão como figuram no balanço, *não se pôde extender aos resultados reaes ignorados pelos accionistas*». (Cit. n. 580). A licção de Vivante é inteiramente applicavel ao nosso systema juridico patrio por força da segunda parte do art. 74 do D. 8821, onde se prescreve a nullidade da approvação quando alcançada por meios dolosos. Nem doutro modo poderia ser. Como se vê pois, a ratificação só é referente aos casos dos §§ 1 e 2 do art. 109 do D. 434.

Soprano que, com alguma minucia, tractou da exoneração dos administradores pela approvação das contas pela assembléa, faz sentir que é acto unilateral, não dependendo de acceitação por parte dos administradores, e que não pôde ser atacada por ser filha de fraude (*fraus omnia corrumpit*), quando ha da parte dos accionistas *supina negligencia*, e funda-se em Pinner e Makower (Responsabilità, n. 110). No systema juridico patrio, difficilmente se dará essa negligencia supina da parte dos accionistas, pois, pela lei, cabe aos fiscaes a investigação sobre o procedimento dos directores (D. 434, arts 119 e 120).

Tendo sempre presente a importancia da distincção entre actos practicados pelos administradores na qualidade de mandatarios e actos que praticaram na qualidade de magistrados, passarei a estudar estes ultimos.

12) Muito mais delicada é a posição dos administradores ao agirem tendo presente o que prescrevem a lei e os estatutos. Já uma difficuldade surge, ao attendermos a que quando cumprem os directores os estatutos, estão se conformando com o mandato que lhes foi dado pelos accionistas. Não me parece porém de importancia ésta dúvida. Basta que consideremos terem os administradores poderes, quando operam na qualidade mandatarios, e deveres, quando na de magistrados

Darei exemplos que tornarão ainda mais claro meu pensamento, e frisarão a diferença. Si um director é autorizado pelos estatutos a fazer vendas, é responsável quando, em alguma, obra com desidia. Si não reúne a assembléa nos termos fixados nos estatutos, é responsável na qualidade de magistrado, ou nos termos do § 3 do art. 11 do D. 164. Agapito da Veiga diz que este preceito da lei patria é inspirado no art. 11 da lei belga, no 44 da franceza, nos arts. 231 e 241 da allemann e no 16 da portugueza (Sociedades Anonymas, n. 258), e acrescenta que, nos dois primeiros paragrafos, se tracta de uma violação do contracto, e no último de um quasi delicto. A distincção dos actos dos directores em actos de mandatarios e de magistrados é da lei belga, que, no art. 52, se refere ás infracções della e dos estatutos, e, no art. 53, á gestão de accordo com os principios do mandato; e encontra-se tambem na lei italiana, pois, no art. 122 (Codigo Commercial), faz referencia á execução do mandato, e no art. 147 enumera actos que são deveres impostos pela lei e pelos estatutos («doveri ad essi imposti dalla legge, dall'atto costitutivo e dallo statuto»). A linha de separação é pois nitida em doutrina. Não o é sempre, força é reconhecer, na práctica, surgindo embaraços em alguns casos. Darei exemplo: si a directoria faz uma má compra no exercicio de sua gestão, mas um dos membros é impedido por força do art. 112, do D. 434 e não avisa aos companheiros, ahi está um director que é responsável, já na qualidade de mandatario, já na de magistrado.

Para exemplo da concurrencia da culpa contractual com a extracontractual, cita Soprano o caso julgado pelo tribunal de cassação de Turim, e relativo ao individuo que contractou a venda de vinho, e entregou agua colorida ao comprador (Responsabilità, n. 6). E' controvertido qual das duas responsabilidades prevaleça. Inclino-me ao parecer de Soprano: prevalecerá a culpa aquiliana (cit. n. 6).

13) O codigo italiano enumera alguns desses casos em que a directoria é responsável na qualidade de executora de estatutos e de preceitos legais, não obstante haver depois synthetizado todos os casos na fórmula do § 5 do art. 147, analogo ao disposto no § 3

do art. 11 do D. 164. Menciona o Código Italiano: a veracidade das entradas, a exactidão dos dividendos pagos, a existencia e boa escripta dos livros e o cumprimento do resolvido pelas assembléas. O art 44 da lei francesa de 1867 liga particular attenção á distribuição de dividendos indevidos. E' tambem a preocupação de nossas leis sobre sociedades anonymas, e realmente é um dos mais graves delictos que pôdem praticar os directores na administração dessas sociedades, mas infelizmente um dos mais vulgares, e de mais difficil prova.

Merece lido o que narra Giovanni Pateri sobre a lucta empenhada pelos membros do parlamento italiano, para encontrarem a fórmula que melhor definisse a responsabilidade dos administradores na qualidade de magistrados sociaes (La Società Anonima, n. 247), bem como o estudo das fórmulas adoptadas pelos codigos de outros paizes cultos (n. 246). Afinal achou-se melhor enumerar alguns dos casos mais graves e mais communs, e estabelecer a synthese no § 5 do art. 147. Só este paragrapho bastaria, podendo ser supprimidos, sem prejuizo do pensamento legal, os anteriores. Parece pois mais technico e elegante o art. 11 do nosso D. 164, sendo entretanto forçoso reconhecer que a prática demonstra que as fórmulas geraes dão lugar á impunidade (Machen § 1513). A menção dos factos que especialmente dão origem a responsabilidade dos administradores offereceu oportunidade aos commentadores do Código Italiano para explicarem minuciosamente a extensão de cada um desses casos (Vidari, Le Società, ns. 492 e segs., Pateri Giovanni, ns. 251 e segs., Bing, La Société anonyme en Droit italien, pag. 335 e segs).

No artigo 340, o Código Penal caracteriza como particularmente graves, e consequentemente puniveis certos actos dos administradores, entre os quaes se acha promover o administrador falsa cotação de acções. Commette este crime o administrador que emitta acções por valor inferior ao nominal, caso de que se occupa o art. 131 do Código Commercial italiano (Soprano, Responsabilitá, n. 56, Vampré, n. 1109). A hypothese porém que com mais frequencia occorre, é, a meu vêr, a de administradores que fazem pomposos relatorios, dão á sociedade uma apparencia de prospe-

ridade para venderem por alto preço suas acções: entre não desacreditar uma sociedade e fazer dolosamente crêr que ella está em optimas condições, vae um abysmo.

14) Si ha necessidade de se instituir a solidariedade dos administradores quando funcçionam na qualidade de magistrados sociaes, não é menos importante fixar os limites dessa responsabilidade excepcional, tratando-se de pessoas que não se escolheram reciprocamente, como observa Vivante, e só justificavel dentro de certos limites, obrigando-se os administradores a vigiarem-se mutuamente, sem desconfiança, mas tambem sem uma cega fé (Vivante, v. 2, n. 629). Para haver solidariedade, cumpre que haja culpa da parte do administrador: «Sem culpa, impossivel a solidariedade» (Vivante, n. 630). Não ha porém necessidade de sciencia ou noticia do acto, nem de dolo. Muitas vezes a ignorancia é culposa, porque mostra falta da vigilancia a que é obrigada uma pessoa.

Outra restricção posta á solidariedade é a que resulta de terem os administradores funcções especificadas. Exemplo offerece Vivante com o caso do director-caixa que furta fundos sociaes, antes que os demais directores tivessem podido tomar qualquer providencia contra tal crime. Isto não quer dizer que sejam dispensadas os directores de toda vigilancia e da effectiva collaboração nas operações sociaes, devendo-se applicar a regra que acaba de ser formulada com a precisa discreção.

Ainda é conveniente fazer sentir, acompanhando o mesmo illustre commercialista, que ha, nas funcções sociaes, algumas que são inseparaveis, e que devem ser exercidas por todos os administradores conjuntamente.

Disse eu acima que os administradores não respondem pelos actos de seus antecessores. Ha porém uma especie de muito difficil soluçào, e é a seguinte: devem os novos administradores denunciar os abusos da administração anterior? Responde Vivante que sim, mas sua resposta só é acceitavel em termos geraes no regimen juridico italiano, porque o art. 247 do Codice julga delictuosa a occultação por parte dos directores

de factos relativos ás condições economicas das sociedades que dirigem. Na Italia, nem mesmo o temor de fracasso da sociedade, nem mesmo a esperança de ser o segredo sobre os antigos abusos elemento para prosperidade da sociedade, pódem justificar a administração que não denuncia os actos da anterior. Coisa diversa dispõe nossa lei. Como se vê nos arts. 201 e 202 do D. 434, só aos fiscaes cabe esse *dever de denunciar*. Não quer isto dizer que os novos administradores tenham o direito de fazer falsas affirmações no relatorio, de falsificar o balanço, de praticar actos destinados a encobrirem os abusos ou crimes de seus antecessores, hypotheses figuradas por Vivante (n.º 632), fazendo sua a culpa dos antecessores (Cod. de Resp. pag 119. Não ha ahí uma cumplicidade passivel de pena (Cod. Penal art 21 § 2) no caso de crime, mas ha, quer em caso de abuso, quer no delicto da antiga directoria, culpa da nova sufficiente para a tornar civilmente responsavel. Inutil accrescentar que tal responsabilidade é solidaria. Ainda neste ponto, é digno de ponderar-se com Vivante que essa continuidade de modo de administração terá como consequencia por vezes, não poderem os socios nem os terceiros (credores) determinar a qual das directorias cabe a responsabilidade da ruina da sociedade. Assim, por vezes, raras, é certo, terão os novos administradores de denunciar, mas em defesa propria, para resalvar sua responsabilidade, actos irregulares da antiga administração, intimamente ligados com os da nova.

Repito pois que o caso é embaraçosissimo, tendo eu em vista os dois extremos de não ser accetavel obrigar-se alguém a denunciar, salvo por dever imposto claramente em lei, e de não se dever permittir que os socios e credores soffram damno por não terem das pessoas informadas os esclarecimentos precisos para salvaguardar seus interesses. Toda difficuldade seria cortada si nossa lei obrigasse os administradores a denunciarem esses abusos, e si extendesse aos fiscaes a obrigação de denunciarem, não só os abusos praticados no decurso do anno de sua fiscalização, mas todos os de que, por qualquer fórma, tivessem tido conhecimento. Neste assumpto, e em Direito a constituir, acho que devemos ligar mais importancia ao esclarecimento dos socios, a que sejam informados os accionistas, a que

tenham completa noticia do estado da companhia, do que ao segredo, tão importante nos actos commerciaes, tão valioso para manter o crédito do negociante sob firma individual, ou sob firma social.

Por última consideração, é de referir que, não raro, se torna difficil aos novos directores descobrir a fraude dos anteriores. Ha escriptas mal feitas, com deficiencia de esclarecimentos, ou propositalmente intrincadas, ha a circumstancia importantissima de continuarem, em regra, no escriptorio os empregados ligados ou gratos á antiga directoria, ha a difficuldade muito commum de se encontrar um habil guarda-livros que descubra onde se acham occultas ou disfarçadas nos livros as fraudes, o que, na gira dos da arte, se denomina *achar o gato*, e mil outros obices. Isto é parte para que haja certa benevolencia para com os directores que continuaram na gestão viciosa da directoria anterior. Tudo quanto acaba de ser dicto applica-se tambem aos fiscaes, cujas funcções não são inefficazes só por desidia dos que as exercem, mas tambem pela difficuldade que encontram em examinar uma escripturação. Da gente do fóro, só uma pequenissima parte sabe quão penoso é examinar uma escripta, e quanta artimanha ha na arte de escripturar. Gilbert, em seu Tratado dos Bancos, informanos de que é costume na Inglaterra conceder, de tempos a tempos, uma licença aos empregados de escriptorio, fazendo-os substituir por outros, com o intuito de que os successores verifiquem o modo por que os effectivos desempenham suas funcções. Num rapido exame, em um dia, ou em dois, nada conseguiriam os substitutos. E' usando do longo periodo das férias dos empregados effectivos que chegam a saber os substitutos si ha, ou não, fraude no proceder daquelles, denunciando-as então aos chefes das casas commerciaes ou bancárias.

15) A culpa dos administradores será provada pelos interessados que os accusam, e segue-se assim a tal respeito a regra geral de Direito, bastando porém que próvem os interessados a culpa da directoria em conjuncto e o nexo causal com o damno. E' a cada um dos directores que cabe o direito de, ao defender-se, provar que não teve parte no acto que lhe é imputado (Vivante, v. 2, n.º 631.) Sustenta Vampré (n.º 662) que a

ausencia não exime o administrador de responsabilidade, mas que tem tal efeito a declaração de voto vencido, ainda que não communicado nem aos fiscaes, nem á assembléa geral. Quanto ao efeito da declaração de vencido, estou de pleno accordo com o illustrado commentador do D. 434. Não assim quanto á ausencia.

Dois motivos levam-me a este parecer. O primeiro é que é perfeitamente possível a ignorancia do administrador acerca das razões que levaram os outros a tomarem uma certa resolução, e seria odioso estar a proceder a indagações sobre o assumpto já estudado, sobre a difficulde resolvida, para declarar que não se conforma o director com o que decidiram os companheiros aos quaes não poude, por ausente, auxiliar com suas luzes. Em summa: acho que a opinião de Vampré colloca o director ausente em posição excessivamente difficil. O segundo motivo é o de analogia, tirado do art. 146 do D. 434, onde se preceitua que a ausencia de um accionista é razão para elle conservar acção contra a directoria pelos actos dos directores, quando taes actos forem ratificados pela assembléa geral, argumento tanto mais valioso quanto é certo que este artigo equipara os vencidos aos ausentes.

Si entretanto o director com a ausencia foi parte para o fracasso, si era obrigado a comparecer, si não justifica a ausencia, então a ausencia é motivo para ser elle julgado culpado. Exemplo se pôde dar com o caso de se tractar de matéria em que seja particularmente versado um director, e de, embora devidamente notificado, e sabendo tractar-se de negocio exigindo prompta resolução, faltar, por mera desidia, por não se interessar pelos negocios da companhia. Emfim ha, direi em resumo, ausencias culposas. Acompanho assim o commentador Agapito (Sociedades Anonymas, n. 265). Com as mesmas idéas está Guillery (n. 54, pag. 126).

16) Outro ponto delicadissimo desta matéria é o que diz respeito á ratificação dos actos da administração pela assembléa geral. Antes de tudo, é bom firmar certas verdades legaes que parecem incontestaveis. Uma é que não são unicamente os actos da directoria violando lei e estatutos que pôdem ser ratifi-

cados pela assembléa, mas tambem os referentes á execução do mandato comprehendidos nos paragraphos 2 e 3 do art. 11 do D. 164. Outra é que essa ratificação não affecta os interesses de terceiros, nem livra os administradores das penas em que possam ter incorrido com seus delictos. É' o que explica Vivante, fundando-se em arestos dos tribunaes italianos (v. 2, n. 641), e não precisava tal dizer, porque é, parece-me, fóra de controversia, em vista dos principios geraes do direito. Contra quem será movida ésta acção? Entendo que o accionista ausente ou vencido e o credor pôdem agir contra a sociedade ou contra os administradores. Quem, pela approvação, fatalmente perde o direito de acção contra os administradores é a sociedade que a tinha pelo art. 109 do D. 434. Só num caso ella conserva a acção, e é o de haver sido a approvação obtida por erro, dolo, fraude ou simulação, porque, em taes hypotheses, é annullada a ratificação, nos termos da parte final do art. 145 do D. 434. Entre Vampré e Agapito da Veiga ha desaccordo sobre quem fique responsavel depois da approvação dada pela assembléa.

Sustenta Vampré que, uma vez que não se dá perempção da acção contra os administradores na fórmula do art. 75 do D. 8821, continuam os socios ausentes e os que não houverem concorrido para tal ratificação com a antiga acção (n. 814). Agapito occupando-se mais particularmente de terceiros e tendo, segundo parece, mais em attenção a esses terceiros, dá a acção contra a sociedade (Sociedades Anonymas, n. 262). Ora, dada a boa fé dos credores sociaes e dos socios, quando directores e accionistas violaram a lei e os estatutos, creio que esse delicto ou quasi delicto é tanto dos directores quanto dos accionistas, e que portanto os lesados ou prejudicados tanto devem poder agir contra uns quanto contra outros.

O que tambem é bom não esquecer, e funda-se nos principios geraes de Direito, é que si, esses terceiros não estavam de boa fé, não pôdem mover nenhuma acção.

17) E'sta minha opinião de que aos socios e aos terceiros cabe acção tanto contra administradores como contra a propria sociedade, merece explicada mais mi-

nuciosamente, e é a defesa do meu parecer que passo a expor. Na lei belga e na italiana, vem o mesmo preceito do art. 109 do D. 434, que consolidou disposições do D. 8921, e do art. 11 do D. n. 164. A lei belga fala da execução do mandato e dos actos culposos na gestão social, e concede acção aos terceiros para da administração haverem perdas e danos, quando não tenha ella denunciado os abusos, em que não teve parte, á assembléa (art. 52). Dahi infiro que excederem os administradores os limites de seu mandato não impede a acção de terceiros, o que parece original á primeira vista.

Mais positivo é ainda o Codigo Italiano, quando diz que só devem os administradores fazer os negocios expressamente mencionados no acto constitutivo da sociedade. Emfim é clarissimo o art. 11 letra *b* de nosso D. 164: «São responsaveis á sociedade e aos terceiros pelo excesso de mandato». Como porém serão responsaveis por excesso no exercicio do mandato para com terceiros, quando estes deveriam conhecer os estatutos que são devidamente publicados? Duas escolas ha, segundo Bing, sobre a matéria. Uma, que é seguida pelo Direito allemão, é a que sustenta que, em relação a terceiros, é illimitado o poder da directoria, systema muito perigoso para os accionistas, mas optimo para os terceiros, diz Bing (*La Société anonyme en Droit Italien*, pag. 308). A restricção unica é a posta pelo Codigo Federal, tomando como limite dos direitos de terceiros a boa fé, conforme ensina o mesmo Bing (pag. 309). Os preceitos do Codigo italiano e de nossas leis sobre sociedades anonymas, o regimen de publicidade de seus actos são motivos fortes para difficilmente poder adoptar-se no Brasil a orientação allemã. Os terceiros devem conhecer os estatutos e as actas das assembléas, e devem informar-se dos poderes conferidos aos administradores com quem contractam: «*Qui cum alio contractit, vel est, vel debet esse non ignarus conditionis ejus*». (R. J., fr. 19). Como pois explicar a responsabilidade para com terceiros no caso de excesso de mandato (D. 164, art. 11, letra *b*)?

Tracta o preceito da lei patria de casos excepçoes: pôde o terceiro haver sido illudido por fraude do administrador, pôde não lhe haver sido dado perfeito e exacto conhecimento de alguma acta não publicada e

não sujeita a essa formalidade (servindo de exemplo aquelle caso que citei de mudança de director, caso em que pôdem os terceiros ser surpreendidos, segundo a jurisprudencia paulista, conforme mostrei na Rev. da Faculdade, v. 20, pag. 201), e emfim pôde ser o terceiro illudido julgando que tractava com o administrador negocio pessoal deste, quando realmente o negocio era da sociedade. Pelo que fica exposto, facil é de se ver que a divergencia entre as duas escolas é mais importante em doutrina do que na prática: ainda que reconhecendo a amplitude do mandato, a escola alleman nega apoio ao terceiro da má fé; ainda que fixando as attribuições dos administradores nos termos restrictos dos estatutos e das actas das assembléas, a doutrina restrictiva exclue desse rigor os terceiros que se esforçaram por se informar, ou cuja boa fé não é inquinada de desidia.

Tendo presente o que acaba de ser exposto, e attendendo a que a approvação dos actos dos administradores é *res inter alios*, acho que, em protecção á boa fé, deve se dar aos terceiros opção entre agirem contra a sociedade por força da ratificação, ou contra os administradores por força do Direito, ou da lei que lhes concede este direito no art. 109 do D. 434, ou no art. 11 do D. 164.

Neste particular de ratificação, é conveniente consignar que a ratificação da assembléa não significa que o acto dos directores fique válido, mas só que a sociedade assume a mesma responsabilidade que a directoria. Basta considerar que a sociedade pôde approvar actos que importam a violação da lei, e consequentemente nullos, para se reconhecer a verdade desta observação. Exemplo poderemos ter no acto de uma Directoria emitindo papel moeda (ou moeda papel), ou titulos ao portador, sem os requisitos legais. No systema juridico americano, a assembléa só pôde ratificar actos *ultra vires* da directoria, mas *intra vires* da corporação: «As to this matter, the only difference between acts within and without the powers of the corporation is that, in the former case the actions of the directors may be authorized or ratified by a majority of the shareholders, while in the latter case such authority

or ratification affords no protection to the directors (Machen-Modern, Law § 1518)».

18) Em relação ao accionista, ainda um embaraço pôde surgir: diz o D. 164, em seu art. 11, parte final, que o accionista não poderá intentar acção resultante de actos já julgados por assembléas geraes. Terá este preceito revogado o art. 75 do D. 8821, que mantinha, ou conservava a acção para os accionistas ausentes ou vencidos? Parece claro que não houve tal revogação, já pelo principio «correctoriæ leges sunt stricte interpretandæ», já porque o art. 42 do D. 164 expressamente determinou que o D. 8821 continuaria em vigor ao lado da novas disposições. Emfim a consolidação (D. 434) que deve ser considerada como sendo o regulamento promettido pelo citado art. 42 do D. 164 entendeu continuar em vigor o art. 75 do D. 8821, como se vê no art. 146 da mesma consolidação, ou D. 434. Consequentemente nenhuma dúvida tenho em afirmar, como anteriormente o fiz, que tanto ao accionista, como ao terceiro credor de boa fé, compete o uso da acção quer contra o director, quer contra a sociedade no caso de ratificação dos actos do administrador pela assembléa geral.

Si é difficil determinar contra quem deve ser movida a acção de responsabilidade, mais difficil ainda é fixar a quem, em certas hypotheses, compete tal acção. E' dessa questão que passo a occupar-me.

19) Os commercialistas que se dedicaram ao exame deste assumpto não se fartam de lhe encarecer a difficuldade. Codde diz que é ésta uma das mais espinhosas questões em matéria de responsabilidade de directorias (pag. 143), e chega mesmo a referir que já houve quem pretendesse ser das mais obscuras questões do Direito Commercial (pag 173). Pateri Giovanni tambem diz que a questão é grave (n. 276). Com estes dois luminares estão os outros mestres. Julgo de grande conveniencia dizer quaes as causas principaes desta difficuldade, porque sua determinação terá como consequencia desbravar o terreno, prevenindo os estudiosos contra certas theses peculiares aos systemas juridicos.

extrangeiros, que seria imprudencia ou mesmo erro querer que tivessem vigor no systema patrio.

A primeira causa é a propria oscillação das leis estrangeiras. Examinadas ellas com espirito calmo, dão ao jurista a impressão de que não as inspirou um principio unico, notando-se certa incoherencia em seus preceitos. Foi naturalmente este o principal motivo da variedade na jurisprudencia, sendo a francesa a que melhor conhecemos. A par desse motivo, nascido do Direito constituido, e como consequencia da jurisprudencia dos tribunaes, ha o que pertence particularmente ao direito a constituir. Estando em formação quasi tudo quanto respeita ás sociedades anonymas, não são raros os debates ardentés nos corpos legislativos, que influem, por sua vez, nas obras dos jurisconsultos. Isto que acabo de affirmar é o que se vê nas obras de Bing (Soc. an. en Dir. It., pags. 341 e segs., Pateri Giovanni (La Soc. An., ns. 276 e segs), Codde (pags. 143 e segs.), Pandectes Françaises (vers. Administrateur de soc. an. e Sociétés) etc. Não significa que deixe eu de attender ao que no estrangeiro se tem produzido sobre a *damnata quaestio*. Acho entretanto que o vago de nossas leis permite que seja muito simplificada a matéria, tornando-se possivel o estabelecimento de principios e de regras muito geraes. E' bom preliminarmente vêr o que se tem dicto em França, em doutrina, sobre o caso, afim de ficar bem segura a possibilidade de se estabelecer doutrina clara e segura sobre elle, no systema juridico patrio.

20) Codde diz que ha duas escolas principaes sobre a acção dos socios e da sociedade, mas confessa que entre ellas ha tonalidades tão delicadas que forçam os juristas a hesitar em sobre o logar que compete a certos commercialistas. Entre estes, cita Vavasseur, para cuja «precisão engenhosa» em additamento a uma das escolas, tem gabos francos (pag. 153), entendendo, além disso, que Vavasseur tira alguma cousa da outra doutrina (pag. 154): additamentos originaes a uma das escolas, idéas tiradas da outra.

Quanto aos casos em que os socios agem *ut singuli* ou *ut universi*, não ha perfeito accôrdo entre

os juristas. Para exactidão de linguagem, só direi que apparecem *ut singuli*, quando pedem alguma coisa que não interessa, nem interessou, antes da ratificação pela assembléa geral, a todos os accionistas. Este é, segundo Labro, citado por Codde (pag. 219), o sentido primitivo e logico das expressões, sendo de lastimar a obscuridade que se introduziu usando da locução *ut singuli* para significar a acção social, quando exercida por um ou por mais de um accionista. Passarei a dar as doutrinas, segundo a classificação de Codde

2i) Diz Codde que a primeira escola é a dos que sustentam que todo acto da administração que traz prejuizo a todos os accionistas e prejuizo que resulta de culpa dos administradores no exercicio de suas funcções, produz a acção social. Pelo contrario todas as acções nascidas de um damno particular soffrido por um, ou por muitos accionistas, mas que não lesam á universalidade, são individuaes.

A segunda escola, diz Codde, sustenta que o criterio para se distinguir a acção social da individual não é o maior ou o menor numero de individuos lesados, nem que o prejuizo tenha affectado á collectividade, mas a origem, ou causa do prejuizo: si se tracta de acto que importa a violação dos deveres de bons gestores na qualidade de mandatarios da sociedade, o caso é de acção social; mas si occorre violação dos deveres impostos pela lei ou pelos estatutos, ou, noutros termos, si ha delicto ou quasi delicto, a acção é individual. Esta doutrina tem menor numero de partidarios, diz Codde, mas é a preferivel. Eu acho que a primeira escola é a que mais se conforma com a nossa lei. Basta attentar nos §§ 2 e 3 do art. 109, reproducção do art. 11 do D. 164 para notar que o legislador equiparou os terceiros á sociedade nos casos de excesso de mandato e de violação da lei ou dos estatutos, ou nos de delicto ou quasi delicto. Si se dá essa equiparação, e si, no § 1, só se fala da sociedade, com que fundamento vamos collocar os socios ou accionistas no § 1, quando houver mau desempenho do mandato por parte dos administradores, e no segundo ou no terceiro, quando houver delicto ou quasi delicto? O facto de apparecer ora como socio, ora como terceiro? Então o criterio será

ter sido o damno de natureza a affectar a communhão, ou só ao individuo (socio ou terceiro). Neste caso o criterio da primeira escola é o que melhor se adapta á lei brasileira.

Mas contra a segunda escola acho ainda uma difficuldade. Si a sociedade tem acção no caso de excesso de mandato (§ 2), e no de delicto, ou quasi delicto, por infracção da lei ou dos estatutos (§ 3), por que razão havemos de dizer que ahi não acciona ella por força das relações sociaes, mas só por acção individual *ex delicto*?

Uma sociedade lesada por seus administradores agindo sem ser na qualidade de sociedade é realmente uma originalidade!... Para mim, o que ha para crear essa difficuldade é a particularidade de se estabelecer uma differença entre socio e sociedade nas sociedades anonymas e em geral em todos os casos referentes a pessoas juridicas, donde a repugnancia para dar ao accionista os direitos da sociedade, que é pessoa diversa: «Universitas distat a singulis.» Dahi nasceu a antipathia contra a escola que dizia social a acção intentada pela sociedade por ella propria ou pelo accionista como seu cessionario, successor, representante... Dahi nasceu o desejo de buscar outro criterio para a distincção entre acção social e particular, só considerando como social a que nasce das relações de mandato, de modo a fugir da difficuldade de exercer um accionista acções pela sociedade. Si porém mantivermos este escrupulo, como poderemos dar ao accionista acção contra os administradores quando mal exerçam o mandato, e a sociedade não queira agir? O accionista não é sociedade, só contra ésta procederão mal os administradores na qualidade de mandatarios, o accionista pôde ter sido prejudicado na qualidade de socio juntamente com a sociedade, e mesmo mais particularmente elle, ou mesmo só elle. Não poderá agir, porque não lhe compete a acção *mandati*, e não tem, no caso acção por violação dos estatutos nem da lei. Imaginemos que um accionista tem um interesse particular em responsabilizar o administrador por um máu negocio: pela doutrina da causa, ou *segunda* na ordem de Codde, não poderá agir. Dizem alguns que é isto muito bom, aliás a directoria teria sempre seus actos contestados e criticados,

o que é um mal, e foi este o motivo por que, em França, só se permittiu que os accionistas intentassem acção contra a directoria representando um vigesimo do capital (L. de 1867, arts. 17 e 39). No Brazil porém nada disto: qualquer accionista poderá, creio, por direito proprio, accionar a directoria por má gestão do mandato. Fundo-me em que quem tem um interesse, tem sempre uma acção pelo direito moderno, salvo prohibição expressa da lei. O facto de ter dado nossa lei expressamente acção ao accionista para accionar a directoria nos casos de excesso de mandato e de violação da lei e dos estatutos (arts. 110 e 146 do D. 434) não significa que lhe negue acção no caso de ter a directoria mal procedido no exercicio do mandato. Este é que é o ponto de verdadeiro interesse práctico. A natureza de acção é de mero interesse theorico, segundo me parece.

Recapitulando, desde que haja damno soffrido pela sociedade ou pelo individuo accionista, tem, tanto ella, no primeiro caso, quanto elle, no primeiro e no segundo (defendendo o direito na qualidade de socio, ou não), acção contra a administração. Os terceiros só podem ter interesse de agir contra a directoria, quando se der violação da lei ou dos estatutos, e não quando mal gerir a directoria á sociedade. Os accionistas agem *ut singuli*, quando defendem os proprios interesses, e *ut universi* quando defendem com os seus os interesses da communhão. Entendo que a segunda escola foi creada só para justificar a privação dos accionistas de seu direito de agirem contra as administrações que abusassem, fundando essa privação em que o interesse da sociedade não póde ser representado pelo individuo, e que o interesse do individuo não se póde cobrir com as acções que competem á sociedade pelo mandato. Repillo, em summa, todas essas subtilezas que levam a consequencias contrárias á indole de nossa lei, garantidora de todos os direitos contra os abusos das administrações.

22) A questão com que acabo de me occupar nasceu da disposição do art. 17 da lei franceza de 1867, que diz que accionistas representando ao menos um vigesimo do capital, podem intentar uma acção contra os gerentes e membros do conselho fiscal, defendendo interesse commum, sem que fiquem, por este preceito

legal, privados da acção que cada accionista poderia intentar individualmente, em seu proprio nome. Determinar qual a acção a que se refere este artigo como sendo a individual em opposição á em que é defendido interesse commum, foi o tormento dos interpretes franceses, como mostrei no numero anterior. Parece não ter a questão suscitada em França nenhuma importancia em face de nossa lei. Completo engano. Em primeiro lugar, é conveniente que sejam bem conhecidas as questões suscitadas no Direito frances pela doutrina, afim de se poder apreciar até que ponto influem ellas em nosso systema juridico. Em segundo lugar, nosso D. 434 não é, neste assumpto, tão claro que dispense os conhecimentos que acabam de ser buscados nos autores francezes. O art. 110 do D. 434 dá aos accionistas acção por violação da lei e dos estatutos. O art. 111, mais liberal que o art. 17 da lei francesa de 1867, faculta a cumulação de acções qualquer que seja o capital representado pelos accionistas queixosos. O art. 146 só se occupa com a acção nascida da violação da lei e dos estatutos. Logo surge ao espirito a questão : poderão os accionistas usar da acção *mandati* no caso de mau uso do mandato, ou de excesso nos casos de que se occupam os §§ 1 e 2 do art. 109? Não é uma nuga que me embaraça, pois o Direito Romano é claro neste ponto de construcção das pessoas juridicas: a ninguem é licito agir em nome da cidade ou da curia, salvo caso de lh'o permittir a lei, ou, em falta desta, a ordem dos decuriões. No original: «Nulli permittetur nomine civitatis vel curiae experiri, nisi ei cui lex permittit, aut lege cessante, ordo dedit.» Não temos lei que permitta aos accionistas o uso das acções que competem á sociedade. Não têm elles, pela letra do art. 109 do D. 434, acção por mandato, nem por excesso de mandato. Parece pois, á primeira vista, que não pôdem defender os proprios direitos com os da sociedade, usando da acção que á sociedade dá a lei. Acho mesmo que não pôdem os accionistas por direito proprio pretender ao menos acção pelo art. 109 § 2, considerando-se terceiros. Seria forçar a lei, seria fraudal-a.

Entendo que a unica solução é valer-mos da doutrina francesa na parte em que fez um corte na construcção romana, e sustentar que o accionista pôde usar

sempre das acções que competem á sociedade, embora não o diga expressamente a lei, pois hoje pensamos, em referencia á concessão de acções, muito diversamente dos romanos (Codigo Civil Brasileiro, art. 75). Restringindo a lei francesa o direito do accionista, exigindo que representasse a acção social por elle proposta um vigesimo, deixou entretanto, creio, firme o principio agora proclamado pelo nosso Codigo Civil (art. 75), a saber que não pôde o individuo ser lesado, só por que tem seus interesses postos em communhão com uma sociedade, sendo condemnada a doutrina romana que fazia que a sociedade absorvesse por completo os interesses dos membros.

Sustento pois, em summa, que o accionista tem acção contra os administradores nos tres casos do art. 109 do D. 434, quer por direito proprio, quer em nome da sociedade, ou como membro da sociedade, defendendo seus direitos conjunctamente com os sociaes.

23) Como observa Codde, a acção pôde ser intentada contra a sociedade *in bonis*, ou contra a que se acha *em liquidação* ou em *fallencia*. Quando *in bonis*, como agir a sociedade contra o administrador? Por uma resolução da assembléa geral. Como devem agir os accionistas, quer em nome proprio, nas acções individuaes, quer nas acções sociaes, em nome desta, quando são vencidos nas assembléas, ou não estiverem presentes á assembléa de approvação e ratificação de actos da directoria? Como disse eu acima, entendo que pôdem agir, quer contra os administradores, quer contra a propria sociedade. Neste último caso, devem figurar como terceiros, evitando assim complicações resultantes de apparecerem ao mesmo tempo representando interesses de socios ou da sociedade, e de credores ou individuaes.

Si a sociedade está dissolvida e em liquidação, ainda que por fallencia, move o individuo a acção contra o liquidatario, si preferir agir contra a sociedade a mover o processo contra a directoria ou contra o administrador responsavel, segundo houver, ou não, solidariiedade.

24) Tem oportunidade ainda o estudo da responsabilidade dos administradores, nos casos de nullidade da companhia e de fallencia.

A nullidade pouca importancia tem para os administradores, sendo porém a matéria digna de exame, visto como sobre ella se manifestaram tribunaes em fôrma pouco juridica, conforme diz Carvalho de Mendonça (Tratado, v. 3, n.º 1007). A lei patria só responsabiliza os administradores pelos actos praticados depois de constituida a sociedade e antes do preenchimento das formalidades de depósito da decima parte do capital subscripto (D. 434, art. 87). Está entretanto subentendido, como bem explica Carvalho de Mendonça, que, si os primeiros administradores se mancommunaram com os fundadores para organização da companhia sem as formalidades legais, ficam solidariamente responsaveis com elles pelas nullidades (cit. n.º 1007). Não se deve entender, como entendeu um dos nossos tribunaes, que os primeiros administradores tenham obrigação de examinar si foram preenchidas as formalidades legais de organização da companhia, e menos ainda que sejam obrigados a dar denúncia contra fundadores: é a opinião das summidades das letras juridicas patrias, como se pôde ver á nota 2 do n.º 1007 do v. 3 do Tratado de Carvalho de Mendonça. Não fique porém esquecido que, muitas vezes, são fundadores os proprios administradores, e então respondem pelas nullidades de constituição, e está claro, sendo quasi inutil dizel-o, respondem na qualidade de fundadores, e não na de administradores.

No estudo de um instituto em escriptores estrangeiros, cumpre ter sempre presente a differença que pôde haver entre as leis. E' assim que, ao ler escriptores italianos que se occuparam da responsabilidade dos administradores em caso de nullidade na constituição de sociedades anonymas, é indispensavel ter em mente o que determina o art. 98 do Cod. italiano, a saber: «Gli amministratori e tutti coloro chi operano in nome d'essa contraggono responsabilità senza limitazione ed in solido per tutte le obbligazioni assunte» Coisa diversa dispõem os arts. 86 e 89 do D. 434, e portanto é verdadeira a these de C. de Mendonça, quando sustenta serem *os fundadores* os responsaveis pelos actos practi-

cados em nome da sociedade anonyma nulla (Tr. v. 3, n.ºs 996, 1007, 1009 e 1011).

Ainda relativamente ao tempo em que começa e em que finda a responsabilidade dos administradores, muito digno de atenção é o que ensina Machen (Modern Law §§ 1514 e 1515), que, fixando para começo a posse do Director e para fim a terminação do mandato ou resignação (quando possível), abre excepções entre as quaes a da concessão de um breve prazo «to oriente himself before being held responsible for the actions of the beard», e, em sentido contrário, precedendo a responsabilidade á sua eleição em certas hypotheses, como é a pelos actos durante o intervallo entre a administração de duas Directorias, si foi reeleito.

As consequencias das nullidades, segundo suas especies, são assumpto de grande vulto, mas não pertencente ao estudo particular da responsabilidade das administrações das companhias. Eis porque não me occupo com ésta matéria interessantissima, e tantas vezes trazida á tela judicial.

25) Os casos de responsabilidade, na fallencia, dizem respeito muito de perto aos administradores. Não ficam elles fallidos, mas sujeitos ás mesmas obrigações que os demais fallidos (D. 2024, art. 14), e, de certo modo, é a lei mais severa com elles do que com os negociantes que fazem commércio em seu nome individual, ou sob firma social. Esta observação é importantissima, e tão particular severidade da lei tem sua explicação no menor interesse que têm os administradores comparados com os negociantes que dirigem pessoalmente seus estabelecimentos mercantis, pois estes são estimulados pelo interesse proprio, pelo poderoso movel do egoismo, ao passo que os administradores de sociedades anonymas só se movem a zelar os negocios da companhia, na generalidade dos casos, pelo sentimento do dever, da propria responsabilidade ante os accionistas e perante seus concidadãos, movel muito mais franco, e sentimento muito menos poderoso. Isto explica porque, em relação á fallencia de commerciantes, em nome proprio, ou sob firma social, não pôde o juiz investigar si o fracasso foi devido á má gestão dos ne-

gócios proprios ou sociaes, ao passo, que, no caso de fallencia de companhia anonyma, deve o juiz proceder a essa investigação, como determina o código Italiano (art 863), é explicado por Bonelli (Del Fallimento, N. 843) e prescripto pela lei patria (D. 2024, art. 171). Mas, além da culpa por falta de zelo na direcção da sociedade, pôde ella ser levada á ruina por actos dolosos dos directores praticados em prejuizo dos accionistas, e então a fallencia da companhia será motivo para que sejam elles punidos com as penas da fallencia fraudulenta. Facil é de se comprehender que fraudes que pôdem levar á ruina uma sociedade não devem apparecer sinão nas sociedades em que o interesse da communhão não se confunde com o do administrador dos bens sociaes. Não é natural, nem provavel que um socio gerente, em sociedade com firma, queira e possa praticar actos fraudulentos que levem tal sociedade á ruina.

Haverá culpa em tomar alguém a seu cargo a direcção de sociedade sem as precisas habilitações? Em Direito, deve ser sustentado que a impericia é considerada culpa. No Brasil, si formos adoptar com rigor essa regra, teremos de mandar construir prisões especiaes para tanta gente que terá de responder pelo crime de se propor para cargos superiores á sua competencia. O que é porém indispensavel não perder de vista é que é naturalissimo, perfeitamente regular, reconhecido como legitimo por todos os commercialistas e autorizado por nossa lei (D. 434, art. 101 § 2), que os administradores nomêem gerentes ou agentes, por cujos actos são responsaveis, mas sendo ésta responsabilidade só a que tem qualquer outra pessoa por actos de terceiros, segundo os principios geraes do Direito que regem a culpa pelos actos de outrem.

E' summamente interessante o estudo da differença entre a tolerancia americana e a severidade franceza em relação á responsabilidade das directorias, differença que transparece na solução das especies que surgem na tela judiciaria. E' certo que os americanos proclamam que «governors ought not to be idle as Cyphers in Algebra», é certo que dizem que «it is no excuse to say that they (*directores*) have no benefit from it, but it was purely honorary» (Machen § 1531). Nas deci-

sões porém dos casos são summamente benignos, consolando-se Machen com a circumstancia de tender a jurisprudencia a uma maior severidade: «A tendenay is exhibit, *in some american cases*, to hold directors to a greater nominal degree of care» (§ 1536). Muito benevolos são os americanos com os casos de idade avançada ou molestia dos directores (attenuantes da responsabilidade), má apreciação dos negocios na parte da factio (for mere error of judgement directors are not ordinarily liable) e mesmo de direito (mistakes of law), e até por não haverem consultado a assembléa em casos difíceis (failure to consult shareheldors about perplexing questions), como se vê na obra de Machen (Modern Law, §§ 1531 e segs). Dos innumerous arestos franceses, inclinados á severidade, basta o referente ao caso que nos occupa (incapacidade do director) para dar uma idea do que são taes decisões em sua maioria: «Les administrateurs ne peuvent opposer leur incapacité: ils ont tort, dans ces conditions d'accepter des fonctions qu' ils ne sont pas aptes à remplir». (Pandectes Francaises, n. 462, vers. Administrateur de Société anonyme).

Tornarei ao ponto que occupava minha attenção: á fallencia.

Mas, além dos crimes de fallencia culposa ou fraudulenta por má direcção dos negocios sociaes, estão os directores de sociedades anonymas sujeitos a serem punidos na qualidade de fallidos culposos ou fraudulentos, sem investigação do nexio causal entre a fallencia e o acto considerado delictuoso pela lei, nos casos expressamente determinados pela lei patria (L. 2024, art. 171).

25) Fóra os casos de fallencia, temos ainda os de liquidação amigavel, ou de se conservar a sociedade *in bonis*. Nestas hypotheses, embora não sujeitos ás penas de fallencia, pôdem os administradores ser punidos pela responsabilidade em consequencia de outros crimes. Quasi sempre o crime dos administradores será o estellionato, como o era na legislação revogada pela L. 2024 (art. 203 do D. 434). Em tal hypothese pôde, no caso de sociedade *in bonis*, ser a acção criminal movida por ordem da assembléa geral dos accionistas,

mas não por uma nova directoria sem autorização dos accionistas que são os unicos offendidos. Si a sociedade houver entrado em liquidação amigavel, ou por força de sentença, terá poder para dar a queixa a pessoa incumbida da liquidação. Fundo-me, para assim decidir, no art. 159 § 2 do D. 434, e tiro argumento por analogia do que se faz em relação á fallencia (L. 2024, art. 173). Nenhum inconveniente ha, e até é mais seguro, convocar o liquidatario a assembléa dos accionistas para pedir-lhe licença para a queixa, nos termos do art. 159, § 3 do D. 434.

26) Não deponho a penna sem uma observação final. A extrema benignidade que se nota no Brasil (e tambem nos Estados Unidos) em relação aos abusos das administrações de sociedades anonymas, benignidade que ha mesmo em França, paiz da maior severidade em relação a todos os crimes contra a propriedade, tem seus motivos que convem estudados.

Não é só a eminente posição social dos directores que move os juizes.

Creio mesmo, para honra de nossa magistratura, que é este factor muito secundario, e que nenhum valor real tem na generalidade dos casos. Ha a dificuldade de se determinar quanto cabe de culpa a cada directoria no desastre da companhia; a falta de interesse da parte queixosa, ou ao menos um interesse muito diluido; a complexidade dos negocios das sociedades e o vulto de suas operações que impedem de achar os pontos de culpa ou de fraude; a opinião que se espalhou no povo de que são licitos os chamados actos de *chimica de bolsa*, de modo a collocar-se a opinião pública sempre em favor dos verdadeiros culpados havidos pelo povo por homens de raro tino; o estado amorpho das leis sobre sociedades anonymas, incompativel com a natureza de uma lei penal, que ha de ser precisa, caracterizando com a maior clareza a figura delictuosa; e no Brasil emfim, como acima ficou dicto, a tolerancia excessiva em relação a delictos contra a propriedade, podendo nosso paiz, neste particular ser considerado como estando no polo opposto ao em que se acha a França. Tudo isto leva os magistrados a considerar

meras irregularidades actos que, em outros casos, seriam julgados delictos importantes.

Não é sem interesse esta consideração final, que não foi aqui posta unicamente para defesa da magistratura brasileira. Meu intento é precatar accionistas, afim de que não esperem sinão muito pouco das penas contra os directores que abusam. Acautelem-se durante a vida da sociedade; elejam fiscaes de confiança; exijam destes informações minuciosas sobre os negocios sociaes; pelos olhos destes mesmos fiscaes conheçam perfeitamente os livros da sociedade; informem-se dos negocios da companhia por meios indirectos; leiam os balanços e peçam insistentemente sobre as verbas mysteriosas informações á directoria durante as assembléas, fazendo consignar nas actas as explicações dadas; consequentemente frequentem as assembléas; façam questão de que sejam as directorias eleitas por pouco tempo, certos de que a tal continuidade de administrações é um pretexto para se eternizarem na direcção das companhias algumas pessoas que não têm mais competencia do que a quasi totalidade dos accionistas, e não esquecendo que não ha fiscalização mais rigorosa do que a do successor no cargo; e, quando tenham fundada suspeita de que a administração vae mal, tractem de sahir da sociedade ou de a dissolver e liquidar, si não puderem usar de nenhum dos meios acima apontados.

De algum modo poderiam ser evitados muitos dos abusos das directorias, estabelecendo-se que houvesse nellas a representação da minoria dos accionistas (Machen, *Modern Law*, §§ 1219 e 1400). Os directores e representantes das minorias fiscalizariam os representantes das maiorias.

JOÃO ARRUDA.