

SUBSTITUIÇÃO DOS ADMINISTRADORES DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

Jorge Joaquim Lobo

1 — A SUBSTITUIÇÃO DOS ADMINISTRADORES DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS

A — O direito positivo brasileiro e o direito de outros povos

A lei brasileira, desde o Código Comercial de 1850, pouco espaço dedicou e quase nenhuma atenção deu ao problema da escolha do substituto do administrador que perde o cargo ou deixa o exercício de suas funções, em caráter definitivo ou temporário, antes do término de seu mandato.

Não se trata, como à primeira vista pode parecer, de descuido ou, muito menos, de desídia do legislador pátrio, mas de prática antiga, reiterada e universal, pois também o direito de outros povos em diferentes épocas, foi e é somítico na disciplina da matéria.

B — Normas Auto-Explicáveis

Por isso, talvez, a “Exposição Justificativa das Principais Inovações do Projeto”, que se transformou na Lei n.º 6.404/76, afirme, taxativamente: “São auto-explicáveis, e dispensam maior referência, as “normas” sobre “a substituição dos administradores das sociedades anônimas”.

Não obstante, o artigo 150 da Lei do Anonimato em vigor vem causando, no plano teórico, dúvidas, controvérsias e, até mesmo, perplexidades, além de acerbas críticas.

No dia-a-dia das empresas, sua aplicação tem sido assaz equivocada; é comum ver-se, nos estatutos de companhias de grande e médio porte, erros triviais, quiçá grosseiros, no tratamento das hipóteses, aliás corriqueiras, de morte, renúncia, licença, exoneração, etc., do administrador da S.A. .

C — Algumas questões teóricas e práticas

O que se entende por vacância? E por impedimento? Quando ocorre a vacância? E o impedimento? Impedimento e ausência são expressões sinônimas? De que forma pode o estatuto social dispor sobre a vacância do cargo de conselheiro? No caso de vacância do cargo de diretor, pode o estatuto prever a nomeação de substituto pelos diretores remanescentes? Ainda no caso de vacância do cargo de diretor, permitida a cooptação pelo estatuto social, o diretor, além de acumular as funções do substituído, terá pluralidade de votos nas

reuniões do órgão? De que forma pode o estatuto social dispor sobre o impedimento do cargo de conselheiro e do cargo de diretor? A lei interna pode estabelecer que um conselheiro substitua conselheiro impedido? E um diretor poderá substituir um outro, impedido? Quando o *caput* do artigo 150 fala em assembléia-geral, quer referir-se apenas à assembléia-geral ordinária ou a qualquer assembléia-geral, seja ordinária, seja extraordinária? O que se entende por “representante”? E “por maior número de ações”? E por “atos urgentes”? O “representante de maior número de ações” pratica “os atos urgentes” até a realização da assembléia-geral, como está expresso, iniludivelmente, no § 2.º do artigo 150, ou deve fazê-lo até a investidura dos novos diretores?

Como se vê, não são poucas, nem simples, nem fáceis, nem sem importância, as questões (e as dúvidas) que o tema “substituição dos administradores das sociedades anônimas” e o artigo 150 da Lei n.º 6404/76 suscitam.

Para tentar esclarecê-las, recorreremos a mestres antigos e novos; do que lemos e meditamos, damos breve notícia a seguir.

D — O artigo 150 da Lei n.º 6404/76

Vejamos, de pronto, na íntegra, o que dispõe o artigo 150 e seus parágrafos da Lei 6404/76:

“No caso de vacância de conselheiro, salvo disposição em contrário do estatuto, o substituto será nomeado pelos conselheiros remanescentes e servirá até a primeira assembléia-geral. Se ocorrer vacância da maioria dos cargos, a assembléia-geral será convocada para proceder a nova eleição.

§ 1.º — *No caso de vacância de todos os cargos do conselho de administração, compete à diretoria convocar a assembléia-geral.*

§ 2.º — *No caso de vacância de todos os cargos da diretoria, se a companhia não tiver conselho de administração, compete ao conselho fiscal, se em funcionamento, ou a qualquer acionista, convocar a assembléia-geral, devendo o representante de maior número de ações praticar, até a realização da assembléia, os atos urgentes de administração da companhia.*

§ 3.º — *O substituto eleito para preencher cargo vago completará o prazo de gestão do substituído.*

§ 4.º — *O prazo de gestão do conselho de administração ou da diretoria se estende até a investidura dos novos administradores eleitos”.*

2 — A VACÂNCIA E O IMPEDIMENTO

A — A vacância e o impedimento em face da doutrina

A exemplo do direito francês (artigo 94, da Lei n.º 66.537, de 24-07-66, com a redação da Lei n.º 67.559, de 12-07-67), e do nosso Direito anterior (Decreto-lei n.º 2627, de 26-09-40) e ao contrário do Direito suíço (*Código das Obrigações*, de 30-03-1911, artigo 788 (3) com a redação da Lei de 18-12-1936). o artigo 150 da lei brasileira das anônimas prevê, exclusivamente, a hipótese de vacância, silenciando, por completo, sobre o impedimento do administrador da S.A.

Há, pergunta-se, distinção entre vacância e impedimento?

Carlos Fulgêncio da Cunha Peixoto, eminente ex-Ministro do Egrégio Supremo Tribunal Federal, discorrendo sobre o assunto, à época disciplinado pelo artigo 118 do Decreto-lei n.º 2627/40, afirmou: "O artigo 118 confia aos estatutos a questão da substituição. Não faz distinção entre afastamento temporário e definitivo; emprega a palavra "vaga" na sua acepção geral, abrangente" (*Sociedades por Ações*, Saraiva, 1973, 4.º vol., pág. 53, n.º 935).

Contudo, quando ainda sob o império do primeiro diploma especial das sociedades por ações no Brasil (Decreto 434, de 4 de julho de 1891), que revogou os artigos 295 e 299 do Código Comercial, grandes Mestres já apontavam a flagrante diferença entre substituição definitiva e substituição temporária ou provisória (de que falava, aliás, expressamente, o artigo 103 do Decreto 434/1891), conforme testificam as obras imortais de J. X. Carvalho de Mendonça, *Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, Ed. Freitas Bastos, 1934, vol. IV, pág. 54, n.º 1190, e Waldemar Ferreira, *Curso de Direito Comercial*, Ed. Salles Oliveira Rocha, 1927, vol. I, pág. 259, n.º 112.

No regimen do Decreto-lei n.º 2627/40, acolheram a distinção os doutos Trajano de Miranda Vaiverde, *Sociedade por Ações*, Ed. Forense, 1959, vol. II, pág. 296, n.º 607; Waldemar Ferreira, *Tratado das Sociedades Mercantis*, Ed. Saraiva, 1961, 4.º vol., pág. 432, n.º 849; Rui Carneiro Guimarães, *Sociedades por Ações*, Forense, 1960, vol. II, pág. 71, n.º 954; Gudesteu Pires, *Manual das Sociedades Anônimas*, Ed. Freitas Bastos, 1942, pág. 250, n.º 165.

Hoje, perfilham-na os ilustres Modesto Carvalhosa, *Comentários à Lei das S.A.*, Ed. Saraiva, 1982, vol. 5.º, pág. 125, e Romano Cristiano, *Órgãos da S.A.*, "Rev. dos Tribunais", 1982, pág. 95, n.º XXII.

Lamentavelmente, os professores Fran Martins, *Comentários à Lei das S.A.*, Ed. Forense, 1978, vol. II, págs. 337 e segs., e J. C. Sampaio Lacerda, *Comentários à Lei das S.A.*, Ed. Saraiva, 1978, págs. 182/3, não se pronunciaram sobre o ponto em seus estudos, como, outrossim, todos os demais comentadores da Lei n.º 6404/76.

B — *Espécies de substituição*

Foi *Aloysio Lopes Pontes* quem versou, dentre todos, antigos e modernos, a matéria com mais perspicácia e brilho. Eis a sua magistral lição: “Embora a lei fale genericamente em “substituição”, compreende estas duas espécies: substituição em caso de vaga e substituição nos impedimentos temporários. Verifica-se a primeira quando o diretor, definitivamente, perde o cargo ou deixa o exercício das funções do mesmo. Dá-se a segunda quando, temporariamente, não pode ele desempenhar suas atribuições” (*Sociedades Anônimas*, Forense, 1957, 4.^a ed., vol. II, pág. 148, n.º 407).

C — *Casos de Vaga*

Ainda a *Aloysio Lopes Pontes* se deve a discriminação, perfeita e completa, dos casos de vaga e de impedimento, sempre reproduzida pelos estudiosos.

Para ele, “considera-se vaga a exoneração, renúncia ou demissão, o falecimento, a interdição, o abandono definitivo das funções do cargo, a transferência do domicílio para fora do País, a condenação à pena que vede, ainda que temporariamente, o acesso a cargos públicos, ou à nomeação para estes, a condenação a pena por crime de prevaricação, de falência culposa ou fraudulenta, peita ou suborno, concussão, peculato, ou crimes contra a economia popular ou a fé pública e contra a propriedade” (*loc. cit.*).

D — *Casos de impedimento*

Sobre os casos de impedimento, prelecionou: “Impedimento é o afastamento temporário do efetivo exercício das funções do cargo, v. g., no caso de doença, de viagem, de férias ou licença, ou por qualquer outro motivo pelo qual o diretor, sem perder o cargo, se vê provisoriamente forçado a deixar ou voluntariamente interrompe o exercício das funções inerentes ao mesmo” (*idem*).

E — *Impedimento e ausência*

Da leitura dos comercialistas, novos e velhos, nota-se que eles não se preocuparam em distinguir o impedimento temporário da simples ausência, tendo *Carvalhosa* chegado a afirmar: “enquadram-se no conceito de impedimento eventual as faltas” (*ob. e vol. cits.*, pág. 125).

Parece-nos, entretanto, de todo aconselhável separar ambas as hipóteses: a de impedimento, em que cumpre nomear substituto, para exercer, temporariamente, as funções do substituído, e a de ausência, em que o administrador nem perde o cargo, nem se nomeia substituto para fazer as suas vezes.

A seguir *Carvalhosa* e o conceito de que a falta, portanto a ausência, se equipara ao impedimento, ver-nos-emos obrigados a admitir venha o administrador, apenas ausente e não impedido, a ser substituído de imediato e sem qualquer formalidade pelo suplente, podendo criar-se, por exemplo, a seguinte situação: o diretor de uma companhia, cujo estatuto social preveja, nos casos de impedimento, a automática substituição pelo suplente, que não esteja viajando, nem de licença, nem de férias, nem adoentado, mas simplesmente ausente de reunião do órgão, do qual faz parte, ou por encontrar-se a serviço da companhia em outro local que não o do conclave, ou por haver faltado ao expediente, ou por qualquer outro motivo, poderá, validamente, ser substituído por seu suplente? Se entendermos que há sinonímia entre ausência e impedimento, sim; se considerarmos, entretanto, que a ausência é a falta ocasional, episódica, momentânea, de breve duração, e o impedimento só se dá nos casos de licença, doença, férias, viagem, enfim, nos casos que importem no afastamento, expressamente comunicado à sociedade, do administrador do exercício de suas funções na companhia, a resposta, por certo, é não.

A propósito do tema, ponderou *Romano Cristiano* com muita propriedade: "Nem todos têm idéias claras sobre o assunto. Há quem entenda que, convocados os membros do conselho para determinada reunião, se alguns não comparecem, poderão ser substituídos, na hora, por membros suplentes eventualmente presentes. Tal substituição seria inadmissível, pois um ou mais membros efetivos podem, às vezes, não participar não por estarem impedidos, mas por quere-rem atingir determinado escopo (por exemplo, impedir por insuficiência de *quorum*, que a reunião se instale e haja deliberações válidas)" (*ob. cit.*, págs. 95/96).

3 — A VACÂNCIA NO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO E NA DIRETORIA

No caso de vacância, há que distinguir quando ela ocorre no conselho de administração ou na diretoria. Se no conselho de administração, há que se verificar se a vacância é ⁽¹⁾ de um ou alguns cargos, ⁽²⁾ da maioria dos cargos ou ⁽³⁾ de todos os cargos. Se na diretoria, há que se indagar primeiro se a companhia possui conselho de administração, para, a seguir, não tendo a companhia conselho de administração, procurar, no estatuto social, a previsão sobre o preenchimento do cargo vago.

A — A vacância de cargos no conselho de administração em número inferior à maioria dos cargos previstos no estatuto social

Vagando cargos no conselho de administração em número inferior à maioria dos cargos previstos no estatuto social, o preenchi-

mento obedecerá ao disposto na lei interna da sociedade, que poderá, desde logo, determinar, por exemplo:

a) a eleição dos conselheiros titulares e suplentes e que o suplente assuma, automaticamente, o lugar do conselheiro que se afastou do cargo, para completar-lhe o mandato;

b) a imediata convocação da assembléia-geral, para eleger substituto;

c) que o substituto seja nomeado pelos conselheiros remanescentes para servir até a primeira assembléia-geral ordinária, quando, então, será eleito novo conselheiro, para completar o mandato do substituído.

No silêncio do estatuto, o substituto será nomeado pelo voto da maioria dos conselheiros remanescentes e servirá até a primeira assembléia-geral ordinária. Realizada a assembléia-geral, o novo conselheiro, eleito para substituir o conselheiro que se afastou, completará o prazo de gestão do substituído.

Em nenhuma hipótese, poderá dar-se a cooptação no conselho de administração, pois, como ensina *Carvalho*, "a cooptação é princípio geral aceito para evitar que a vacância cause danos à companhia. Traduz-se o princípio, em direito societário, na possibilidade de a substituição recair em outro administrador. Diante da sistemática da administração societária definida na nossa lei, a cooptação pode dar-se somente no plano da diretoria e não no do conselho de administração. A impossibilidade, neste último, decorre de sua natureza colegiada e meramente deliberativa. Seria mesmo absurdo imaginar um conselheiro fazendo as vezes de um outro, com as mesmas funções de participar das deliberações do órgão. Não há, com efeito, no conselho de administração, funções específicas que pudessem ser acumuladas em uma mesma pessoa. Mesmo porque não pode um conselheiro ter dois votos em razão de substituição de um outro conselheiro. Tem ele somente um voto. Daí a inutilidade da cooptação na espécie" (*ob. e vol. cit.*, pág. 125).

B — *A vacância da maioria ou da totalidade dos cargos do conselho de administração*

Se a vaga for da maioria dos cargos do conselho de administração, os conselheiros remanescentes, ou, na sua omissão, o conselho fiscal, se em funcionamento, ou qualquer acionista, devem convocar a assembléia-geral para proceder à eleição dos substitutos, o mesmo ocorrendo na hipótese de vagarem todos os cargos do conselho de administração, cumprindo, neste caso, à diretoria fazer a convocação. Se vagos estiverem, também, todos os cargos da diretoria, compete ao conselho fiscal, se em funcionamento, ou a qualquer acionista, convocar a assembléia-geral.

Quando vagar a maioria dos cargos do conselho de administração, os conselheiros restantes não poderão reunir-se e decidir, enquanto não preenchido pela assembléia-geral da companhia o número mínimo de cargos previstos no estatuto social, porquanto, como acentua *Fran Martins*: "em se tratando de um órgão colegiado, deve o mesmo estar completo para o seu funcionamento não favorecer a qualquer grupo participante da sociedade" (*ob. e vol. cit.*, pág. 337, n.º 666).

Se vagarem todos os cargos do conselho, a administração da companhia passa aos diretores, que exercerão, coletivamente, funções deliberativas e de representação da sociedade (cf. *Carvalhosa, loc. cit.*).

C — *Substituição do Membro do Conselho de Administração eleito pelo processo do voto múltiplo*

O § 3.º do artigo 150 da Lei n.º 6.404/76 criou duas regras especiais para a hipótese de vacância do Cargo de membro do conselho de administração quando a eleição tiver sido realizada pelo processo do voto múltiplo.

Pela primeira, "a destituição de qualquer membro do conselho importará destituição dos demais, procedendo-se à nova eleição"; pela segunda, "nos demais casos de vaga, não havendo suplente que assuma o cargo e passe a exercer as funções do substituído, a primeira assembléia-geral procederá à nova eleição de todo o conselho".

Darcy Arruda Miranda Jr., em comentário ao artigo 141, fez a seguinte observação: "O único inconveniente, se é assim que podemos chamá-lo, de adotar-se o voto múltiplo, é que a destituição de um conselheiro importa, automaticamente, a de todos os demais, o que, de certa forma, em face do que dispõe o n.º II do art. 122, confere à maioria social um instrumento para superar os seus erros estratégicos na eleição do conselho. Caso a minoria consiga eleger a maioria desse órgão, bastará a destituição de qualquer membro, que, como sabemos, não precisa ser justificada. Deu o legislador com uma das mãos, tirou com a outra" (*ob. cit.*, pág. 203).

D — *Vacância de cargo na diretoria*

No caso de vacância de cargo na diretoria, há que se indagar se a companhia possui ou não conselho de administração.

Se a companhia possuir conselho de administração, os conselheiros elegerão o diretor substituto, para completar o mandato do substituído.

Se a companhia não possuir conselho de administração, há que se verificar o que a respeito dispõe o estatuto social, que poderá estatuir, por exemplo:

a) o regimen de suplência, com a eleição de diretores e respectivos suplentes, e a determinação de que, na falta definitiva do diretor efetivo, o seu suplente assumira automaticamente, para completar-lhe o mandato;

b) uma escala interna de substituições, acumulando um diretor as funções de outro até a realização da assembléia-geral ordinária;

c) a nomeação, pelos diretores remanescentes, do substituto eventual do diretor afastado, para servir até a primeira assembléia-geral ordinária.

Romano Cristiano, após desenvolver o assunto, concluiu que, na hipótese de vacância de cargo de diretor, não podem os diretores remanescentes nomear substituto.

Para fundamentar sua opinião, valeu-se, dentre outros, do seguinte raciocínio: "É que a Lei 6.404 é explícita em admitir a nomeação de substituto de conselheiro pelos conselheiros remanescentes; mas é omissa quanto a permitir o mesmo no âmbito da diretoria. Ora, é regra que a diretoria seja eleita pela assembléia-geral ou pelo conselho de administração. Eventual exceção deve ser explícita. Não havendo exceção explícita, aplica-se a regra. De forma que, a nosso ver, na hipótese de vacância de cargo de diretor, o substituto deverá ser eleito sempre pelo órgão eleitor comum (assembléia ou conselho)" (*ob. cit.*, pág. 97).

A propósito do ponto, o artigo 103 do Decreto n.º 434/1894 já estipulava: "em caso de vaga de lugar de administrador, salvo disposição em contrário nos estatutos, designarão substitutos provisórios os administradores em exercício e os fiscais, competindo à assembléia-geral fazer a nomeação definitiva na primeira reunião que se seguir".

Na vigência do Dec.-Lei n.º 2627/40, *Gudesteu Pires*, (*ob. e vol. cits.*, pág. 250, n.º 165); *Waldemar Ferreira* (*ob. e vol. cits.*, 1573 e 1576); *Cunha Peixoto* (*ob. vol. cits.*, pág. 97) e *Aloysio Lopes Pontes* (*ob. e vol. cits.*, pág. 154) admitiam a nomeação de substituto provisório pelos diretores remanescentes para ocupar o cargo até a primeira assembléia-geral, quando, então, se elegeria o substituto definitivo.

Waldemar Ferreira foi taxativo: "Os estatutos costumam dar a cada diretor posição definida: a de presidente, vice-presidente, superintendente, tesoureiro, gerente, etc., fazendo a discriminação das respectivas atribuições. Nesse caso, devem determinar a maneira de substituição de uns pelos outros em suas faltas e impedimentos, tem-

porários ou acidentalmente; e, no de vaga, por via de renúncia ou de morte, se os demais diretores, reunidos em sessão de diretoria, lhe darão substituto até a primeira assembléia-geral, ordinária ou extraordinária (*ob. e vol. cits.*, pág. 1573).

Mais adiante, acrescentou o extraordinário comercialista: "Os estatutos podem determinar que a substituição dos diretores se faça no decurso do exercício social, tanto por eleição pelos demais diretores, quanto, e isso algumas vezes estabelecem, em reunião conjunta da diretoria e do conselho fiscal. Essa investidura, bem se compreende, e com ela coincidem em geral os dispositivos estatutários, em primeiro lugar, é de caráter transitório, pois subsiste até a primeira assembléia-geral; e, em segundo lugar, submete-se à ratificação da assembléia-geral ordinária" (*ob. e vol. cits.*, pág. 1576).

Data venia de Romano Cristiano, a lição subsiste mesmo após o advento da Lei n.º 6404/76.

A nosso ver, havendo permissão estatutária, os diretores remanescentes podem nomear substituto provisório, pois, para tanto, estão expressamente autorizados pelo órgão máximo da companhia, que aprovou a lei interna, devendo a primeira assembléia-geral ordinária ratificar a nomeação, elegendo as pessoas escolhidas pelos diretores, ou eleger novos.

No silêncio do estatuto social, o substituto do diretor será eleito, aí sim, pelo órgão eleitor comum.

É evidente que, no caso de vaga do cargo de diretor, permitida a cooptação pelo estatuto social, o diretor, que fizer as vezes do afastado, apenas acumula as funções, não tendo, porém, pluralidade de votos nas reuniões do órgão.

4 — O IMPEDIMENTO DO MEMBRO DO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO E DA DIRETORIA

De acordo com *Aloysio Lopes Pontes*, "o impedimento, geralmente, e pela maneira mais acertada e prática, é resolvido pela acumulação, ficando um diretor — e não mais de um, por ser incorreta a distribuição de atribuições entre os diretores-encarregados do exercício das funções do ausente ou impedido, até que este retorne ao ativo exercício das mesmas" (*ob. e vol. cits.*, pág. 151). O impedimento é resolvido, também, pelo uso do expediente de eleger-se, desde logo, suplente de conselheiro e de diretor, para exercer, em caráter definitivo ou temporário, as funções do substituído.

Os doutrinadores aconselham que "os impedimentos temporários deverão ser previstos no estatuto" — (*Carvalhosa, ob. e vol. cits.*, pág. 125), havendo, ainda na vigência do Decreto-lei n.º 2627/40, *Valverde* advertido que, "nas sociedades anônimas brasileiras, onde

se segue a regra salutar da distribuição das funções ou poderes, pelos diretores, os estatutos não podem deixar de prever a hipótese" (*ob. e vol. cits.*, pág. 296).

E se, apesar do conselho e da advertência, os estatutos deixarem de prever a hipótese?

À luz do diploma das anônimas revogado, no "silêncio do estatuto, só a assembléa-geral tem competência para preencher a vaga ou nomear o substituto provisório, nos casos de ausência ou impedimento temporário do diretor" (*Valverde, ob. e loc. cits.*).

E agora, no regimen da lei nova, da lei em vigor?

É possível aplicar-se, aos casos de impedimento, as regras formuladas para contemplar o preenchimento de cargos vagos no conselho de administração e na diretoria?

Se partirmos do entendimento, para nós inconcusso, de que os vocábulos "vacância" e "impedimento" definem situações perfeitamente díspares, a resposta é não, pois, como visto, o artigo 150 tem por escopo disciplinar a substituição do membro do conselho de administração (*caput* e parágrafo primeiro) e do membro da diretoria (parágrafo segundo) em caráter permanente e definitivo, o que, obviamente, não se pode dar em qualquer dos casos de impedimento, pelo simples fato de o impedimento significar um afastamento transitório da direção dos negócios da companhia.

Qual, então, a solução para o problema?

As atribuições e poderes dos órgãos de administração da sociedade anônima ou decorrem da lei ou do estatuto social; se a lei é omissa e o estatuto também o é, das duas, uma: ou se convoca a assembléa-geral para deliberar a reforma do estatuto e a inserção de dispositivos que regulem a substituição dos administradores nos casos de impedimento, ou o membro do conselho de administração ou da diretoria impedido ficará sem substituto, por ser absolutamente vedado aos demais membros "nomearem" ou "elegerem" substituto sem prévia e expressa disposição legal ou estatutária, em face do que *Tullio Ascarelli* denominou de "princípio da competência privativa e inderrogável da assembléa" (*Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, Ed. Saraiva, 1969, 2.^a ed., pág. 353).

5 — ESPÉCIES DE ASSEMBLÉIA

Na vigência do Decreto-lei n.º 2627/40, quando vagava um cargo de diretor e os estatutos sociais não previam a hipótese, ensinavam os tratadistas que a assembléa-geral deveria preencher a vaga ou nomear substituto provisório, conforme se lê em Trajano de Miranda Valverde, *ob. e vol. cits.*, pág. 296, n.º 607; Aloysio Lopes Pontes, *ob. e vol. cits.*, pág. 150, n.º 407; Waldemar Ferreira, *ob. e vol. cits.*, pág. 1573, n.º 282; Rui Carneiro Guimarães, *ob. e vol. cits.*, pág. 75,

n.º 958; Cunha Peixoto, *ob. e vol., cits.*, pág. 57/58, n.ºs 938/939, não fazendo a doutrina distinção alguma entre assembléia-geral ordinária e extraordinária.

Ao comentarem o artigo 150 da Lei 6404/76, Darcy Arruda Miranda Jr., in *Breves Comentários à Lei das S.A.*, Ed. Saraiva, 1977, pág. 212; José da Silva Pacheco, in *Sociedades Anônimas e Valores Mobiliários*, Ed. Saraiva, 1977, vol. I, pág. 371, n.º 661; Roberto Barcellos de Magalhães, in *a Nova Lei das S.A. Comentada*, Ed. Freitas Bastos, 1977, vol. II, pág. 699, n.º 829; Wilson de Souza Campos Batalha, in *Comentários à Lei das S.A.*, Ed. Forense, 1977, vol. 2, pág. 688, e Egberto Lacerda Teixeira e José Alexandre Tavares Guerreiro, in *Das S. A. do Direito Brasileiro*, Ed. José Bushatsky, 1979, vol. 2, pág. 463, n.º 155, limitaram-se a repetir o texto legal, vale dizer, a falar em assembléia-geral, sem especificar se se trata de assembléia-geral ordinária ou assembléia-geral extraordinária.

Romano Cristiano, *ob. cit.*, pág. 96, e Sampaio Lacerda, *ob. cit.*, pág. 182, afirmam que a assembléia-geral, a que se refere o artigo 150, tanto pode ser a ordinária, quanto a extraordinária.

Fran Martins, entretanto, é taxativo, quando expõe: "Havendo nomeação de conselheiro para preencher o cargo que vagar, o nomeado servirá até a primeira assembléia-geral que se realizar. A lei não menciona se será assembléia-geral ordinária ou extraordinária, mas, no nosso entender, deve ser a primeira assembléia-geral ordinária" (*ob. e vol. cits.*, págs. 339/340, n.º 666).

Modesto Carvalhosa, a seu turno, afirma: "A assembléia-geral que elege os administradores substitutos é a ordinária (artigo 132), tendo em vista o prevalecimento da competência *ratione materiae* adotada pela nossa lei. No caso de vacância, durante os três últimos quadrimestres do exercício, a assembléia-geral ordinária será extraordinária, convocada para o fim de eleger os administradores substitutos. O fato de ser a assembléia-geral ordinária realizada fora do prazo não extingue a sua competência exclusiva na espécie, sendo plenamente eficaz a eleição nela feita em qualquer época do exercício social. Daí, não se pode falar em espera do próximo quadrimestre do ano seguinte para a eleição dos substitutos.

Embora se caracterize a assembléia-geral ordinária pela periodicidade, a sua convocação extraordinária impõem-se na hipótese, devendo os órgãos responsáveis chamá-la em prazo razoável, após decretada a vacância dos cargos na administração da companhia. Serão os administradores ou membros do conselho fiscal, conforme o caso, responsáveis pela procrastinação dessa convocatória.

Mesmo quando se der a vacância após a convocação da assembléia-geral ordinária, em que não conste a matéria, deverá ser feita nova convocação para esse específico fim. Tem o acionista o direito de previamente conhecer, por meio do regime de publicidade, que

no conclave serão eleitos administradores, não podendo ser surpreendidos por matérias de tal relevância, incluída, sem prévio aviso, nos trabalhos" (*ob. e vol. cits.*, pág. 124).

A nosso ver, a assembléia-geral, de que cuidam os artigos 150 e 141, § 3.º, da lei das anônimas, tanto pode ser a ordinária, quanto a extraordinária.

A uma, porque a Lei n.º 6404/76, no capítulo dedicado à Assembléia-geral (artigos 121 e segs.), diz que "compete privativamente à assembléia-geral... eleger ou destituir, a qualquer tempo, os administradores e fiscais da companhia" (artigo 122, inciso II), não fazendo, portanto, distinção alguma entre assembléia-geral ordinária e assembléia-geral extraordinária. E mais: quando o inciso II do artigo 122 atribui à assembléia-geral o poder de "eleger ou destituir, a qualquer tempo, os administradores", não pode estar querendo referir-se à assembléia-geral ordinária, que não se realiza a qualquer tempo, mas, exclusivamente, uma vez por ano na forma do disposto no artigo 132

A duas, porque o § 3.º do artigo 141, ao cuidar da substituição dos membros do conselho de administração, eleitos pelo processo do voto múltiplo, determina que a primeira assembléia-geral proceda à eleição de todo o conselho. Não é crível que o legislador pretenda deixar vagos todos os cargos durante o período de tempo que mediar entre o fato gerador de vacância e a data da realização da assembléia-geral ordinária.

A três, porque, do texto do artigo 150, sobretudo da parte final de seu *caput*, resta claro que, vagando a maioria dos cargos do conselho de administração, a assembléia-geral será, imediatamente, convocada, para eleger novos membros. Os acionistas, chamados às pressas para atender a uma situação de emergência, não estarão, em princípio, reunidos em assembléia-geral ordinária, salvo se a vacância ocorrer dentro dos quatro primeiros meses seguintes ao término do exercício social, se a diretoria já houver cumprido à risca o disposto no artigo 133 da Lei n.º 6404/76, e, ademais, se for de seu interesse realizar desde logo o conclave anual dos acionistas.

Ressalte-se, todavia, fazendo eco das palavras, sempre sábias, de *Fran Martins*, que, no caso de vacância do cargo de conselheiro, o substituto, nomeado pelos conselheiros remanescentes, servirá até a primeira assembléia-geral ordinária, pois é isso que deflui, claramente, do *caput* do artigo 150.

6 — O § 2.º DO ARTIGO 150 DA LEI N.º 6404/76

O parágrafo 2.º do artigo 150 da Lei n.º 6404/76 tem sido objeto de acerbas críticas.

Para melhor compreensão e acompanhamento do que passaremos a expor, é de todo conveniente repetir o inteiro teor do indigitado dispositivo, que diz:

“No caso de vacância de todos os cargos da diretoria, se a companhia não tiver conselho de administração, compete ao conselho fiscal, se em funcionamento, ou a qualquer acionista, convocar a assembléia-geral, devendo o representante de maior número de ações praticar, até a realização da assembléia-geral, os atos urgentes de administração da companhia”.

A — Quem poderá ser “representante”?

Os doutrinadores, após acentuarem que “o representante de maior número de ações” nem sempre será o acionista controlador (cf. *Fran Martins, ob. e vol. cits.* pág. 343; *Carvalhosa, ob. e vol. cits.*, pág. 128), asseveram que o representante poderá ser o próprio titular do maior número de ações da companhia, qualquer outro acionista ou mesmo terceiro estranho à sociedade.

À primeira vista parece incorreto dizer-se que o “representante” poderá ser o próprio acionista majoritário, fazendo crer, talvez, que o “representante” representaria ele mesmo. Não. A lei não fala em “representante” do titular do maior número de ações da companhia, mas em “representante de maior número de ações da companhia”. Assim, se o titular do maior número de ações quiser, ele será, a um só tempo, titular e representante dessa maioria; se não, se preferir nomear um terceiro, ele permanecerá titular da maioria das ações e nomeará um terceiro como representante de suas ações.

B — O que se entende por “representante”?

Nos comentários ao § 2.º do artigo 150, *Carvalhosa (ob. e loc. cits.)* e *Wilson de Souza Campos Batalha (ob. e vol. cits.,* pág. 689) proclamam, taxativamente, que o terceiro, nomeado pelo acionista detentor de maior número de ações da companhia, será um *negotiorum gestor*.

Data venia, a afirmação carece de fundamento, como veremos, a seguir.

A idéia da gestão de negócios originou-se no Direito Romano para remediar a situação inerente à administração dos bens de pessoas ausentes ou impedidas (Clóvis Bevilacqua, *Direito das Obrigações*, Ed. Rio, 1977, pág. 288, § 121) e era conceituada como um quase-contrato, por obrigar apenas o *negotiorum gestor* e não o *dominus negotii* (J. C. Moreira Alves, *Direito Romano*, Ed. Forense, 2.ª ed., 2.º vol., pág. 222, n.º 257); não obstante, hoje é tida entre

nós, pelo menos por enquanto, como contrato (Orlando Gomes, *Contratos*, Forense, 1978, pág. 460, n.º 308) e assim está disciplinada no Código Civil brasileiro (artigos 1331 e segs.), muito embora, retomando a vetusta tradição romana, o *Projeto de Código Civil*, em seus artigos 890 e segs., recoloca a gestão de negócios no lugar próprio, isto é, sob a epígrafe “dos atos unilaterais”.

As definições do instituto não variam de autor para autor, conforme se constata em *Clóvis Bevilacqua, ob. e loc. cits.*; *M. I. Carvalho de Mendonça, Contratos no Direito Brasileiro*, Forense, 1957, tomo I, pág. 273, n.º 116; *J. C. Moreira Alves, ob. e loc. cits.*; *Orlando Gomes, ob. e loc. cits.*; *Pontes de Miranda, Tratado de Direito Privado*, Ed. Rev. dos Tribunais, 1984, tomo XLIII, pág. 175, § 4.704, sendo, todavia, a de *M. M. de Serra Lopes* a mais completa, vazada nestes termos: “Trata-se de um instituto jurídico destinado a reger aquelas situações jurídicas de caráter obrigacional surgidas quando uma pessoa, por livre vontade e com espírito de solidariedade, intervém em negócio alheio, sem ter recebido qualquer autorização para fazê-lo e tão-só para evitar um prejuízo ao dono do negócio” (*Curso de Direito Civil*, Ed. Freitas Bastos, 1962, vol. V, pág. 20, n.º 5).

Da leitura dos nossos civilistas, ressalta claro que a intervenção do terceiro deverá ser sempre espontânea, realizada gratuitamente, feita por conta e risco do gestor, chegando *Pontes de Miranda* a garantir que “o gestor pode praticar atos de disposição, sem que a isso seja óbice exigir-se para tais atos forma especial de procuração” (*ob. e vol. cits.*, pág. 197, n.º 10), bem como os doutrinadores pátrios assegurarem que, no Direito brasileiro, o dono do negócio pode não-ratificar a gestão, desaprovando, assim, os atos praticados pelo *negotiorum gestor*.

É possível concluir, à vista do § 2.º do artigo 150, que “o representante de maior número de ações praticará os atos urgentes da companhia” por sua conta e risco, graciosamente, de forma voluntária e espontânea, sem haver sido chamado, só para evitar um prejuízo à sociedade, sujeitando-se à desaprovação da futura diretoria e a responder a eventual ação judicial pelos atos que praticou (artigo 1336 do Código Civil)?

Como conciliar a lição de *Pontes de Miranda* com a dicção da lei, que limita a atuação do representante à feitura de atos de administração, assim mesmo exclusivamente de atos urgentes de administração, nunca atos de disposição?

Não é, vê-se, pela leitura da doutrina pátria, de gestão de negócios que se trata. Do que se trata então?

Parece não haver dúvida de que a pessoa física, nomeada pelo majoritário, ou ele próprio, praticará “os atos urgentes de administração” em nome, por conta e risco da companhia, como seu legítimo representante na falta momentânea da diretoria.

A relação entre essa pessoa e a sociedade, tal qual a relação entre a sociedade e os diretores, não é de mandato, nem de locação de serviços, mas uma relação que advém da lei.

Por advir da lei, podemos dizer, com *Alfredo Rocco (Princípios do Direito Comercial*, Livraria Acadêmica, 1931, págs. 332 e segs., n.ºs 86 e segs. especialmente págs. 341/342, n.º 87), que estamos diante de uma forma especial de representação, de uma representação de caráter legal.

A nosso ver, quando a Lei das Sociedades por Ações brasileira legítima o acionista majoritário a praticar ele próprio, ou a nomear pessoa de sua confiança para que pratique, "os atos urgentes de administração", ela está criando uma representação legal, que dará suporte jurídico ao "representante de maior número de ações" para agir em nome da sociedade, obrigando-a perante terceiros, tal qual a obrigariam os seus diretores eleitos, independentemente dos benefícios e das vantagens, ou dos prejuízos e das desvantagens, que lhe advirão desses atos.

A pessoa física, temporária e excepcionalmente no exercício da administração, age em nome e por conta e risco da companhia, com fundamento numa norma legal que lhe outorga, nos estreitos limites estabelecidos pelo § 2.º do artigo 150, a representação orgânica da sociedade.

Rocco, em seu citado *Princípios de Direito Comercial*, fala de uma figura que guarda significativa semelhança com o "representante" instituído pela Lei n.º 6.404/76, que convém recordar à guisa de ilustração.

"Chama-se *institor*, expõe o eminente Professor, "aquele que exerce o comércio em nome e por conta de outra pessoa" (*ob. cit.*, pág. 333).

Após explicar que a figura do *institor* resulta da combinação de dois elementos, um interno (a estabilidade da relação que prende o *institor* ao dono dos negócios); outro externo (a natureza especial da representação de que está investido), *Rocco* afirma: "Mas o *institor* não é apenas um locador de serviços, é também (e em alguns casos é-o exclusivamente) um representante. A representação do *institor* deriva duma "procura" ou autorização representativa, conexa com o contrato de locação de serviços. Excepcionalmente, porém, pode acontecer que a representação institoria não derive duma "procura" mas venha a ser uma representação legal" (pág. 334).

Mas adiante acrescenta: "a representação do *institor* tem uma amplitude especial, bastante particular, devida à natureza também *sui generis* do encargo que lhe é confiado" (pág. 335).

Depois enfatiza: "com efeito, dizer que a representação se estende a todos os atos praticados pelo *institor* dentro dos limites do

comércio, é precisamente o mesmo que dizer que ela abrange todos os atos necessários e pertinentes ao comércio"... "contudo, também em sua forma mais ampla, a "procura" institória confere poderes que não são ilimitados" (pág. 341).

Adiante, deixa patente que o *institor* exerce o comércio em nome alheio e, assim, é na pessoa do proponente, patrão ou dono dos negócios, que afinal se refletem todos os efeitos jurídicos dos seus atos" (pág. 343).

Por fim, arremata:

"O caráter peculiar da representação institória, como representação essencialmente geral, manifesta-se ainda numa outra direcção, ou seja, em que, por disposição da lei (art. 375 do Código Comercial), à representação do Direito material ou substantivo se acha sempre ligada uma representação de Direito Processual ou adjectivo; isto é, o institor ou proposto pode sempre propor acções e ser chamado a juízo, em nome do patrão ou proponente, a respeito de todas as relações jurídicas resultantes dos actos por ele praticados no justo exercício do comércio que lhe está confiado (vide também Código Comercial, art. 872). Esta representação judicial acha-se por lei conexa com a representação nos negócios jurídicos: o conferimento da representação institória dá lugar, por disposição da própria lei, ao conferimento duma representação em juízo, que tem tido todo o aspecto duma representação não voluntária, mas legal (1). E que se trata duma representação legal, duma situação de facto, a que a lei associa este efeito jurídico, e não apenas duma extensão por presunção da representação voluntária, demonstra-o o facto de aquela representação judiciária abranger, no interesse de terceiros, todas as acções, qualquer que seja a relação jurídica de que possam derivar, e, portanto, não só as acções resultantes dos negócios jurídicos praticados pelo institor ou proposto, mas também as resultantes dos actos ilícitos por ele praticados. Isto basta para mostrar que não se trata, com efeito, duma extensão por presunção de "procura" institória, porque, evidentemente, esta abrangeria os negócios jurídicos praticados pelo institor, mas nunca poderia estender-se aos seus actos ilícitos.

"Do carácter legal desta representação resulta que ela não pode ser restringida, nem excluída, pelo proponente ou dono dos negócios, nem sequer mesmo na "procura" publicada" (pág. 342).

C — O que se entende por “maior número de ações”?

Por maior número de ações, deve-se entender a maioria das ações em que se divide o capital social, incluídas nesse cômputo as ações preferenciais sem direito de voto (art. 15, § 2.º), as ações ao portador (art. 112), as ações empenhadas e alienadas fiduciariamente (art. 113) e as ações gravadas com usufruto (art. 114), portanto todas as ações da companhia (com ou sem direito de voto, ou sujeitas a restrições no exercício desse direito), e não apenas as ações com direito de voto.

D — O que se entende por “atos urgentes”?

O Direito conhece, desde longa data, a dicotomia, clara no plano teórico e penosa na prática, entre ato de administração e ato de disposição, pois, como lembrava *Meira de Vasconcelos* nos idos de 1882, mas cuja lição se mantém atual, “não é possível estabelecer uma regra geral e absoluta para definir e distinguir os atos de administração e os atos dispositivos, porque esses atos somente podem ser determinados pela natureza e o fim social; portanto, o que para uma sociedade é ato de pura administração, para outra pode não ser” (*apud Valverde, ob. cit.*, pág. 308, n.º 615).

Cunha Peixoto, a propósito do tema, expõe: “no sentido comercial da palavra pode-se considerar como de administração todos os atos ordinários e necessários à exploração da sociedade. Embora seja difícil, *a priori*, relacionar os atos de administração, podemos enumerar como principais os seguintes:

a) a compra de todas as matérias-primas necessárias ao desenvolvimento da empresa, bem como a venda dos produtos fabricados, preparados;

b) a compra de máquinas, utensílios e aparelhos necessários ao exercício da indústria ou do comércio;

c) a venda das máquinas e aparelhos, quando indispensáveis para a renovação da indústria;

d) o arrendamento dos locais para instalação dos serviços da empresa;

e) contratar e despedir funcionários, fixando-lhes a remuneração;

f) rescindir as locações;

g) receber todas as dívidas de sociedades, inclusive judicialmente;

h) regularizar todas as contas, pagando os credores;

i) emitir títulos cambiais, letras de câmbio, promissórias, cheques, duplicatas;

j) representar a sociedade, em juízo ou na esfera administrativa” (*ob. e vol. cit.*, págs. 29/30, n.º 910).

A nosso ver, a Lei n.º 6.404/76 criou uma nova espécie, ou melhor, uma sub-espécie de ato de administração, um ato de administração restrito, que não se aproxima, evidentemente, do ato de disposição, nem é, também, propriamente, embora a ele se assemelhe e tenha intrinsicamente a mesma natureza, um ato de administração, para ser praticado apenas durante um período de emergência de curta duração por indispensável ao funcionamento da companhia.

No exame da validade desse ato, há que se considerar sempre o objeto social da empresa, pois, como advertiu *Meira de Vasconcellos*, "para uma sociedade o ato pode ser de pura administração, para outra, não".

Regra geral, todavia, o ato de administração, de que fala a Lei n.º 6.404/76 em seu artigo 150, é o ato de mera rotina, de simples conservação do patrimônio social, que o "representante", na falta episódica dos diretores eleitos, deve praticar, vedado, entretanto, ao representante, em sua rápida gestão, comprometer o ativo da sociedade, contraindo obrigações através da emissão de promissórias, aceite de letras de câmbio, assunção de dívidas, etc.

E — Até quando "o representante de maior número de ações" pratica "os atos urgentes de administração da companhia"?

De acordo com o § 2.º do artigo 150, somente até a realização da assembléia-geral que eleger a nova diretoria, pois, nessa data, os novos diretores serão investidos, obrigatoriamente, nos seus cargos mediante assinatura de termo de posse no livro de atas da diretoria.

Carvalhosa, ao examinar o texto legal, diz o seguinte: "sendo indelegáveis a qualquer outro órgão da companhia as funções de representação da diretoria, a lei determina que, no intervalo entre a vacância de todos os diretores e a investidura dos novos, a companhia seja administrada por um gestor de negócios. É assim que deve ser entendido o texto da lei que, no aodamento de sua aprovação, fala em "realização da assembléia" e não em investidura. Tem o eleito direito de não aceitar o cargo. Daí ser insuficiente, embora necessário, o ato de sua eleição, cujos efeitos, no que respeita à companhia, somente se aperfeiçoam com a investidura" (*ob. e vol. cits.*, pág. 128).

No nosso entender, o propósito do legislador, dadas as circunstâncias peculiares do caso, foi fixar uma data certa para a investidura da nova diretoria, afastando-se da regra geral que não estabelece um dia certo para a posse — *v. g.*, a data da assembléia-geral —, mas um prazo certo — o período de tempo, não superior a trinta dias, que mediar entre a data da "nomeação" (*dies a quo*) e o trigésimo dia seguinte (*dies ad quem*), salvo justificação aceita pela diretoria. No caso específico de investidura da nova diretoria, eleita em decorrência do disposto no art. 150, § 2.º, o diploma das anônimas esta-

belece que os novos diretores devem assumir a administração imediatamente após a realização da assembléia-geral, com a intenção manifesta de fazer cessar, naquela oportunidade, o *regimen* de administração extraordinária, que vigiu, temporária e excepcionalmente, para que a companhia, na falta de diretores, não ficasse acéfala.

F — *O acionista, que nomear representante, não sendo controlador, mas apenas majoritário, tem os deveres e responsabilidades do acionista controlador na forma do disposto no artigo 116 da Lei n.º 6404/76?*

A nossa lei das sociedades anônimas disciplinou, de forma pioneira, a figura e as atividades do acionista controlador, acolhendo, dessarte, a tese de *Berle e Means* de que há uma dissociação entre controle da sociedade e propriedade das ações, e, em conseqüência, afastou-se do sistema majoritário, que parte do pressuposto de que, quem corre o risco do capital, deve comandar a empresa.

Todavia, no caso específico do § 2.º do artigo 150, a Lei n.º 6404/76, mais uma vez excepcionando uma regra geral, não concede ao controlador a faculdade de “nomear representante”, mas, sim, como já exaustivamente mencionado, legitima o “representante de maior número de ações”, ele próprio, ou quem ele nomeie, a praticar os atos urgentes de administração ordinária da companhia.

Dessa forma, não sendo o acionista, que nomear representante, controlador, mas apenas majoritário, não se lhe aplicam as normas dos artigos 116 e 117 da Lei do Anonimato.

Eventuais irregularidades, atos fraudulentos, danos e prejuízos, causados à companhia pela pessoa nomeada pelo majoritário, serão, entretanto, de responsabilidade desse acionista majoritário, consoante a chamada concepção realista da pessoa jurídica, devendo o intérprete prescindir da estrutura formal da sociedade para nela penetrar até descobrir seu substrato pessoal e patrimonial e coibir qualquer abuso de direito por meio da pessoa jurídica.

G — *Requisitos para a investidura do representante*

É curial que o representante deva preencher os mesmos requisitos que são exigidos pelo art. 146 e 147 da Lei n.º 6404/76 para eleição do administrador da companhia, cumprindo-lhe fazer prova de sua qualificação e do atendimento dos requisitos legais antes do ato de nomeação, arquivando-se cópia autêntica dos documentos comprobatórios na sede social (art. 147).

H — *Ato de nomeação do representante*

O ato de nomeação do representante poderá ser formalizado ou através de uma ata de reunião dos acionistas presentes na sede da

companhia por ocasião da vacância de todos os cargos da diretoria, ou, então, através de uma declaração do acionista majoritário, na hipótese de estarem ausentes os outros acionistas ou se recusarem a participar da reunião, devendo a ata, ou a declaração, depois de arquivada no registro do comércio, ser publicada (par. único do art. 146 da Lei n.º 6404/76).

7 — DISPOSIÇÕES DIVERSAS

Na nomeação, eleição e posse do membro do conselho de administração substituto e na eleição e posse do diretor substituto, aplicam-se as normas relativas a requisitos, impedimentos, investidura e remuneração dos administradores, previstas nos artigos 146 a 149 e 152 da Lei das Anônimas.