

INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA - INSPER
LLM EM DIREITO SOCIETÁRIO

TALITA VASIUNAS COSTA SILVA

**A RESPONSABILIDADE DO MEMBRO DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO
INDICADO PELOS EMPREGADOS**

SÃO PAULO – SP
2017

INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA - INSPER
LLM EM DIREITO SOCIETÁRIO

TALITA VASIUNAS COSTA SILVA

**A RESPONSABILIDADE DO MEMBRO DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO
INDICADO PELOS EMPREGADOS**

Artigo acadêmico de conclusão do curso de apresentado ao Instituto de Ensino e Pesquisa - INSPER, como requisito para obtenção do título de pós-graduação em Direito Societário.

Orientador: Professora Ana Cristina von Gusseck Kleindienst

SÃO PAULO - SP

2017

Silva, Talita Vasiunas Costa Silva.

A responsabilidade do membro do conselho de administração
indicado pelos empregados

Talita Vasiunas Costa Silva – São Paulo, 2017

n.f.

LLM Direito Societário — Insper, 2017.

Orientador: Ana Cristina von Gusseck Kleindienst

1. Direito Societário. 2. Responsabilidade. 3. Administradores.

RESUMO

O trabalho abordará a responsabilidade do membro do conselho de administração indicado pelos empregados. Figura encontrada principalmente nos conselhos de administração das sociedades que são concessionárias de serviços públicos e nas sociedades de economia mista. As problemáticas que envolvem a figura de tal administrador e que serão tratadas nesse trabalho são basicamente três.

Primeiro, tratar-se-á sobre o potencial conflito de interesses deste administrador, posto que, como conselheiro, possuirá acesso a temas confidenciais e estratégicos, e deverá deliberar sobre assunto que poderão ser contrários aos interesses daqueles que os elegeram.

A segunda questão que será levantada é a autonomia na deliberação e análise por esse administrador, haja vista que, na posição de empregado é subordinado à diretoria executiva da companhia, enquanto que, como conselheiro, essas mesmas pessoas subordinam-se a ele. A terceira questão refere-se à competência para que essa pessoa exerça o cargo, haja vista que o conselho de administração direciona as atividades da sociedade, de forma que se presume que as pessoas que o compõem estejam preparadas para tal função. Dessa forma, o trabalho visará discutir a responsabilidade deste administrador frente às peculiaridades que o cerca.

Palavras-chave: Responsabilidade. Administradores. Conflito de Interesses.

ABSTRACT

The work will address the responsibility of the member of the board of directors pointed by the employees. A figure found mainly on the boards of directors of companies that are public service concessionaires and in mixed capital companies. The problems that involve the figure of such administrator and that will be dealt with in this work are basically three.

First, the potential conflict of interests of this administrator will be discussed, since as a counselor he will have access to confidential and strategic topics and will have to deliberate on matters that may be contrary to the interest of those who elected him.

The second issue that will be discussed is the autonomy in deliberation and analysis by this administrator, since the position of employee is subordinated to the executive board of the company, while, as a counselor, those same people are subordinated to him. The third question relates to the competence of this person to hold an office, since the board of directors directs the activities of the company, so that the person who composes it is presumed to be prepared for that position. This way, the work will aim to discuss the responsibility of this administrator to the peculiarities that surrounds him.

Palavras-chave: Responsibility. Administrator. Conflict of Interests.

SUMÁRIO

1. Introdução	07
3. Responsabilidade do conselho de administração	12
3.1. Responsabilidade por atos de outros administradores	13
3.2. Responsabilidade Solidária	13
3.3. Responsabilidade Civil dos Administradores	14
3.4. A Responsabilidade trabalhista direta dos administradores	15
3.5. A responsabilidade tributária direta dos administradores	17
3.6. Responsabilidade dos administradores pelo Direito Consumerista	18
3.7. Responsabilidade Ambiental	19
3.8. Responsabilidade Societária	19
3.9. Lei 12.846/13 (“Lei Anticorrupção”)	21
4. Conflito de interesse e lealdade	22
5. Os membros do Conselho de Administração indicado pelos empregados	26
6. O conflito de interesse e dever de lealdade aplicado aos membros do Conselho de Administração indicado pelos empregados e responsabilidades daí decorrentes	30
7. Responsabilidade dos membros do Conselho de Administração indicado pelos empregados	32
7.1. Subordinação do conselheiro eleito pelos empregados	33
7.2. Requisitos técnicos para exercício do cargo pelo representante dos empregados	35
8. Conclusão	36
Referências Bibliográficas	38
Legislação Consultada	43
Jurisprudências Consultadas	45

1. Introdução

A responsabilidade dos administradores é tema bastante discutido no âmbito do direito societário e, considerando que a lei das sociedades anônimas traz, de certa forma, um conceito subjetivo sobre as situações em que os administradores seriam responsabilizados esse tema acaba sendo amplamente discutido doutrinariamente e objeto de decisões judiciais em diferentes sentidos.

Até em razão da subjetividade do conceito da lei há amplos estudos sobre a responsabilidade dos administradores e uma certa pacificação doutrinária, mas, o tema que será aqui exposto remeterá à um tipo específico de administrador: o membro do conselho de administração indicado pelos empregados.

Passando pela responsabilidade geral dos administradores, o trabalho abordará a responsabilidade especificamente desse administrador, figura obrigatória em determinadas empresas por legislação específica e facultativa na maioria, nos termos da Lei 6.404/76 (“Lei das Sociedades Anônimas”).

O trabalho irá contextualizar o que é o conselho de administração, a responsabilidade desses membros e, após essa abordagem geral, tratar especificamente do membro indicado pelos empregados, suas especificidades e qual seria sua responsabilidade frente à Companhia e à terceiros, inclusive considerando o conceito para qual sua figura foi criada.

O administrador objeto do trabalho em tela é aquele eleito pelos empregados em eleição apartada e organizada pela área de recursos humanos e entidades sindicais ligadas às empresas. As companhias que apresentam como membro do seu conselho de administração administrador indicado pelo empregado são, legalmente, aquelas que atuam no setor de concessões de serviços públicos e as economias de economia mista. Apesar de haver companhias que legalmente devem ter esse membro em seu conselho de administração, após as alterações trazidas pela Lei 10.303/01 na Lei 6.404/76, qualquer companhia poderia ter essa figura em seu quadro de administrador, pois a Lei

das Sociedades Anônimas passou a prever que as sociedades poderiam ter um membro com essas características, nos termos do parágrafo único do artigo 140.

Nesse ponto, importante ressaltar que a figura desse administrador nas companhias concessionárias de serviços públicos é decorrente das privatizações federais realizadas na década de 1990, que exigiram das concessionárias a constituição dessa figura. Na época das concessões, a ideia ao obrigar a indicação de um membro pelos empregados era manter a transparência que as sociedades públicas tinham e dar a possibilidade de os empregados participarem da gestão da empresa, resguardando seus interesses, que poderiam ser desconsiderados pela iniciativa privada.

Na mesma linha das concessionárias de serviço público, as empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto, que tenham mais do que 200 funcionários, também foram obrigadas a se adequarem à obrigatoriedade de eleição de um membro do conselho pelos empregados, nos termos das Leis nº 13.303/16 e nº 12.353/10.

Assim, o trabalho visará esclarecer a aparente controvérsia entre o fundamento da existência do membro do conselho indicado pelos empregados e seu dever de lealdade com a companhia e impossibilidade de intervir em operações em que tiver interesse conflitante com a sociedade (art. 156, Lei 6.404/76), bem como pretende se aprofundar nas obrigações que esse administrador deverá observar e em como deverá direcionar sua atuação.

A posição que esse administrador assumirá claramente terá grande possibilidade de conflito de interesses em sua atuação. Além disso, esse conselheiro poderá estar sujeito à situação em que também é funcionário da empresa e, em razão disso, poderá ser influenciado, seja por possuir com os diretores da companhia (normalmente

proponentes das pautas das reuniões do conselho de administração) relação de subordinação, ou por ser direta ou indiretamente, beneficiado com essa decisão.

Os representantes dos empregados, como qualquer outro administrador terá responsabilidade pela sua atuação na companhia. Assim, serão abordados os deveres e responsabilidades dos administradores, com o aprofundamento da Seção IV da Lei das Sociedades Anônimas (Lei 6.404/76), notadamente os artigos 154, 155 e 156, no que tange ao desvio de poder, dever de lealdade e conflito de interesses, e o artigo 158, que trata sobre a responsabilidade dos administradores (englobando aí tanto diretores quanto membros do conselho de administração).

Apesar de regra geral de responsabilização direta dos administradores apenas em determinadas situações, as quais exigem a atuação ilegal ou imoral do administrador, algumas leis também têm previsão expressa quanto a responsabilização dos administradores, conforme veremos a seguir¹.

Todavia, apesar de os administradores serem responsáveis apenas quando comprovado o nexo causal entre sua atuação no âmbito do ilícito e o resultado, há diversos entendimentos jurisprudenciais notadamente no âmbito trabalhista, consumerista, ambiental e fiscal em que a personalidade jurídica das companhias são desconsideradas com a responsabilização direta dos administradores e constrição de seus bens, sem, contudo, ter sido analisada sua culpabilidade no caso.

Ao meu ver, esse entendimento jurisprudencial não é o mais acertado, haja vista que o administrador não atua em seu nome, mas em nome da companhia, comprometendo o patrimônio desta, de forma que não deveria se responsabilizar pessoalmente pelas obrigações sociais, salvo quando agir em detrimento à lei e estatuto social.

¹ (Lei 8.137/90 - crimes contra a ordem tributária (art. 11); A Lei nº 11.101/2005 - Lei de Falências e Recuperação de Empresas (art. 179); Lei nº 9.605/98 - crimes ambientais (art. 2º); Lei 12.846/13 - Lei Anticorrupção

Ressalte-se que o administrador não é responsável por atos ilícitos de outros administradores, salvo se com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática ou de comunicar o fato a assembleia geral, de forma que nessas situações, os administradores serão 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 eles². Assim, no caso dos membros do conselho de administração, que atuam por definição por colegiado, a responsabilidade solidária pode ser mais facilmente imputada.

O Código Civil prevê expressamente a responsabilização direta dos administradores, que responderão com seus bens particulares, no caso de abuso de da personalidade jurídica caracterizado pelo desvio de finalidade e/ou pela confusão patrimonial.

Ainda, o art. 158 da Lei 6.404/76 prevê que, apesar do administrador não se responsabilizar pessoalmente pelas obrigações que contrair em nome da sociedade, se responsabilizará pelos prejuízos que causar com culpa ou dolo, mesmo que dentro de suas atribuições ou poderes. Sendo a imperícia uma das modalidades da culpa, a discussão seria se o conselheiro indicado pelos empregados teria as competências, técnicas e experiência necessária para deliberar sobre determinados assuntos e, se não o tendo, poderia ser responsabilizado por decisões tomadas em colegiado por aquele órgão. Esse será um dos pontos desenvolvidos no trabalho.

Apesar da figura do membro do conselho de administração indicado pelos empregados existir já há algum tempo e tal figura estar cada vez mais comum nas

² No caso de companhias de capital aberto, a responsabilidade dos administradores é limitada aos administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres, ressalvado o quanto disposto no item anterior.

sociedades anônimas, o tema não foi muito aprofundado, permanecendo, portanto, atual e passível de discussão.

A governança corporativa é tema atualmente muito estudado e visa garantir também a transparência e o interesse de todos os stakeholders. O representante dos empregados pode cooperar para atendimento dessas expectativas, mas, por outro lado, há discussões se essa figura não traria aos órgãos da administração potenciais conflitos de interesse, maculando a decisão e julgamento destes.

No que tange a responsabilidade dos administradores, o tema torna-se ainda mais relevante diante das rotineiras decisões judiciais sobre desconsideração da personalidade jurídica das empresas com a responsabilização pessoal dos administradores, entendimento este que pode afetar e responsabilizar o membro indicado pelos funcionários, portanto, importante se faz a análise da extensão da responsabilidade deste administrador, já que a este assiste peculiaridades que não cabem aos demais administradores.

2. Conselho de Administração

O Conselho de administração é órgão estratégico de uma Companhia e tem a função de direcionar os negócios da sociedade. Como principal elo da governança corporativa, é o representante dos acionistas e, além de fiscalizar a atuação dos administradores, orienta a gestão da companhia e sua relação com todos os stakeholders.

Segundo o Caderno de Boas Práticas para Reuniões do Conselho de Administração, do IBGC, a missão do conselho de administração é:

“proteger e valorizar a organização, otimizar o retorno do investimento no longo prazo e buscar o equilíbrio entre os interesses das partes (acionistas e demais stakeholders), de modo que cada uma receba os benefícios apropriados e proporcionais ao vínculo que possui com a companhia e ao risco a que está exposta.”

Ao conselho e administração competem as decisões relativas às matérias previstas no art. 142 da Lei das S.A, bem como outras atribuições previstas no estatuto social da Companhia.

O conselho de administração compõe a administração da sociedade, de forma que seus membros também são considerados administradores. Aplicam-se a eles, portanto, as obrigações previstas na Lei das Sociedades Anônimas:

(a) Dever de diligência, lealdade e probidade: nos termos da lei, o administrador deve empregar no exercício de suas funções, cuidado e diligência, bem como probidade e lealdade, dentro dos limites previstos no Estatuto Social da companhia e da lei, visando sempre os interesses da companhia, satisfazendo o bem público e a função social da empresa;

(b) Conflito de Interesses: Não deve o administrador intervir em quaisquer operações sociais em que tenha interesse conflitante com a companhia.

Os membros do conselho de administração atuam em colegiado, o que traz, conseqüentemente a responsabilidade solidária entre seus membros por decisões tomadas em colegiado, conforme melhor detalhado a seguir.

3. Responsabilidade do conselho de administração

Os deveres anteriormente relacionados previstos na Lei das Sociedades Anônimas, são as principais bases para a responsabilização dos administradores, já que teoricamente, o administrador não será responsável pelas obrigações que contrair em nome da companhia, quando o fizer em ato regular de gestão; respondendo pessoalmente, todavia, quando atuar em desacordo com essas suas obrigações bases, bem como de forma culposa (com omissão, negligência ou imprudência), ou dolosa (com intuito deliberativo de causar dano), ou em desacordo com a lei ou o estatuto social, trazendo prejuízos à companhia.

3.1. Responsabilidade por atos de outros administradores

A regra geral sobre responsabilidade de um administrador sobre atos de terceiros é de que este apenas será responsável pelos atos ilícitos de outro administrador (e eventualmente de ex-administrador) se “*com eles for conivente, se negligenciar em descobri-los ou se, deles tendo conhecimento, deixar de agir para impedir a sua prática*” (art. 158, §1º da LSA).

Por outro lado, a lei prevê que não será responsabilizado aquele administrador que não concordando com a deliberação, expressamente fizer constar sua dissidência em ata ou, assim que possível, der ciência à administração de sua discordância por meio de documento escrito (art. 158, §1º da LSA).

A este respeito o colegiado da CVM já apontou que a lei não veda outras ações do administrador diante de ato considerado por ele ilegal:

“Não há nada na Lei n. 6.404/76 que obrigue o conselheiro a ficar calado enquanto os demais membros do conselho aprovam negócio que ele entende ilegal e lesivo ao interesse social (...). É certo também que segundo o art. 158 §1º, o administrador se exime de responsabilidade consignando sua divergência em ata. Mas a lei não obriga o administrador a proceder dessa forma, nem veda outras ações além dessa. O administrador pode – e, em alguns casos, deve – fazer mais, sobretudo quando percebe uma ilegalidade”³

3.2. Responsabilidade Solidária

Com relação à solidariedade dos administradores, estes 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 (art. 158, §2º).

³ PAS RJ2007/4476, Rel. Diretor Marcos Barbosa Pinto, j. 12.3.2008

Apesar de haver possibilidade de o estatuto social mitigar a responsabilidade dos administradores nas companhias abertas quando, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres (art. 158 §3º), no caso do conselho de administração tal mitigador seria complexo de ser implementado, até porque, conforme anteriormente dito, o conselho de administração atua de forma colegiada, de forma que não há como especificar suas funções no estatuto social.

Necessário observar apenas que, apesar dessa disposição, esta “divisão” estatutária não beneficiará o administrador que, apesar de não ser o responsável pela matéria segundo o estatuto social: *“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.”*

3.3. Responsabilidade Civil dos Administradores

O código civil prevê expressamente a responsabilização direta dos administradores, que responderão com seus bens particulares, no caso de abuso da personalidade jurídica caracterizado pelo desvio de finalidade e/ou pela confusão patrimonial, sendo exemplo de conduta autorizadora da aplicação deste instituto no âmbito cível, o caso de encerramento ou dissolução da sociedade empresarial de forma irregular, com a intenção de causar prejuízos à terceiros, ou de assunção de obrigações e utilização do patrimônio da sociedade por dívidas pessoas dos sócios (ou vice e versa).

Conforme o Código Civil:

“Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica”.

Assim, na esfera civil, para a desconsideração da personalidade jurídica e responsabilidade direta dos sócios é, em regra, analisada e exigida a comprovação de um dos casos dispostos no artigo 50 do Código Civil, ao contrário da responsabilização no âmbito do direito do consumidor e trabalhista, principalmente, como veremos a seguir.

O artigo 932 do Código Civil prevê que são também responsáveis pela reparação civil o “empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele”. Assim, considerando que o empregador é a pessoa jurídica (nos casos aplicáveis ao presente memorando), a empresa empregadora tende a ser a primeira responsável pelos danos causados por seus funcionários quando do exercício de suas funções, podendo os administradores, na qualidade de superiores hierárquicos e mandatários da execução do serviço pelo empregado, responderem pelos danos por estes causados, na medida de sua responsabilidade sobre o empregado e, desde que as situações do art. 50 estejam configuradas ou que a coordenação ou ordem do administrador para o empregado também esteja sub judice.

Nesse sentido, a situação ora abordada, ou seja, do representante indicado pelos empregados, conforme veremos a seguir, a questão da subordinação será primordial para análise da responsabilidade desse administrador.

3.4. A Responsabilidade trabalhista direta dos administradores

Precedentes do Tribunal Superior do Trabalho desconsideram a personalidade jurídica da sociedade, em casos trabalhistas e em que, em tese, seja verificado abuso da personalidade jurídica, prática de atos ilícitos ou má administração (que pode se configurar extrapolação voluntária dos limites legais e regulamentares dos poderes conferidos ao administrador, ou ainda, pela própria existência de débitos trabalhistas), originando assim a responsabilização dos administradores pelas dívidas trabalhistas reconhecidas judicialmente.

Todavia, tendo em vista a hipossuficiência do empregado, e a caracterização do crédito trabalhista como natureza alimentar, e, quando insuficientes os bens sociais para liquidação da dívida judicial trabalhista, a justiça do trabalho vem aplicando a desconsideração da personalidade jurídica da empresa para a pessoa física de seus sócios ou administradores, o que, a nosso ver, ocorre muitas vezes de forma injustificada e abusiva por não terem a comprovação da prática dos abusos anteriormente citados. A justiça trabalhista entende muitas vezes que, a existência de créditos trabalhistas significa, conseqüentemente, que houve alguma falha na administração, o que ensejaria a responsabilidade dos administradores.

Ressalte-se que a responsabilização dos administradores pode ser estendida a créditos trabalhistas contra outras empresas do grupo da companhia em que é administrador, isso porque, o §2º do artigo 2º da Consolidação das Leis do Trabalho (“CLT”) prevê que “sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas”. A Justiça do Trabalho tende a entender que é suficiente para caracterização grupo econômico uma relação de cooperação, configuradora de uma convergência de interesses, bem como a ocorrência de integração interempresarial, não havendo necessidade, portanto, da existência de relação societária ou verticalizada entre as empresas. Assim, não raro, administradores de uma empresa denominada holding podem ser envolvidos em demandas de suas subsidiárias (ou vice e versa).

O artigo 883 da CLT prevê a possibilidade de penhora dos bens do executado, ou seja, da pessoa jurídica, em caso de não pagamento do valor devido. Sendo assim, há a possibilidade de os administradores, terem seus bens constritos para assegurar a satisfação do crédito trabalhista devido, sem prejuízo de sua inclusão no polo passivo pelos devedores desde o início do processo.

Sendo concretizada a penhora, há defesa no que tange aos bens impenhoráveis (art. 649 do Código de Processo Civil), ressalvando-se que há decisões no âmbito da justiça do trabalho que caracterizam os créditos trabalhistas como natureza alimentar, afastando com esse argumento, a impenhorabilidade prevista no Código de Processo Civil (“CPC”) em algumas situações, afastando esse que, por sua vez, não é um entendimento pacífico. Apesar da Orientação Jurisprudencial da SDI -2 nº 153, ainda há decisões que entendem pela penhorabilidade do salário quando transferidos da conta salário para outros fins.

Em regra, a penhora do devedor subsidiário só ocorrerá se o devedor principal não tiver bens para suportar o referido crédito, de forma que, se a sociedade empregadora tiver bens e quitar o débito, os riscos de penhora dos bens dos sócios é reduzida. De outro lado, há a possibilidade de indicação de outros bens à penhora (inclusive contas correntes da sociedade que não tenham inicialmente sido encontradas pela justiça trabalhista), para liberação dos bens penhorados, ou o pagamento da dívida, observado a ordem de preferência estabelecida no artigo 655 do CPC.

3.5. A responsabilidade tributária direta dos administradores

Em matéria tributária, o administrador da companhia só será considerado sujeito passivo da obrigação, nos casos expressamente previstos em Lei. Neste tocante, destaca-se, o artigo 135 do Código Tributário Nacional (“CTN”):

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

Verifica-se, pois, a necessidade de os administradores estarem investidos em seu cargo na época da ocorrência do fato gerador da obrigação cobrança e a comprovação, pelo Fisco, de que praticaram atos dolosos ou fraudulentos, ou contrários ao Estatuto Social.

Em alguns casos, porém caberá ao administrador provar que não teve atuação dolosa, como, por exemplo, nas hipóteses em que o fisco ajuíza execução fiscal contra a pessoa jurídica e o administrador, ou apenas contra a pessoa jurídica, mas com a inclusão do administrador na certidão de dívida ativa (“CDA”). Tal circunstância está fora do controle da companhia ou do administrador. O que se verifica é que o entendimento consolidado no STJ tem por fundamento questão processual. A indicação, na CDA, do nome do responsável ou do co-responsável, confere ao indicado a condição de legitimado passivo para a relação processual executiva, mas não confirma, a não ser por presunção relativa de que goza a CDA, a existência da responsabilidade tributária, matéria que deverá ser decidida pelas vias cognitivas próprias, cabendo a dilação probatória, especialmente via oposição de embargos à execução, momento em que o administrador deve fazer prova negativa da sua culpabilidade.

3.6. Responsabilidade dos administradores pelo Direito Consumerista

O Código de Defesa do Consumidor (“CDC”), em seu art. 28 prevê expressamente a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica da sociedade não só nos casos de abuso de direito ou ato ilícito, mas também no caso de a personalidade jurídica ser um empecilho para ressarcimento ao consumidor, como por exemplo, no caso de insuficiente de bens da sociedade.

A teoria menor de responsabilização dos administradores permite que a personalidade jurídica da sociedade seja desconsiderada quando esta de alguma forma causar óbice ao ressarcimento dos consumidores, no caso do direito do consumidor, isso porque o risco do negócio não pode ser suportado pelos consumidores, mas pelos seus sócios e administradores, independente de caracterização de dolo ou culpa dos mesmos. Assim, com base nesses dispositivos, os sócios, diretores e conselheiros das sociedades podem ser condenados a arcar com danos sofridos pelos consumidores, desde que a sociedade não possua bens suficientes para cumprir com suas obrigações, ou, de alguma outra forma sua personalidade crie óbices para ressarcimentos aos credores.

3.7. Responsabilidade Ambiental

No âmbito da legislação ambiental, apesar de haver previsão no artigo 3º da lei nº 9.605/98 da responsabilização administrativa, civil, e penal da pessoa jurídica, o mesmo artigo prevê que a imputação de responsabilidade da pessoa jurídica não exime a responsabilização das pessoas físicas envolvidas na prática, prevendo, inclusive, em seu artigo 2º, a responsabilização dos administradores tanto no caso de ação quanto no de omissão frente a conduta de outras pessoas:

“Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la”

Ainda, na mesma linha do CDC, utilizando-se da teoria menor, a legislação ambiental prevê a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica sempre que esta for obstáculo para o ressarcimento dos prejuízos causados ao meio ambiente.

Ressalte-se que, contra a responsabilização dos administradores há defesa, a qual é muitas vezes aceita pelos tribunais, no sentido de que, para responsabilização dos administradores faz-se necessária a demonstração do nexos causal entre a o ato do administrador e o dano ambiental bem como a descrição da conduta criminosa do administrador, haja vista não ser aceito pelos tribunais apenas a caracterização como sócio ou administrador da pessoa jurídica como argumento para sua responsabilização.

3.8. Responsabilidade Societária

Costuma-se designar como “crimes societários” aqueles praticados por intermédio de uma pessoa jurídica. Apesar de algumas áreas do direito já preverem expressamente a possibilidade de responsabilização penal da pessoa jurídica, a rigor a imputabilidade penal pressupõe uma pessoa humana.

Em que pese o amplo debate doutrinário acerca do tema, fato é que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem se consolidado no sentido de que a denúncia criminal contra pessoa jurídica, quando prevista a responsabilidade criminal desta, só pode ser processada caso também haja indicação da pessoa natural corresponsável pela infração⁴.

Nessa linha, nos crimes societários é possível a responsabilização dos agentes que empreenderam a conduta delitiva. Vejamos alguns exemplos de como a matéria é tratada na legislação pátria:

- a) A Lei 8.137/90, que define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, dispõe em seu artigo 11 que “quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade”.
- b) A Lei nº 11.101/2005 (Lei de Falências e Recuperação de Empresas) prevê, em seu artigo 179, que “na falência, na recuperação judicial e na recuperação extrajudicial de sociedades, os seus sócios, diretores, gerentes, administradores e conselheiros, de fato ou de direito, bem como o administrador judicial, equiparam-se ao devedor ou falido para todos os efeitos penais decorrentes desta Lei, na medida de sua culpabilidade”.
- c) Lei nº 9.605/98, que dispõe sobre os crimes ambientais, já tratado anteriormente.

Percebe-se que nos crimes societários os agentes que deram ensejo à sua ocorrência podem, de fato, ser responsabilizados. Todavia, inexistente uma imputação automática da responsabilidade penal aos administradores, sendo necessário que o administrador tenha praticado a infração criminal para que possa ser responsabilizado

⁴ STJ.REsp nº 889528 SC 2006/0200330-2. Min. Rel. Felix Fischer

criminalmente. Assim, em tese, a responsabilização penal dos administradores por crimes praticados pela pessoa jurídica somente ocorrerá se preenchidos os seguintes requisitos: (a) verificação de dolo ou culpa (neste último caso se o tipo penal excepcionalmente o permitir) na conduta do administrador; e (b) verificação do nexo causal entre sua atitude no âmbito do ilícito criminal em questão e o resultado.

Há atualmente a interpretação pelos tribunais da chamada teoria do domínio do fato no sentido de que aquele que ocupa determinada posição em uma estrutura organizada e dá o comando para que se execute determinado ato ilícito ou permita que esse ocorra, tem de responder como autor do crime. Apesar de esta interpretação ter sido recentemente criticada por seu desenvolvedor Claus Roxin, notadamente quanto a sua utilização em crimes empresariais, ela tem sido aplicada em alguns casos para responsabilizar o administrador frente a condutas praticadas por aqueles que estejam sob sua responsabilidade considerando a estrutura hierárquica organizacional.

De qualquer forma, a teoria do domínio do fato exige a comprovação de conduta do administrador para sua responsabilização, ou seja, exige que o mesmo dê a ordem, coordene ou permita de alguma forma a execução da ação, de forma que teoricamente a sua posição hierárquica “em si” e como elemento isolado não deveria ser caracterizadora da sua responsabilidade.

3.9. Lei 12.846/13 (“Lei Anticorrupção”)

A Lei Anticorrupção, em seu artigo 3º, determina que a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito. E, o § 2º, do mesmo artigo, dispõe que os dirigentes ou administradores apenas serão responsabilizados por atos ilícitos na medida de sua culpabilidade.

Ainda, em seu artigo 7º, a Lei Anticorrupção prevê que além da análise da gravidade da infração, da vantagem auferida ou pretendida pelo autor, da cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações, ainda será levado em conta para a

aplicação da sanção a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e conduta no âmbito da pessoa jurídica.

4. Conflito de interesse e lealdade

A condução das atividades de uma companhia de forma ética e zelosa é fundamental para que as sociedades se desenvolvam e a finalidade social da sociedade seja atendida, cuidando pela defesa dos minoritários e demais stakeholders. Nessa linha, o legislador da Lei das Sociedades Anônimas previu, inclusive, na exposição de motivos sobre a disciplina das responsabilidades dos administradores a preocupação que se visava abranger:

“Os arts. 154 a 161 definem, em enumeração minuciosa, e até pedagógica, os deveres e responsabilidades dos administradores. É Seção de maior importância no Projeto porque procura fixar os padrões de comportamento dos administradores, cuja observância constitui a verdadeira defesa da minoria e torna efetiva e imprescindível a responsabilidade social do empresário.

Não é mais possível que parcela de poder, em alguns casos gigantescas, de que fruem as empresas – e, através delas, seus controladores e administradores – seja exercida em proveito apenas de sócios minoritários ou dirigentes, e não da companhia, que tem outros sócios, e em detrimento, ou sem levar em consideração, os interesses da comunidade.

As normas desses arts., são, em sua maior parte, meros desdobramentos e exemplificações do padrão de comportamento dos administradores definido pela lei em vigor - o do homem ativo e probo na administração de seus próprios negócios (§7º do art. 116 do Decreto Lei nº 2.627) e, em substância, são as que vigoram, há muito tempo, nas legislações de outros povos; formuladas, como se encontram, tendo presente a realidade nacional, deverão orientar os administradores honestos, sem entorpece-los na ação, com excessos utópicos. Servirão ainda para caracterizar abusos”⁵.

⁵ Exposição de Motivos nº 196, de 24.06.1976

Conforme nos ensina a doutrinadora Flávia Parente, os citados artigos visam elencar os principais deveres que devem ser observados na conduta dos administradores na gestão de uma sociedade anônima e que “possuem caráter enunciativo, funcionando como diretivas genéricas, ao indicarem o modelo ou combinação de elementos aceitos como corretos ou perfeitos pelo homem médio, sob determinadas circunstâncias”⁶

Nessa linha, no que tange aos deveres dos administradores, os principais⁷, previstos nos artigos 153 (dever de diligencia), 154 (dever de cumprimento da finalidade da sociedade), 155 (dever de lealdade) e 156 (dever de evitar situações em conflito de interesses) deverão nortear a conduta do administrador.

Para o tema em tela, desenvolveremos mais profundamente os deveres de evitar situações de conflito de interesses e o dever de lealdade⁸.

Assim, a Lei das Sociedades Anônimas dispõe em seu artigo 156 sobre o conflito de interesses dos administradores com a sociedade em que exerce a função de administrador, *in verbis*:

“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

⁶ PARENTE, Flávia. O dever de Diligencia dos Administradores de Sociedades Anônimas. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.p.34.

⁷ Segundo Fábio Ulhoa, em seu Curso de Direito Comercial. V.2.5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 24: “*também há deveres implícitos, que se concluem de normas gerais ou, mesmo, de princípios. São dessa categoria os deve ser de observar os estatutos, cumprir as deliberações dos órgãos societários hierarquicamente superiores, controlar atuação dos demais administradores, não competir com a sociedade, etc.*”

⁸ Alguns autores entendem que os deveres de evitar situações de conflito de interesses e de cumprir a finalidade social não são, na verdade, deveres autônomos, mas estariam inseridos em uma interpretação ampla do direito de lealdade. Com a devida vênia a esses autores, entendemos que esses deveres devem ser tratados como autônomos, posto que possuem importantes desdobramentos que devem ser estritamente observados.

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.”

Conforme mencionado anteriormente, entende-se como administrador tanto os diretores quanto os membros do conselho de administração, de forma que qualquer um desses deve observar o quanto disposto no referido artigo, e, assim, o administrador, quando tiver que deliberar sobre matérias em que tenha interesse conflitante com a companhia, deverá declarar-se impedido de deliberar sobre ela.

O conflito de interesses se verifica quando o administrador se encontra na condição de ser titular de um duplo interesse, diante de uma operação e/ou deliberação, e em posições antagônicas, isto é um relacionado ao interesse da sociedade e outro relacionado a interesses próprios, de tal forma que um interesse não converge total ou parcialmente com o outro, na medida em que, quanto mais benéfico o negócio para a sociedade, menos benéfico para o administrador e vice-versa, nessa linha, ensina Nelson Eizirik:

“O conflito de interesses pode caracterizar-se quando ocorrer a satisfação do interesse individual mediante o sacrifício do interesse coletivo, e vice e versa. Há, portanto, conflito de interesse entre o administrador e a sociedade quando ele é portador, em determinada situação, de um duplice e contraditório interesse: o social e o particular, sendo que um não pode ser atendido sem que o outro seja sacrificado.”⁹

Note-se que toda negociação implica em concessões mútuas para que se chegue em um consenso sobre o objeto do negócio, o que não necessariamente

⁹ Eizirik, Nelson. A Lei das S/A Comentada. Volume II – Artigos 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

caracteriza uma relação de conflito de interesses. Todavia, tal verificação é sutil e de difícil caracterização, de forma que a orientação mais prudente é que em casos de contratação com administradores, seja sempre observado as orientações do art. 156 da Lei das Sociedades Anônimas, no que tange a declaração de impedimento do administrador que esteja nessa situação e, cumulativamente, a observância de condições normalmente oferecidas ao mercado em geral para a concretização da operação.

Assim também aconselha o Instituto Brasileiro de Governança Corporativa (“IBGC”), no seu Guia de Orientação Jurídica de Conselheiros de Administração e Diretores, em seu item 7.1.5.5: *“mesmo nos casos em que tenha havido um procedimento usual de mercado no negócio, é aconselhável que o administrador não se manifeste”*.

Observe-se ainda que o referido artigo 156 da LSA não impede a realização de operações em que seja constatado o conflito de interesses, apenas pretende assegurar que esse conflito não atingirá ou influenciará os termos do negócio a ser contratado ou a decisão a ser tomada pela administração.

O dever de lealdade previsto no art. 155 da Lei das Sociedades Anônimas, por sua vez, determina que o administrador deve conduzir os negócios da sociedade de boa-fé e em função do melhor interesse e à finalidade da sociedade, honrado os compromissos assumidos. No direito norte americano o direito de lealdade é chamado de *duty of loyalty* e é definido da seguinte forma:

“The duty of the loyalty requires a director’s conduct to be in good Faith and in the best interests of the Corporation – and not in the director’s own interest or in the interests of another person (such as a Family member) or organization with which the director is associated. Simply put, the director should not use the directors corporate position for

personal profit or gain or for other personal or not-corporate advantage”.¹⁰

O dever de lealdade nada mais é que a consequência da confiança depositada pelos acionistas nos administradores eleitos de que estes perseguirão o objetivo social da sociedade, conforme ressalta Modesto Carvalhosa, “a reação entre companhia e o administrador é chamada, com efeito, de *fiduciary relationship*, a refletir as relações jurídicas de confiança que norteiam a conduta deste último.”¹¹

5. Os membros do Conselho de Administração indicado pelos empregados

A Lei das Sociedades Anônimas prevê, em seu artigo 140 a possibilidade de indicação pelos empregados de um membro do conselho de administração.

Tal inovação legal foi trazida pela Lei 10.303/01, que trouxe inovações à Lei das Sociedades Anônimas e está em linha com os mais atuais conceitos de função social da sociedade já que, atualmente, entende-se que a sociedade não deve buscar apenas o lucro de seus investidores, mas também o respeitar os interesses de todos os stakeholders (assim entendidos como empregados, fornecedores, sociedades, etc.).

Assim, a instituição da possibilidade de os empregados serem representados no conselho de administração institui a possibilidade de participação destes no direcionamento dos negócios da sociedade, resguardando seus direitos.

A participação de representantes de empregados no conselho de administração conforme previsto na legislação pátria é um reflexo de uma previsão já testada em

¹⁰ TOLEDO. Paulo Fernando Campos Salles de. *O Conselho de Administração na Sociedade Anônima*. São Paulo: Atlas, 1997.p.57.

¹¹ CARVALHOSA. Modesto. *Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. 3ºv. 3º ed. São Paulo: Saraiva, 2009. P. 289.

outros países. A prática, denominada de co-gestão, como qualquer inovação, sofreu críticas e defesas por diversos estudiosos.

Em outros países¹², a co-gestão, com a representação dos empregados no conselho de administração foi bem recebida e com isso colheram grandes frutos. A França foi o país inovador instituindo em sua legislação, ainda em 1917, a possibilidade de participação de trabalhadores no conselho de administração.

Apesar da França ter sido a inovadora nesse conceito, a Alemanha acabou por implementar efetivamente esse conceito de co-gestão disciplinando a participação dos funcionários no chamado conselho supervisor. Conforme ensina Salles de Toledo:

"o mecanismo da co-gestão foi criado pela lei de 21-5-1951, e complementado pela de 7-8-1956, prevendo a participação dos trabalhadores das empresas siderúrgicas e de mineração no conselho supervisor. Tais diplomas foram expressamente acolhidos pela lei das sociedades por ações de 1965 (§§ 95 e 96). Posteriormente, por lei promulgada em 8-5-1976, a co-gestão foi estendida a todas as sociedades com mais de 2.000 empregados"¹³

No Brasil, o primeiro sinal da implementação da co-gestão deu-se na Constituição Federal de 1946, em seu artigo 157, inciso IV, que previa a "participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a lei determinar". A Constituição Federal de 1967, com a Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969, também previu no seu art. 165, V, o direito de os trabalhadores, excepcionalmente, participarem da gestão da empresa, conforme for estabelecido em lei.

¹² Além da França e da Alemanha, países como a Espanha, Noruega, Áustria, Suécia e Dinamarca também regulamentaram a participação dos empregados nos conselhos de administração das sociedades. Nesses países, a representação dos empregados é obrigatória e a quantidade de representantes dos empregados guardam uma proporção com a quantidade total dos membros do conselho de administração.

¹³SALLES DE TOLEDO, Paulo Fernandes Campos. *O Conselho de Administração na Sociedade Anônima: estrutura, funções e poderes, responsabilidade dos administradores*. São Paulo. Atlas, 1999, p. 43.

A Constituição de 1988, sem seu art. 7º, XI, replicou praticamente a mesma redação da Constituição anterior, garantindo aos empregados a “participação nos lucros e resultados, desvinculada da remuneração, e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei”.

Diante da redação acima, duas foram as grandes discussões sobre esse tema: primeiro que a regulamentação prevista na Constituição Federal de 1969 nunca ocorreu, fazendo com que tal direito acabasse virando letra morta da lei; segundo que a palavra “excepcionalmente” prevista na legislação acabou por confundir a aplicação desse direito¹⁴.

Apesar da co-gestão com a participação dos empregados ser uma prática boa para o atendimento dos interesses dos demais stakeholders, a influência desses conselheiros internos¹⁵ no conselho de administração pode afetar a independência do conselho e colocar como suspeito o processo decisório e de governança da Companhia:

“Para promover a independência no julgamento de todos os conselheiros e a integridade do sistema de governança, a indicação de conselheiros internos para compor o conselho deve ser evitada. O conselho deve contar apenas com conselheiros externos e independentes. Os independentes devem ocupar participação relevante em relação ao número total de conselheiros”¹⁶.

¹⁴Diversos doutrinadores questionaram a inclusão da palavra excepcionalmente e qual seria a intenção do legislador ao inserir essa palavra. José Afonso da Silva, por exemplo, em seu Curso de Direito Constitucional Positivo, ponderou que “a participação na gestão das empresas é admitida apenas excepcionalmente. Não se sabe bem porque o excepcionalmente, nem qual o seu alcance. Excepcionalmente em função de que? Nesses termos, essa participação não chega a ser sequer uma possibilidade de co-gestão, que importará real poder de co-decisão, sem que necessariamente os trabalhadores, por seus representantes, tenham que integrar a diretoria da empresa”

¹⁵ Conforme o Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa, publicado pelo IBCG, 5ª edição, p. 45, define conselheiros internos como “conselheiros que ocupam posição de diretores ou que são empregados da organização”.

¹⁶ Código das melhores práticas de governança corporativa. 5.ed. p.45 / Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. - São Paulo, SP: IBGC, 2015.

No Brasil, a representação dos empregados no conselho de administração não é de cunho obrigatório, sendo facultativo à cada companhia garantir ou não esse direito a seus funcionários, disciplinando-o em seu estatuto social¹⁷.

Importante ressaltar que, apesar de a Lei das Sociedades Anônimas prever que a representação dos empregados é facultativa, algumas sociedades específicas em razão de seu campo de atuação ou estrutura de capital social tem a obrigatoriedade de ter em seu conselho de administração um membro indicado pelos empregados. São as situações das sociedades concessionárias ou permissionárias de serviços públicos que atuam em decorrência das privatizações, as empresas públicas, sociedades de economia mistas e empresas em que a União direta ou indiretamente controle, bem como suas subsidiárias e controladas, que detenham mais de duzentos funcionários. Tal previsão para estas sociedades tem a intenção de garantir a transparência na gestão destas companhias e os interesses dos empregados.

A previsão legal da Lei das Sociedades Anônimas sobre a possibilidade de representação dos empregados em sua gestão, não impôs qualquer critério de elegibilidade, não determinando, inclusive, se o representante deverá ser um empregado ou não. Ora, em uma leitura do artigo não há qualquer vedação de que os empregados escolham um membro do sindicato, ex empregado ou qualquer outro profissional do mercado para lhes representar, ao invés de um dos empregados da Companhia.

Apesar disso, o estatuto social das companhias que optaram por outorgar esse direito aos empregados, poderá determinar critérios e condições em seu estatuto social, todavia, em situação em que não haja condições específicas para eleição do membro indicado pelos empregados, esse deve atender aos requisitos gerais aplicáveis à todo e qualquer outro administrador, conforme previsto no art. 146 e seguintes da Lei das

¹⁷ Comumente, o membro representante dos empregados é indicado por eleição organização pela área de recursos humanos da sociedade.

Sociedades Anônimas, bem como atender os critérios de elegibilidade, previstos no art. 147 da referida Lei.

No que tange às sociedades públicas, de economia mista ou controladas direta ou indiretamente pela União, a Lei 12.353, de 28 de dezembro de 2010 já determinou que o representante dos empregados deve ser escolhido dentre os empregados ativos, pelo voto direto de seus pares e que deverão também preencher, além dos requisitos legais, os requisitos eventualmente previstos nos estatutos sociais de cada empresa.

6. O conflito de interesse e dever de lealdade aplicado aos membros do Conselho de Administração indicado pelos empregados e responsabilidades daí decorrentes

A Lei 6.404/76 traz em seu art. 154, §1º, uma condição na atuação de administradores eleito por determinado grupo de acionistas, qual seja: a condição de que o administrador eleito por determinado grupo ou classe de acionistas não poderá privilegiar os interesses daqueles que o elegeram em detrimento dos demais acionistas e dos interesses da Companhia.

Assim, por analogia, podemos entender, portanto, que o administrador eleito pelos empregados da mesma forma não poderia atuar em favor dos interesses dos empregados em detrimento dos interesses da Companhia.

Esse artigo da Lei das Sociedades Anônimas faz-se importante para o direcionamento dos administradores, especificamente em relação ao administrador indicado pelos empregados, que, claramente, tem fortes ligações com determinado grupo de *stakeholders*. Apesar disso, a existência da possibilidade de eleição de um representante dos empregados seria exatamente para supervisão por esses de seus direitos e interesses.

O administrador indicado pelos empregados, por pertencer ao conselho de administração, órgão direcionador dos negócios da companhia, terá acesso à temas confidenciais e estratégicos, e que, algumas vezes, poderá ser, inclusive, contrário aos interesses dos trabalhadores, mas, apesar disso, benéficos para a Companhia em curto ou longo prazo.

No caso das empresas de públicas, sociedades economia mista e aquelas que a União detenha o controle, o legislador já disciplinou a solução e forma como deverá se portar esse administrador.

A lei 12.353/10 determinou as limitações de atuação do conselheiro indicado pelo empregado, a fim de tentar evitar o conflito de interesse inerente à essa condição:

Art. 2º [...]

§ 3º Sem prejuízo da vedação aos administradores de intervirem em qualquer operação social em que tiverem interesse conflitante com o da empresa, o conselheiro de administração representante dos empregados não participará das discussões e deliberações sobre assuntos que envolvam relações sindicais, remuneração, benefícios e vantagens, inclusive matérias de previdência complementar e assistenciais, hipóteses em que fica configurado o conflito de interesse.
(Grifo nosso)

Dessa forma, o Lei 12.353/10 deixou claro, desde já, que, apesar do membro do conselho representante dos empregados atuarem com a finalidade de resguardar os interesses dos funcionários, não poderão interferir na condução de assuntos que sejam diretamente de seu interesse.

Conclui-se daí, portanto, que o interesse dos empregados a ser resguardado por esse membro deverá ser a perenidade da companhia e não diretamente direitos trabalhistas benefícios e vantagens, os quais, todavia, tendem a melhorar conforme a situação da companhia também melhores.

Assim, muito bem atuou o legislador ao regular “a participação dos empregados nos conselhos de administração das empresas públicas e sociedades de economia

mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha maioria do capital social com direito a voto”¹⁸, ocorre que nas sociedades privadas não há essa regulamentação e, a Lei das Sociedades Anônimas também não enfrentou esse tema quando autorizou a existência de um membro do conselho de administração. Não havendo regra específica para esse administrador, aplica-se, portanto, as regras gerais a todos os administradores.

Dessa forma, mesmo não havendo vedação expressa na Lei das Sociedades Anônimas, o representante dos empregados, mesmo que eleito para resguardar os direitos dos funcionários, não deverá atuar em situações que tratem sobre deveres, direitos, benefícios ou vantagens aplicáveis aos funcionários, pois estaria beneficiando e agindo em favor unicamente dos interesses daquele grupo que o elegeu. Assim também aconselha o IBGC, em seu Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa:

“Conforme todos os demais membros, quando houver empregado eleito para compor o conselho, o indicado deve atuar na defesa dos interesses da organização, na forma da lei, e possuir a qualificação necessária para o desempenho de suas atribuições”.

7. Responsabilidade dos membros do Conselho de Administração indicado pelos empregados

Apesar de a Lei das Sociedades Anônimas e a Lei 12.353/10 ter previsto o representante dos empregados no conselho de administração, não há qualquer disposição que altere ou discipline a responsabilidade desse tipo de administrador.

Dessa forma, não havendo qualquer disciplina ou regra específica sobre o assunto, fica o conselheiro indicado pelos empregados sujeito às mesmas regras sobre responsabilização que os demais administradores, portanto, sujeita-se, inclusive, a

¹⁸ Lei 12.353, de 28 de dezembro de 2010.

possibilidade de ter seus bens constritos para arcar com prejuízos apurados como de responsabilidade dos administradores.

Nessa linha, caso seja apurada a atuação do representante dos empregados com conflito de interesses, deslealdade ou em desacordo com a legislação ou estatuto, será responsabilizado nos mesmo termos e condições previstas aos demais administradores, sem prejuízo de eventual responsabilidade a ele estendida em razão da solidariedade com os demais membros do conselho de administração

7.1. Subordinação do conselheiro eleito pelos empregados

Complexa se torna a análise sobre a responsabilidade do representante dos administradores, na situação em que essa figura também como funcionário da companhia.

Em um cenário em que o conselheiro é também funcionário da Companhia e subordinado, quando na posição de funcionário, à uma diretoria que será por ele fiscalizada na condição de conselheiro, este administrador poderá sofrer pressão pelos demais administradores para aprovar determinadas matérias ou adotar determinadas posições, o que poderá causar grandes prejuízos para os negócios da companhia e para os interesses dos demais stakeholders.

Em situação em que o administrador é empregado, a jurisprudência vem entendendo, no que tange ao diretor estatutário e o diretor celetista, que as responsabilidades de ambos são diferentes, notadamente porque o primeiro possui mais autonomia do que o segundo, que, no final do dia, possui as características de um empregado, ou seja, subordinação, remuneração, pessoalidade e habitualidade:

“AGRAVO DE PETIÇÃO. EMPREGADO DIRETOR. ILEGITIMIDADE PASSIVA. Verificou-se que, embora ocupante do cargo de diretor executivo, o agravante era empregado, devendo **subordinação jurídica ao seu empregador. Assim, não tendo sido comprovada a sua **autonomia para deliberar sobre a administração dos negócios da****

sociedade anônima, resta incabível o direcionamento da execução trabalhista em face do mesmo. Provimento de Agravo¹⁹. (grifo nosso)

Assim, apesar da existência da solidariedade entre os membros do conselho pelas decisões tomadas em colegiado ou pela ausência de expressa manifestação contrária pelo conselheiro dissidente, quando comprovada que o conselheiro não detinha autonomia em suas decisões, mas que sujeitava-se às determinações de seus superiores hierárquicos da posição de empregado, entendo que o conselheiro não deveria ser responsabilizado.

Vale lembrar que, há tempos, o TST, por meio de sua Súmula 269, pacificou o entendimento de que "*o empregado eleito para ocupar cargo de diretor **tem o respectivo contrato de trabalho suspenso**, não se computando o tempo de serviço deste período, salvo se permanecer a subordinação jurídica inerente à relação de emprego*" (nossos destaques).

Essa disposição do TST tem a intenção de ajustar a nova relação estabelecida entre a companhia e o funcionário, posto que, não havendo a suspensão do contrato de trabalho, o empregado eleito seria "empregador de si mesmo". Apesar de a intenção da Súmula ser ajustar a relação jurídica existente, a suspensão do contrato de trabalho também pode, de alguma forma, cooperar para que o funcionário eleito possa atuar de forma independente e com autonomia, sem a influência de seus superiores.

Ressalte-se apenas que a súmula trata expressamente da situação de funcionário eleito para o cargo de diretor e não para a "administração" da sociedade. Não é possível saber se foi a intenção do tribunal excluir o conselho de administração dessa regra, mas, ao meu ver, essa não seria a decisão mais acertada e a regra de suspensão do contrato de trabalho também deveria ser aplicada para funcionários eleitos para o cargo de conselheiros.

¹⁹ (TRT-1 - AP: 00010750420135010281 RJ, Relator: Roberto Norris, Data de Julgamento: 19/11/2013, Quinta Turma, Data de Publicação: 09/12/2013)

7.2. Requisitos Técnicos para exercício do cargo pelo representante dos empregados

Conforme falado anteriormente, as disposições acerca dos representantes dos acionistas não impuseram a necessidade de atendimento por esses de requisitos mínimos para posse do cargo, salvo os requisitos comuns a todos os acionistas.

O IBGC, aconselha que todos os membros do conselho de administração, inclusive o representante indicado pelos empregados, detenham as seguintes características e competências: “(i) alinhamento e comprometimento com os princípios, valores da organização e seu código de conduta; (ii) visão estratégica; (iii) disposição para defender seu ponto de vista a partir de julgamento próprio; (iv) capacidade de comunicação; (v) disponibilidade de tempo; (vi) capacidade de trabalhar em equipe; (vii) conhecimento das melhores práticas de governança corporativa; (viii) capacidade de interpretar relatórios gerenciais, contábeis e financeiros e não financeiros; (ix) conhecimento sobre a legislação societária e de regulação; (x) conhecimentos sobre gerenciamento de riscos”²⁰.

Os requisitos listados pelo IBGC, todavia, são recomendações e não requisitos obrigatórios. Assim, os representantes dos empregados poderão ser qualquer pessoa que tenha ou não conhecimentos técnicos de gestão e administração. Por outro lado, o conselho de administração, sendo um órgão estratégico deverá analisar temas complexos e de suma importância para a Companhia.

Eventual decisão equivocada do conselho de administração poderá, por consequência, trazer responsabilidade aos administradores responsáveis por essa orientação. Apesar disso, não há na legislação a possibilidade de isenção de responsabilidade em razão de desconhecimento técnico de determinado assunto.

²⁰ Boas práticas de governança corporativa para sociedades de economia mista./Instituto Brasileiro de Governança Corporativa; coord. Carlos Velloso. São Paulo, SP:IBGC, 2015 (Série Cadernos de Governança Corporativa, 14).p. 17. Disponível em <<http://www.ibgc.org.br/inter.php?id=18180>>. Acesso em: 21.06.2017.

Sobre esse assunto, a CVM já se manifestou, que o administrador não pode alegar falta de competência ou conhecimento técnico, nem se alienar do processo decisório:

“não se aceita a completa alienação das decisões negociais, alegando-se falta de competência ou de conhecimento. Também não são protegidas pela regra da decisão negocial as decisões tomadas visando a fraudar a companhia, ou seus acionistas, ou aquelas que não tenham sido tomadas em boa fé”²¹

Assim, caso o membro do conselho de administração não tenha conhecimento técnico necessário para deliberar sobre determinada situação, deve se valer da consultoria aos comitês de assessoramento, caso constituído, ou de pareceres de especialistas, sob pena de ficar caracterizada sua imprudência (falta de adoção das cautelas necessárias), negligência (deixar de agir de forma diligente) ou imperícia (agir com inaptidão técnica ou incompetência).

8. Conclusão

A legislação brasileira ainda é crua com relação ao representante dos empregados no conselho de administração das companhias, notadamente as privadas, tendo sido a Lei 12.353/13 uma inovação com relação às empresas com participação pública, especificando que tal representante deve ser também um funcionário ativo e que deverá se abster de discutir e votar em matérias relacionadas à benefícios, remuneração ou outros temas em que possua interesse direto.

Considerando que não há regra específica para esse conselheiro, aplicam-se a ele os deveres, requisitos e competências impostos aos demais acionistas. Assim, como regra geral, o representante dos empregados poderá ser responsabilizado por atos culposos e dolosos, em desacordo com a lei e estatuto social, bem como por decisões conflitantes com os interesses da Companhia.

²¹ Processo Administrativo Sancionador RJ2005/1443. Disponível em <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2006/20060510_PAS_RJ20051443.pdf>. Acesso em 21.06.2017.

Além disso, responderá solidariamente com os demais membros do conselho de administração, salvo se fizer constar expressamente em ata ou em documento escrito, sua discordância sobre o tema.

Apesar de não haver requisitos impostos em lei para preenchimento deste cargo, salvo as características comuns à todos os acionistas, recomenda-se que o membro representante dos empregados tenha experiência e conhecimento das operações da companhia, estratégia negocial e certo conhecimento da gestão estratégica de negócios, posto que o conselheiro não poderá alegar desconhecimento técnico para isentar-se de responsabilidade ou que sua atuação limitar-se-ia a acompanhar os interesses dos funcionários que o indicou.

No que tange aos representantes indicados pelos empregados que permanecem atuando na companhia como empregados, a subordinação existente entre eles e a diretoria pode atrapalhar a independência de sua atuação e macular o processo decisório e julgamento do conselho de administração.

Nas situações em que, comprovadamente, houve influência dos superiores hierárquicos do conselheiro representante dos empregados, entendo que não deve haver sua responsabilização, assim como entende a jurisprudência e a lei sobre a responsabilização da empresa e superiores hierárquicos sobre danos causados em razão do cumprimento de decisões ou execução de atividades solicitadas por superiores.

Assim, na tentativa de redução de possibilidade de constrangimento do representante dos empregados pelos seus superiores hierárquicos, recomenda-se a suspensão do contrato de trabalho enquanto o mandato estiver em vigor, para que o conselheiro possa agir com autonomia, e em consonância com a sumula 269 do TST.

Referências Bibliográficas

ADAMEK, Marcelo Vieira Von. **Responsabilidade civil dos administradores de S/A: e ações correlatas**. São Paulo: Saraiva, 2009. 617p.

AMENDOLARA, Leslie; SANCHEZ, Adilson. **O diretor executivo no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2005. 134p.

ARAÚJO, Jair. **Relação de emprego: contrato individual de trabalho e os contratos afins**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

BLOK, Marcella. *Business judgment rule: a responsabilidade dos administradores das Sociedades Anônimas*. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 46, out./dez. 2009.

BORBA, José Edwaldo Tavares, *Direito Societário*, 8.^a ed., Ed. Renovar, Rio de Janeiro, pp. 399-401.

BULGARELLI, Waldírio. **Apontamentos sobre a responsabilidade dos administradores das companhias**. *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, n. 50, abr./jun. 1983

BULGARELLI, Waldírio. *Manual das sociedades anônimas*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000

CARROLL, Archie B.; BUCHHOLTZ, Ann K. **Business e society: ethics and stakeholder management** 7th ed. Mason, Ohio: South-Western, c2009. 745p.

CARAVALHOSA, Modesto. **A Nova Lei das Sociedades Anônimas**. São Paulo: Saraiva, 2003

CARVALHOSA, Modesto. **Comentários à lei de sociedades anônimas**, Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações das Leis n. 9.457, de 5 de maio de 1997, 10.303, de 31 de outubro de 2001, e 11.638, de 28 de dezembro de 2007. São Paulo: Saraiva, 2009

CARVALHOSA, Modesto. **Responsabilidade civil de administradores e de acionistas controladores perante a lei das S/A**. Revista dos Tribunais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, v. 699, jan. 1994, p. 38.

COELHO, Fábio Ulhoa - **Curso de direito comercial**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

EIZIRIK, Nelson. **A Lei das S/A Comentada**. Volume II – Artigos 121 a 188. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

FRAZÃO, ANA. **Função Social da Empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/A**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011

IBGC - Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Carta Diretriz 1 intitulada “Independência dos Conselheiros de Administração – Melhores Práticas e o Artigo 118 da Lei das Sociedades Anônimas”, disponível em http://www.ibgc.org.br/userfiles/files/Carta_1.pdf.

IBGC- Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. A responsabilidade dos administradores e o dever de diligência, disponível em http://www.ibgc.org.br/userfiles/files/GT_Interagentes_Responsabilidade_Administradores.pdf.

IBGC- Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Boas práticas de governança corporativa para sociedades de economia mista.; coord. Carlos Velloso. São Paulo,

SP:IBGC, 2015 (Série Cadernos de Governança Corporativa, 14).p. 17. Disponível em <<http://www.ibgc.org.br/inter.php?id=18180>>. Acesso em: 21.06.2017.

IBGC- Instituto Brasileiro de Governança Corporativa. Código das melhores práticas de governança corporativa. 5.ed. p.45 - São Paulo, SP: IBGC, 2015.

LEÃES, Luiz Gastão Paes de Barros. **Responsabilidade dos administradores das sociedades por cotas de responsabilidade limitada**. In: Revista de Direito Mercantil, São Paulo, ano XVI, n. 25, p. 49-54, 1977.

MAGALHÃES, Alexandre. **A participação de empregados nos Conselhos de Administração das empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas**. Disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI126860,21048-A+participacao+de+empregados+nos+Conselhos+de+Administracao+das>.

MARITNS, Sergio Pinto. **Comentários às Súmulas do TST**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade (Org.). **Doutrinas essenciais: responsabilidade civil: direito ambiental**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 1039p.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade (Org.). **Doutrinas essenciais: responsabilidade civil: direito de empresa e o exercício da livre iniciativa**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 1101p.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade (Org.). **Doutrinas essenciais: responsabilidade civil: direito de obrigações e direito negocial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 1391p.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade (Org.). **Doutrinas essenciais: responsabilidade civil: indenizabilidade e direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. 1312p.

PARENTE, Flávia. O dever de Diligencia dos Administradores de Sociedades Anônimas. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.p. 34.

PODESTÁ, Fábio Henrique. **Direito das obrigações: teoria geral e responsabilidade civil**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008. 319p.

PUSCHEL, Flavia Portella. **Funções e Princípios Justificadores da Responsabilidade Civil e o art. 927, § único do Código Civil**. In Revista Direito GV, V. 1, n. 1, maio, 2005, São Paulo.

RAMALHETE, Clóvis. **Sistema de legalidade, na desconsideração da personalidade jurídica**. In: RT, São Paulo, ano 73, n. 586, p. 7-14, ago. 1984

REQUIÃO, Rubens. **Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica**. In: RT, São Paulo, ano 58, n. 410, p. 12-24, dez. 1969.

REQUIÃO, Rubens. **Direito Comercial**. 28. ed.São Paulo: Saraiva, 2011. 2 v.

SALLES DE TOLEDO, Paulo Fernandes Campos. **O Conselho de Administração na Sociedade Anonima: estrutura, funções e poderes, responsabilidade dos administradores**. São Paulo. Atlas, 1999, p. 43.

SILVA. José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª edição. São Paulo. Saraiva.

SILVA, Tatiana Buzalaf de Andrade e. **Responsabilidades legais dos administradores das sociedades comerciais: o conceito de administrar e a**

delimitação das suas responsabilidades perante os sócios, os acionistas, a empresa e a comunidade em que atua. São Paulo: Textonovo, 2005. 160p. (Ibmec Direito - monografias).

TOLEDO. Paulo Fernando Campos Salles de. **O Conselho de Administração na Sociedade Anônima.** São Paulo: Atlas, 1997.p.57.

WALD, Arnaldo (Org.). **Doutrinas essenciais: direito empresarial: sociedade anônima.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. 1310p.

Legislação Consultada

BRASIL. Lei 6.404, de 15 de dezembro de 1976. **Dispõe sobre as sociedades por ações.** Lex: vade mecum acadêmico de direito, São Paulo: Rideel, p. 930-964, 2011.

BRASIL. Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990. **Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8137.htm>, consultado em 22.06.2017

BRASIL. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. **Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>, consultado em 22.06.2017.

BRASIL. Lei nº 11.101, de 9 de fevereiro de 2005. **Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>, consultado em 22.06.2017.

BRASIL. Lei 12.353, de 28 de dezembro de 2010. **Dispõe sobre a participação de empregados nos conselhos de administração das empresas públicas e sociedades de economia mista, suas subsidiárias e controladas e demais empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto e dá outras providências.** Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12353.htm, consultado em 22/11/2016.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. **Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.**

Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm, consultado em 22.06.2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Enunciado nº 269. Empregado Eleito para Ocupar Cargo de Diretor - Contrato de Trabalho - Relação de Emprego - Tempo de Serviço. Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003.

A Lei nº 11.101/2005 - Lei de Falências e Recuperação de Empresas (art. 179); Lei nº 9.605/98 - crimes ambientais (art. 2º); Lei 12.846/13 - Lei Anticorrupção

Jurisprudências Consultadas

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Decisão do Colegiado. Recurso contra decisão da SEP – Eleição de membros do conselho de administração da Usinas Siderúrgicas de Minas Gerais S.A - GF Gestão De Recursos S.A. e outros. PROC. RJ2013/4386 E PROC. RJ2013/4607. Rio de Janeiro. 04 de novembro de 2014.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Decisão do Colegiado. Recurso contra decisão da SEP – Atuação isolada de membro do Conselho de Administração junto a terceiros para efetuar denúncias acerca do cotidiano interno da sociedade. Infração aos arts. 153 e 154, caput e § 1º, da Lei 6.404/76. - Felícia Leigh Bellows. Processo Administrativo Sancionador RJ2007/4476. Rio de Janeiro. 12 de maio de 2008, disponível em <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2008/20080312PAS_RJ20074476.pdf>, consultado em 20/10/2016.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo Sancionador RJ2005/1443. Disponível em <http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/sancionadores/sancionador/anexos/2006/20060510_PAS_RJ20051443.pdf>. Acesso em 21.06.2017.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho, Agravo de Petição 00010750420135010281, Relator: Roberto Norris, Data de Julgamento 19/11/2013, Quinta Turma, Data de Publicação: 09/12/2013, Rio de Janeiro, RJ, disponível em <<http://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114946998/agravo-de-peticao-ap-10750420135010281-rj/inteiro-teor-114947120>>, consultado em 10/11/2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1169175. Relator Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, Brasília, DF, julgado em 17/02/2011, DJe 04/04/2011, consultado em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18788349/recurso-especial-resp-1169175-df-2009-0236469-3>, em 15/11/2016

BRASIL. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento 2009.041165-7, Relator Desembargador Min. Henry Petry Junior, julgado em 07/12/2010, de Santa Catarina, disponível em <http://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19723384/agravo-de-instrumento-ai-411657-sc-2009041165-7>, consultado em 28/11/2016

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista conhecido e provido sobre descaracterização de vínculo empregatício. Recurso de Revista nº 412290/97. Rel.: min. José Luiz Vasconcellos. Brasília. DJ 19.5.2000.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Voto: Interrupção do curso do prazo de realização de AGE. Caixa de Previdência dos Funcionários do Banco do Brasil – Previ e Sadia. Processo Administrativo CVM RJ 2007/0191. Marcelo Fernandez Trindade. Rio de Janeiro, 23 de janeiro de 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 889.528-SC. Relator Ministro Felix Fischer.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. Processo Administrativo Sancionador CVM nº 07/02.