



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.536.949 - SP (2012/0044971-9)

RELATOR : **MINISTRO MARCO BUZZI**
R.P/ACÓRDÃO : **MINISTRO RAUL ARAÚJO**
RECORRENTE : AUGUSTO CÉSAR DIEGUES GOMES
RECORRENTE : RODOLFO VOLK
RECORRENTE : M COHEN PROPAGANDA LTDA
RECORRENTE : MARIO COHEN
ADVOGADOS : SÉRGIO SILVEIRA BANHOS - DF013415
MARCELO LAMANNA DE CAMPOS MAIA DÓRIA - SP194560
RECORRENTE : MARIA CAROLINA ALVARES FERRAZ
ADVOGADOS : ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO E OUTRO(S) -
DF004107
RODRIGO CÂNDIDO DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - RJ064790
PAULA MENNA BARRETO MARQUES E OUTRO(S) - RJ165772
RECORRIDO : TRIBECA PROPAGANDA PUBLICIDADE E PARTICIPAÇÕES
LTDA
ADVOGADOS : VICENTE COELHO ARAÚJO - DF013134
DIÓGENES MENDES GONÇALVES NETO E OUTRO(S) - SP139120

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E EMPRESARIAL. SOCIEDADE ANÔNIMA. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRA ADMINISTRADOR (LEI 6.404/76, ART. 159): AÇÃO SOCIAL *UT UNIVERSI*, AÇÃO SOCIAL *UT SINGULI* (§§ 3º E 4º) E AÇÃO INDIVIDUAL (§ 7º). AÇÃO INDIVIDUAL. DANO CAUSADO DIRETAMENTE À ACIONISTA MINORITÁRIA. LEGITIMIDADE ATIVA. CORRÉUS QUE PARTICIPARAM OU OBTIVERAM BENEFÍCIO PATRIMONIAL. LEGITIMIDADE PASSIVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA (ART. 158, § 5º, DA LEI DAS S/A) OU LIMITADA AO PROVEITO ECONÔMICO. LUCROS CESSANTES NÃO REQUERIDOS NA INICIAL. VALORES PERTENCENTES EXCLUSIVAMENTE À COMPANHIA LESADA. JULGAMENTO *ULTRA PETITA*. OCORRÊNCIA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Nos danos causados diretamente à companhia, são cabíveis as ações sociais *ut universi* e *ut singuli*, esta obedecidos os requisitos exigidos pelos §§ 3º e 4º do art. 159 da Lei das S/A.

2. A ação individual prevista no § 7º do art. 159 da Lei 6.404/76 tem por finalidade reparar o dano experimentado pelo próprio acionista, isto é, o dano direto causado ao titular de ações por ato do administrador; não depende de deliberação da assembleia-geral para ser proposta, tendo como legitimados qualquer acionista ou terceiro, diretamente prejudicados por ato de administrador.

3. Os fatos descritos nos autos e os resultados deles decorrentes apontam para a existência de prejuízos diretos e efetivos não só para a sociedade empresária lesada, mas também para a promovente acionista, detentora de expressivo percentual do capital social. Com efeito, os atos irregulares atribuídos aos réus pelas instâncias ordinárias, de transferência dos ativos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da companhia primitiva para uma nova empresa, idêntica à primitiva, por eles criada, ainda que possam ter implicado, em um primeiro momento, o esvaziamento patrimonial da companhia primitiva e, por consequência, a sua extinção ou paralisação - prejuízo direto à sociedade, portanto -, implicaram, também, evidente e direto prejuízo à autora, somente a esta sócia, e não ao outro sócio controlador, na medida em que a promovente detinha 49% das ações. Ao sócio controlador e aos demais réus restou a novel sociedade, constituída a partir do patrimônio da sociedade extinta.

4. O simples fato de não serem administradores da companhia primitiva é, em princípio, insuficiente para, por si só, caracterizar a ilegitimidade passiva dos corréus, tendo em vista o disposto no art. 158, § 5º, da Lei das S/A. No caso, ademais, conforme foi afirmado pelo eg. Tribunal de origem, *"todos os corréus participaram ou obtiveram benefício patrimonial com o esvaziamento da empresa"*. Cabe verificar, portanto, os limites da responsabilidade de cada corréu em decorrência dos fatos reconhecidos pela eg. Corte estadual no julgamento do mérito de procedência da ação.

5. Especificamente quanto aos réus responsabilizados pela Corte Estadual exclusivamente em razão de que teriam tido *"proveito econômico com os atos narrados nos autos"*, a responsabilidade destes deve ficar restrita ao proveito econômico que tiveram ao assumir a qualidade de sócios da nova sociedade criada a partir do desvio de patrimônio da antecedente. O fato de aceitarem a condição de sócio minoritário da nova empresa, por si só, não caracteriza atuação dolosa, pois não há referência sobre terem ciência ou participação direta nos atos dolosos reconhecidos no v. acórdão estadual.

6. Os lucros cessantes, na hipótese, seriam auferidos pela própria companhia lesada, não pela sócia minoritária, e nem sequer foram requeridos na inicial, daí por que a inclusão destes na condenação caracteriza julgamento *ultra petita*.

7. Recurso especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Antonio Carlos Ferreira negando provimento ao recurso especial, acompanhando a divergência instaurada pelo Ministro Luis Felipe Salomão, a Quarta Turma, por maioria, decide dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Ministro Raul Araújo, que lavrará o acórdão.

Brasília, 06 de setembro de 2016(Data do Julgamento)

MINISTRO RAUL ARAÚJO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.536.949 - SP (2012/0044971-9)

RECORRENTE : AUGUSTO CÉSAR DIEGUES GOMES
RECORRENTE : RODOLFO VOLK
RECORRENTE : M COHEN PROPAGANDA LTDA
RECORRENTE : MARIO COHEN
ADVOGADOS : SÉRGIO SILVEIRA BANHOS
MARCELO LAMANNA DE CAMPOS MAIA DÓRIA
RECORRENTE : MARIA CAROLINA ALVARES FERRAZ
ADVOGADOS : ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO E OUTRO(S)
RODRIGO CÂNDIDO DE OLIVEIRA E OUTRO(S)
PAULA MENNA BARRETO MARQUES E OUTRO(S)
RECORRIDO : TRIBECA PROPAGANDA PUBLICIDADE E PARTICIPAÇÕES
LTDA
ADVOGADOS : VICENTE COELHO ARAÚJO
DIÓGENES MENDES GONÇALVES NETO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO MARCO BUZZI (Relator):

Cuida-se de recurso especial, interposto por MARIO COHEN e OUTROS, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas "a" e "c" da Constituição Federal, em desafio a acórdão proferido em apelação cível pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

Depreende-se dos autos que TRIBECA PROPAGANDA PUBLICIDADE E PARTICIPAÇÕES LTDA ajuizou ação condenatória em face de M. COHEN PROPAGANDA LTDA, MARIO COHEN, AUGUSTO CÉSAR DIEGUES GOMES, RODOLFO VOLK e MARIA CAROLINA ALVARES FERRAZ, objetivando fossem os demandados compelidos ao ressarcimento dos prejuízos havidos com a depreciação fraudulenta da participação acionária que a autora detinha na empresa "FUTURA PROPAGANDA S/A", sob direção/administração do segundo corréu, consistente no desvio de toda a clientela, transferência da marca 'FUTURA SMS' e dos ativos tangíveis da companhia para a empresa M. Cohen Propaganda Ltda. e tomada do ponto comercial onde funcionava a sede social de Futura.

Segundo consta, em 22 de outubro de 1993, a demandante realizou investimento como **acionista majoritária de Futura, Scali, McCabe, Sloves Propaganda S/A**, cujo nome comercial fora posteriormente alterado para **Futura Propaganda S/A**; e, em **05/05/1994**, cedeu e transferiu ao corréu Mario Cohen (Presidente do Conselho Deliberativo da empresa) 16.792 ações ordinárias



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nominativas, passando, assim, à condição de **sócia minoritária**, ficando o demandado **Mario Cohen como acionista majoritário**.

O acionado Mario Cohen, então sócio majoritário, administrador, representante legal e controlador da sociedade Futura teria logrado aprovar, à unanimidade, porém mediante induzimento a erro da sócia minoritária, nas assembleias gerais extraordinárias ocorridas em 30/10/1996 e 27/03/1997, a mudança social da sede social de Futura e a alteração da denominação social desta para **Bold Propaganda S/A**.

Em 22/04/1997, o sócio majoritário constituiu uma nova empresa para si e os demais requeridos desta ação denominada Futura Propaganda S/A, posteriormente M. Cohen Propaganda Ltda, estabelecida no mesmo endereço onde era a sede da "Futura", utilizando-se e transferindo todos os ativos tangíveis e intangíveis (equipamentos, funcionários, clientela) da companhia administrada, cujo nome comercial havia sido alterado na assembleia de 27/03/1997 para **Bold Propaganda S/A**.

Segundo a autora, as modificações realizadas pelas assembleias ensejaram a que a empresa passasse a ser uma sociedade inoperante, sediada em um lava-rápido abandonado, sem qualquer fonte de renda e desprovida da marca notória que a tornou conhecida no mercado "Futura SMS", visto que a insígnia foi transferida em 17/03/1997 à Fundação Roberto Marinho, pelo valor de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), com a retroautorização para que a nova empresa de Mario Cohen pudesse dela usufruir.

Após contestação, instrução probatória, realização de perícias e restauração de autos, o magistrado *a quo*, pela sentença de fls. 2790-2796, julgou improcedente o pedido, aduzindo, em síntese, a ilegitimidade ativa da autora por demandar prejuízos indiretos e, acrescentou ainda que, acaso não acolhida esta tese em superior instância, desde logo reconhecia a ilegitimidade passiva dos réus M. Cohen Propaganda Ltda, Augusto Diegues Gomes, Maria Carolina Alvarez Ferraz e Rodolfo Volk, bem ainda, a ausência de nexo causal entre os fatos narrados na inicial e a condição falimentar experimentada pela Bold/Futura.

O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, de sua vez, deu provimento à apelação da autora nos termos da seguinte ementa:

LEGITIMIDADE ATIVA 'AD CAUSAM' - INDENIZAÇÃO POR DANOS - AÇÃO AJUIZADA POR SÓCIO MINORITÁRIO DE SOCIEDADE ANÔNIMA - ADMISSIBILIDADE - DIREITO DE EXIGIR, EM NOME PRÓPRIO,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RESSARCIMENTO DOS PREJUÍZOS DECORRENTES DE ATOS LESIVOS PRATICADOS PELA DIRETORIA - PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS - PRELIMINAR REJEITADA.

LEGITIMIDADE PASSIVA - CORRÉUS QUE PARTICIPARAM OU OBTIVERAM BENEFÍCIO PATRIMONIAL COM O ESVAZIAMENTO DA PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA DA SÓCIA MINORITÁRIA - PRELIMINAR REJEITADA.

SOCIEDADE ANÔNIMA - INDENIZAÇÃO POR DANOS DECORRENTES DA DESVALORIZAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA DA SÓCIA MINORITÁRIA - USURPAÇÃO, PELO ACIONISTA CONTROLADOR, DE TODO O PATRIMÔNIO TANGÍVEL E INTANGÍVEL DA SOCIEDADE, COM SUA TRANSFERÊNCIA PARA OUTRA EMPRESA POR ELE CONSTITUÍDA CONJUNTAMENTE COM DOIS DOS CORRÉUS - FATO BEM DEMONSTRADO NOS AUTOS - APURAÇÃO DA INDENIZAÇÃO RELEGADA PARA A FASE DE LIQUIDAÇÃO - AÇÃO PROCEDENTE - AGRAVOS RETIDOS NÃO CONHECIDOS - RECURSO DA AUTORA PROVIDO.

Opostos embargos de declaração, foram esses rejeitados pelo acórdão de fls. 2936-2941.

Nas razões do recurso especial (fls. 2960-2981), além de dissídio jurisprudencial, alegam os réus violação aos artigos 267, inciso VI, 458, inciso II, e 460 do Código de Processo Civil; 158, "caput" e § 1º, 159, § 7º, da Lei das Sociedades Anônimas; 159 e 884 do Código Civil.

Sustentam, em síntese:

a) nulidade do acórdão recorrido em razão de não ter analisado/avaliado as questões de fato e documentos imprescindíveis ao desate da controvérsia relacionada à alegada cobrança dúplice, em ação diversa, dos mesmos danos pleiteados nesta demanda;

b) ilegitimidade ativa e ausência de interesse de agir da autora para pleitear eventual ressarcimento de supostos prejuízos experimentados pela Futura, uma vez que constitui sócia minoritária da empresa de propaganda; e, somente aquele que teve prejuízo direto tem legitimidade para pleitear indenização pelos danos experimentados;

c) ilegitimidade passiva dos corréus que não foram ex-administradores da companhia Futura, haja vista que a presente demanda fora ajuizada "por ato do administrador";

d) julgamento *ultra petita* no que tange aos lucros cessantes, que além de não terem sido objeto da petição inicial, promovem o enriquecimento ilícito da autora dado o efeito *bis in idem* provocado.

Contrarrazões às fls. 3003-3026.

O juízo de admissibilidade proferido pelo Tribunal de origem negou



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

seguimento ao recurso especial ante o óbice da súmula 7/STJ e ausência de demonstração adequada do dissídio jurisprudencial.

Daí o agravo (fls. 3054-3069) no qual buscou destrancar o processamento do recurso especial.

Em decisão monocrática (fls. 3103-3104), este signatário aplicou o óbice da súmula 284/STF, ao argumento de que nas razões do recurso especial, "os recorrentes fizeram um breve resumo da causa e alegaram algumas questões, tais como ilegitimidade ativa e ausência de interesse, ilegitimidade passiva e julgamento *ultra petita*. No entanto, não deixaram claro, de forma expressa, quais os dispositivos de lei que estariam sendo violados e o porquê da negativa de vigência".

Irresignados interpuseram agravo regimental (fls. 3107-3125), aduzindo a inaplicabilidade do referido óbice, em razão de o recurso abordar adequadamente as teses controvertidas, de ter apresentado e demonstrado todas as violações legais.

O colegiado desta Quarta Turma (fls. 3145-3150) negou provimento ao agravo regimental, mantendo a negativa de seguimento ao apelo extremo ante óbice da súmula 284/STF.

Opuseram embargos de declaração (fls. 3153-31363), os quais foram acolhidos, com efeitos infringentes, para anular o acórdão de fls. 3.145-3.149 e a decisão monocrática de fls. 3.103-3.104, determinando-se a reautuação do agravo como recurso especial para posterior inclusão do feito em pauta.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.536.949 - SP (2012/0044971-9)

EMENTA

RECURSO ESPECIAL - AÇÃO CONDENATÓRIA AJUIZADA POR SÓCIO MINORITÁRIO DE SOCIEDADE ANÔNIMA, EM NOME PRÓPRIO, OBJETIVANDO O RESSARCIMENTO DOS PREJUÍZOS DECORRENTES DE ATOS LESIVOS PRATICADOS PELO ADMINISTRADOR - TRIBUNAL A QUO QUE ASSEVEROU A LEGITIMIDADE DAS PARTES PARA FIGURAREM NA DEMANDA E CONDENOU OS RÉUS A INDENIZAÇÃO POR DANOS DECORRENTES DA DESVALORIZAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA DA ACIONISTA MINORITÁRIA DECORRENTE DE USURPAÇÃO, PELO ADMINISTRADOR, DE TODO O PATRIMÔNIO TANGÍVEL E INTANGÍVEL DA SOCIEDADE.

1. Não prospera a tese acerca da alegada nulidade do julgado face a ausência de fundamentação adequada ao correto deslinde da controvérsia. A apontada afronta ao art. 458, II, do CPC não ficou caracterizada, haja vista ter o Tribunal estadual analisado todas as questões que lhe foram oportunamente devolvidas, declinando expressamente as razões consideradas relevantes para a formação de seu convencimento.

2. É pacífico o entendimento nesta Corte Superior de que as condições da ação, aí incluída a legitimidade para a causa, devem ser aferidas com base na teoria da asserção, isto é, à luz das afirmações deduzidas na petição inicial.

3. É consenso na doutrina e jurisprudência que, em regra, os danos diretamente causados à sociedade refletem indiretamente a todos os seus acionistas, motivo pelo qual, salvo exceções, com o ressarcimento dos prejuízos à companhia ficam revertidas as perdas sofridas pelos acionistas. Nessa medida, acaso os danos narrados na inicial não tenham sido diretamente causados aos sócios minoritários, não detêm eles legitimidade ativa para a propositura de ação individual com base no art. 159, § 7º, da Lei das Sociedades por Ações. Precedentes.

4. Na hipótese ora em foco, os atos reputados irregulares somente tem efeito indireto à autora, motivo pelo qual não detém ela legitimidade ativa/interesse de agir para a propositura de ação individual fulcrada no referido regramento. Os eventuais prejuízos diretos, acaso tenham ocorrido, foram à própria companhia que teve seu patrimônio supostamente esvaziado em decorrência do desvio de clientela, transferência de ativos e da marca, bem ainda decorrente da tomada do ponto comercial.

5. Embora considerada a ilegitimidade ativa da autora, não se afigura despicienda a menção, também, acerca da ilegitimidade passiva de diversos corréus apontados como causadores dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alegados prejuízos indiretos da acionista minoritária, visto que os fatos sobre os quais fora a demanda lastrada não determinam - fora o estabelecido com o administrador - qualquer vínculo capaz de denotar tenham contribuído para a má/inadequada/irregular administração da companhia.

7. Recurso especial provido, a fim de, nos termos do artigo 267, inciso VI, do CPC, julgar extinto o feito, sem julgamento de mérito, ante a ausência de pressuposto processual.

VOTO VENCIDO

O SR. MINISTRO MARCO BUZZI (Relator):

O recurso especial merece prosperar, em parte, relativamente à ausência de legitimidade ativa/interesse de agir da autora, por retratar, a petição inicial, meros danos indiretos havidos em face da acionista minoritária e, em virtude da ilegitimidade passiva de corréus que não figuravam como administradores da companhia.

1. Primeiramente, não prospera a tese acerca da alegada nulidade do julgado face a ausência de fundamentação adequada ao correto deslinde da controvérsia.

A motivação das decisões do Poder Judiciário, tal como resulta da letra do inciso IX do art. 93 da Constituição da República e dos arts. 165 e 458 do CPC, é condição absoluta de sua validade e, portanto, pressuposto de eficácia, consubstanciando-se na definição suficiente dos fatos e do direito que a sustentam, de modo a certificar a realização da hipótese de incidência da norma e os efeitos dela resultantes, o que ocorreu no presente caso.

Assim, a apontada afronta ao art. 458, II, do CPC não ficou caracterizada, haja vista ter o Tribunal estadual analisado todas as questões que lhe foram oportunamente devolvidas, declinando expressamente as razões consideradas relevantes para a formação de seu convencimento. Desse modo, não há qualquer vício de fundamentação a inquinar de nulidade o acórdão recorrido.

2. Passada a preliminar, temos que, conforme a Lei nº 6.404/76 (dispõe sobre as sociedades por ações), em regra, "*o **administrador** não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão*". Entretanto, responde civilmente pelos prejuízos que causar, quando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

proceder dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo (art. 158, I), ou com violação à lei ou ao estatuto/contrato social (art. 158, II). Tal responsabilização é direta, não havendo que se falar em desconsideração da personalidade jurídica.

O artigo 159, por sua vez, prevê que compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembléia geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio, incluindo em seu parágrafo 7º que a ação prevista no *caput* do artigo não exclui aquela prevista ao acionista ou terceiro **diretamente** prejudicado **por ato de administrador**, como é o presente caso.

Cuidam as normas em questão das hipóteses de responsabilidade dos administradores e dos instrumentos postos à disposição da companhia, seus acionistas e terceiros ofendidos, a fim de buscar a reparação de danos ocasionados por atos ilícitos produzidos pelos administradores no exercício de suas funções.

Estando a conduta do administrador (ação ou omissão) contida no âmbito dos poderes regulares de gestão e que são ínsitos à função administrativa, a responsabilidade civil apenas sucederá quando e se comprovada a existência de dolo específico ou eventual (vontade manifesta de causar o prejuízo, ou a assunção consciente do risco de produzi-lo) ou, ainda, nos casos de culpa (imperícia, imprudência ou negligência).

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes desta Corte Superior:

PROCESSO CIVIL E COMERCIAL. SOCIEDADE ANÔNIMA. AÇÃO SOCIAL ORIGINÁRIA. ART. 159, LEI 6.404/76. RESPONSABILIDADE DOS EX-DIRETORES. DOUTRINA. APURAÇÃO FUNDADA NO CONJUNTO PROBATÓRIO. REEXAME. IMPOSSIBILIDADE NA VIA DO RECURSO ESPECIAL. JUROS MORATÓRIOS. TERMO INICIAL DE INCIDÊNCIA. ATOS ILÍCITOS. RESPONSABILIDADE CIVIL EXTRA CONTRATUAL. ENUNCIADO Nº 54 DA SÚMULA/STJ. HONORÁRIOS DE ADVOGADO. CONDENAÇÃO DE TRÊS DOS RÉUS. APLICAÇÃO DO ART. 20, § 3º, CPC. PEDIDO IMPROCEDENTE EM RELAÇÃO A UM DOS RÉUS. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO. APRECIACÃO EQÜITATIVA. ART. 20, § 4º, CPC. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...)

II – A "ação social originária", segundo a boa doutrina, é ajuizada pela companhia contra seus (ex-)administradores, com o fim de obter o ressarcimento de prejuízo causado ao patrimônio social, seja por terem agido com culpa ou dolo, seja por terem violado a lei ou o estatuto. (...)

(REsp 279.019/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, QUARTA TURMA, julgado em 13/03/2001, DJ 28/05/2001, p. 202)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. EXECUÇÃO FISCAL. RESPONSABILIDADE DE SÓCIO-GERENTE. LIMITES. ART. 135, III, DO CTN. UNIFORMIZAÇÃO DA MATÉRIA PELA 1ª



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SEÇÃO DESTA CORTE. PRECEDENTES.(...)

4. Em qualquer espécie de sociedade comercial, é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. **Os diretores não respondem pessoalmente pelas obrigações contraídas em nome da sociedade, mas respondem para com esta e para com terceiros solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do estatuto ou lei (art. 158, I e II, da Lei nº 6.404/76).** (...)

9. Agravo regimental não-provido.

(AgRg no REsp 1034227/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/05/2008, DJe 04/06/2008)

É de curial importância reiterar que, principalmente nas sociedades anônimas, impera a regra segundo a qual **apenas os administradores da companhia e seu acionista controlador podem ser responsabilizados pelos atos de gestão e pela utilização abusiva do poder**; sendo certo, ainda, que a responsabilização deste último exige prova robusta de que tenha usado efetivamente o seu poder para dirigir as atividades sociais e orientar os órgãos da companhia.

Por atos praticados nos limites dos poderes estatutários, o administrador assume responsabilidade de meio e não de resultado, de modo que somente os prejuízos causados por culpa ou dolo devem ser suportados por ele. Daí por que, em regra, erros de avaliação para atingir as metas sociais não geram ônus de reparação civil do administrador perante a companhia, se não ficar demonstrada a falta de diligência que dele se esperava (art. 153 da LSA).

2.1 Ainda, antes de passar ao exame da matéria controvertida propriamente dita, cabe fazer uma breve explanação acerca das condições de ação: a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual (art. 267, VI, do CPC).

No tocante à verificação das condições da ação pelo magistrado, divide-se a doutrina em duas grandes correntes: teoria concretista e teoria da asserção.

Alexandre Freitas Câmara bem explana o assunto:

Divide-se a doutrina, sobre o tema, em duas grandes correntes. Uma primeira, liderada por *Liebman* e que conta com a adesão, entre outros, de

Dinamarco e de *Oreste Nestor de Souza Laspro*, considera que a presença das “condições da ação” deve ser demonstrada, cabendo, inclusive, produzir provas para convencer o juiz de que as mesmas estão presentes. De outro lado, uma segunda teoria, chamada “teoria da asserção”, segundo a qual a verificação da presença das “condições da ação” se dá à luz das afirmações feitas pelo demandante em sua petição



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

inicial, devendo o julgador considerar a relação jurídica deduzida em juízo *in statu assertionis*, isto é, à vista do que se afirmou. Deve o juiz raciocinar admitindo, provisoriamente, e por hipótese, que todas as afirmações do autor são verdadeiras, para que se possa verificar se estão presentes as condições da ação. Defendem essa teoria, entre outros, *Barbosa Moreira* e *Watanabe*. Na mais moderna doutrina estrangeira, encontra-se adesão a essa teoria em *Elio Fazzalari*.

As duas teorias podem levar a conclusões antagônicas em um caso concreto. Basta pensar, por exemplo, numa demanda em que o autor afirma ser credor do réu, sendo a obrigação originária de contrato de mútuo, e pedindo sua condenação ao pagamento da dívida. Restando provado, no curso do processo, que a obrigação era originária de uma aposta, a teoria da asserção levará ao julgamento da improcedência do pedido, uma vez que as "condições" estariam todas presentes (já que, na petição inicial, afirmou-se que a obrigação se originara em um contrato de mútuo, sendo assim possível juridicamente a demanda); de outro lado, para a teoria que exige a demonstração da existência das "condições da ação", o caso seria de "carência de ação", e conseqüente extinção do processo sem resolução do mérito, por ser a demanda juridicamente impossível.

(CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil: Volume 1. São Paulo: Atlas, 2013, p. 154/155)

No âmbito deste Superior Tribunal de justiça, tem prevalecido a orientação jurisprudencial no sentido de que o exame das condições da ação deve ser realizado com base na teoria da asserção, isto é, à luz das afirmações deduzidas na petição inicial, dispensando-se qualquer atividade probatória por parte do órgão julgador. A análise, todavia, deve sofrer limitação pela proporcionalidade e pela razoabilidade a fim de que seja evitado o abuso do direito por parte daqueles que demandam perante o Poder Judiciário.

Conforme esclarecido por esta Corte no julgamento do AgRg no AREsp 605732/SP, de relatoria deste subscritor, Quarta Turma, DJe 02/06/2015, "*a teoria da asserção estabelece direito potestativo para o autor do recurso de que sejam consideradas as suas alegações em abstrato para a verificação das condições da ação, entretanto essa potestatividade deve ser limitada pela proporcionalidade e pela razoabilidade, a fim de que seja evitado abuso do direito. Assim, faltará legitimidade quando possível concluir, desde o início, a partir do que deduzido na petição inicial, que o processo não se pode desenvolver válida e regularmente com relação àquele que figura no processo como autor ou como réu. Quando, ao contrário, vislumbrada a possibilidade de sobrevir pronunciamento de mérito relativamente a tais pessoas, acerca do pedido formulado, não haverá carência de ação*".

No mesmo sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AQUISIÇÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS POR INTERMÉDIO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. TEORIA DA ASSERÇÃO. PRECEDENTES. PRESCRIÇÃO. PRAZO. TERMO INICIAL. CIÊNCIA DA LESÃO. TEORIA DA ACTIO NATA. MOMENTO DA OCORRÊNCIA DA CIÊNCIA INEQUÍVOCA. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. Não há ilegitimidade passiva nas hipóteses em que a pertinência subjetiva do réu em relação à pretensão deduzida em juízo torna-se evidente à luz da teoria da asserção, segundo a qual as condições da ação devem ser aferidas tomando como pressuposto, provisoriamente, apenas em juízo de admissibilidade da demanda, as próprias afirmações ou alegações contidas na petição inicial, dispensando-se qualquer atividade probatória.

2. É inviável o recurso especial que pretende modificar premissa fática assentada no acórdão do Tribunal a quo, para ver reconhecido que a configuração da ciência inequívoca da lesão, para fins de início do prazo prescricional, se deu em data diversa daquela acolhida pela Corte de origem. Súmula n. 7 do STJ.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 740588/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 27/10/2015, DJe 16/11/2015) (grifou-se)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO DE SEGURO ANEXO A COMPRA E VENDA DE IMÓVEL. NEGATIVA DE COBERTURA DIANTE DA OCORRÊNCIA DO SINISTRO. ALEGAÇÃO DE FALHA DA CONSTRUTORA NA INTERMEDIÇÃO DA CONTRATAÇÃO DO SEGURO. LEGITIMIDADE PASSIVA DEMONSTRADA. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. É pacífico o entendimento nesta Corte de que as condições da ação, aí incluída a legitimidade para a causa, devem ser aferidas com base na teoria da asserção, isto é, à luz das afirmações deduzidas na petição inicial.

2. Considerando que o direito pleiteado pela recorrida tem como base falha no serviço prestado especificamente pela construtora recorrente, que impediu a contratação do seguro com o HSBC, mostra-se desarrazoada a alegação de ilegitimidade passiva da construtora.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 452737/RJ, Rel. Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 25/08/2015, DJe 16/09/2015) (grifou-se)

Dessa forma, devem os órgãos julgadores, ao efetuarem o exame das condições da ação, valerem-se da teoria da asserção, ou seja, à luz das afirmações deduzidas na petição inicial.

2.2 Pois bem, feitas essas digressões iniciais, verifica-se que a presente ação fora ajuizada por Tribeca Propaganda, Publicidade e Participações Ltda, acionista



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

minoritária de Futura Propaganda S/A, contra **Mario Cohen**, então acionista controlador de Futura Propaganda S/A e ex-presidente do Conselho Deliberativo, **Augusto César Diegues Gomes**, atual presidente da referida empresa, bem ainda em face de outros réus (M. Cohen Propaganda Ltda, Rodolfo Volk e Maria Carolina Alvares Ferraz, então esposa do primeiro demandado), objetivando a condenação dos "administradores" e por consequência dos "favorecidos" com os ilícitos supostamente praticados, a indenizarem os prejuízos havidos com a depreciação fraudulenta da participação acionária que a autora detinha na Futura Propaganda S/A.

A demandante fundamenta o seu alegado direito nos **"atos irregulares praticados na administração de FUTURA, em flagrante abuso de poder e desvio de finalidade, contrariando o disposto nos artigos 117, § 1º, letras "a", "b" e "c" e § 3º, 153, 154, § 2º, letra "a", 155, 156 e 245 da Lei das Sociedades por Ações"** (fls. 3224 da petição inicial - grifo nosso)

Nessa demanda, portanto, pretende a acionante ser indenizada, **em nome próprio**, pelos atos praticados pelo **administrador** que, segundo afirma, "(i) desviou toda a clientela de FUTURA; (ii) transferiu a marca 'FUTURA SMS' para sua empresa M. Cohen; (iii) transferiu todos os ativos tangíveis de FUTURA para sua empresa M. Cohen; e (iv) tomou o ponto comercial onde funcionava a sede social de FUTURA" (consoante previsto na petição inicial acostada às fls. 3224 dos presentes autos).

Exatamente assim delineou a Corte local ao asseverar, categórica e expressamente, que é a presente demanda uma **"ação individual por acionista minoritário prejudicado por ato do administrador e que vem expressamente prevista no artigo 159, § 7º da Lei das Sociedades Anônimas"** (fls. 2913)

Conforme anteriormente explicitado, em que pese vigore no ordenamento jurídico pátrio a aplicação da teoria da asserção, a ensejar a admissão, em princípio, da legitimação das partes, temos que, no caso em concreto, a demanda deve ser extinta, sem julgamento de mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI do CPC por ausência de pressuposto processual, notadamente, a ilegitimidade ativa e passiva.

Explica-se:

Em regra, os danos diretamente causados à sociedade refletem indiretamente a todos os seus acionistas, motivo pelo qual, salvo excessões, com o ressarcimento dos prejuízos à companhia ficam revertidas as perdas sofridas pelos acionistas. Nessa medida, acaso os danos narrados na inicial não



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

tenham sido diretamente causados aos acionistas minoritários, não detêm eles legitimidade ativa para a propositura de ação individual com base no art. 159, § 7º, da Lei das Sociedades por Ações.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E SOCIETÁRIO. AÇÃO PROPOSTA POR ACIONISTAS MINORITÁRIOS EM FACE DE ADMINISTRADORES QUE SUPOSTAMENTE SUBCONTABILIZAM RECEITAS. AJUIZAMENTO DE AÇÃO INDIVIDUAL PARA RESSARCIMENTO DE DANOS CAUSADOS À SOCIEDADE EMPRESÁRIA. ILEGITIMIDADE ATIVA RECONHECIDA.

- Os danos diretamente causados à sociedade, em regra, trazem reflexos indiretos a todos os seus acionistas. Com o ressarcimento dos prejuízos à companhia, é de se esperar que as perdas dos acionistas sejam revertidas. Por isso, se os danos narrados na inicial não foram diretamente causados aos acionistas minoritários, não detêm eles legitimidade ativa para a propositura de ação individual com base no art. 159, § 7º, da Lei das Sociedades por Ações.

Recurso Especial não conhecido.

(REsp 1014496/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/03/2008, DJe 01/04/2008) - grifo nosso

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E EMPRESARIAL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. CERCEAMENTO DE DEFESA (CPC, ART. 130). NÃO OCORRÊNCIA. SOCIEDADE ANÔNIMA. AÇÃO DE RESPONSABILIDADE CIVIL CONTRA ADMINISTRADOR (LEI 6.404/76, ART. 159) OU ACIONISTAS CONTROLADORES (APLICAÇÃO ANALÓGICA): AÇÃO SOCIAL UT UNIVERSI E AÇÃO SOCIAL UT SINGULI (LEI 6.404/76, ART. 159, § 4º). DANOS CAUSADOS DIRETAMENTE À SOCIEDADE. AÇÃO INDIVIDUAL (LEI 6.404/76, ART. 159, § 7º). ILEGITIMIDADE ATIVA DE ACIONISTA. RECURSO PROVIDO. (...)

3. Aplica-se, por analogia, a norma do art. 159 da Lei n. 6.404/76 (Lei das Sociedades Anônimas) à ação de responsabilidade civil contra os acionistas controladores da companhia por danos decorrentes de abuso de poder.

4. Sendo os danos causados diretamente à companhia, são cabíveis as ações sociais ut universi e ut singuli, esta obedecidos os requisitos exigidos pelos §§ 3º e 4º do mencionado dispositivo legal da Lei das S/A.

5. Por sua vez, a ação individual, prevista no § 7º do art. 159 da Lei 6.404/76, tem como finalidade reparar o dano experimentado não pela companhia, mas pelo próprio acionista ou terceiro prejudicado, isto é, o dano direto causado ao titular de ações societárias ou a terceiro por ato do administrador ou dos controladores. Não depende a ação individual de deliberação da assembleia geral para ser proposta.

6. É parte ilegítima para ajuizar a ação individual o acionista que sofre prejuízos apenas indiretos por atos praticados pelo administrador ou pelos acionistas controladores da sociedade anônima.

7. Recurso especial provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(REsp 1214497/RJ, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Rel. p/ Acórdão Ministro RAUL ARAÚJO, QUARTA TURMA, julgado em 23/09/2014, DJe 06/11/2014) - grifo nosso

Como já mencionado, nessa demanda, pretende a autora, acionista minoritária de Futura Propaganda S/A ser indenizada, **em nome próprio**, pelos atos praticados pelo administrador Mário Cohen que: "(i) **desviou toda a clientela de FUTURA**; (ii) **transferiu a marca 'FUTURA SMS' para sua empresa M. Cohen**; (iii) **transferiu todos os ativos tangíveis de FUTURA para sua empresa M. Cohen**; e (iv) **tomou o ponto comercial onde funcionava a sede social de FUTURA**" (consoante previsto na petição inicial acostada às fls. 3224 dos presentes autos).

Esses fatos, segundo alega a demandante, teriam ensejado a desvalorização da participação acionária que possui no capital social de Futura.

Sem desvios, a acionante pretende ressarcimento em virtude de suas ações na empresa Bold/Futura terem passado a valer menos do que anteriormente aos atos que imputou ao réu Mário Cohen, quais sejam, o de apropriação "de todo o patrimônio social da Bold Propaganda S/A, transferindo-o integralmente para nova empresa" (clientela, marca, ativos tangíveis e ponto comercial).

Assim, almeja a acionista a compensação dos prejuízos causados "com o esvaziamento da empresa da qual é sócia minoritária" (fls. 2915 do acórdão recorrido), visto que tal tornou "sem qualquer valor a expressiva participação acionária da autora naquela (49%)" (fls. 2918 do acórdão recorrido).

À toda evidência, **os atos reputados irregulares somente tem efeito indireto à autora**. Os eventuais prejuízos diretos, acaso tenham ocorrido, foram à própria Bold/Futura que teve seu patrimônio supostamente esvaziado em decorrência do desvio de clientela, transferência de ativos e da marca, bem ainda decorrente da tomada do ponto comercial.

Nessa medida, a depreciação da participação acionária da autora-recorrida na Bold/Futura é decorrente apenas da suposta derrocada da empresa da qual participa, ou seja, o dano da demandante, tomando como base o quanto é nesses autos imputado ao réu Mario Cohen, é precedido do prejuízo da própria Bold/Futura, a denotar ser efetivamente indireto.

Confira-se, por oportuno, o escólio de Fábio Ulhoa Coelho:

(...) quando a sociedade empresária tem prejuízo, por deficiência na administração, os sócios, naturalmente, sofrem um dano indireto, na medida em que, na melhor das hipóteses, haverá menos resultado social



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

para distribuir como lucro. Pelos danos indiretos, contudo, os sócios não têm ação contra o administrador. Em vista da autonomia patrimonial da sociedade, eles não são parte legítima para promover a responsabilidade deste, fundada na má-administração da empresa. (COLEHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Comercial, v. II. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 441.)

Como se percebe, tendo em vista que os danos narrados na inicial não foram diretamente causados à acionista minoritária, à sua estrutura, instalações ou mesmo ao seu valor ante o mercado, enquanto ente empresário, não detém ela legitimidade ativa/interesse de agir para a propositura de ação individual com base no art. 159, § 7º, da Lei das Sociedades por Ações, a determinar a extinção do feito, sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do CPC.

Não obstante todo o explanado, apenas para bem frisar a inviabilidade do processamento da presente contenda, nos moldes em que estabelecida na petição inicial, é importante ressaltar, que parte dos alegados "prejuízos diretos" sofridos pela acionista minoritária, em verdade considerados danos diretos à Bold/Futura, já foram sanados/reconhecidos, inclusive sob o manto da coisa julgada.

Ora, Tribeca ajuizou contra Bold Propaganda S/A, ação de anulação de atos jurídicos, pretendendo a invalidação de deliberações e dos efeitos delas decorrentes, tomadas nas Assembléias Gerais Extraordinárias da Futura Propaganda S/A, atual Bold, realizadas em 30.10.1996 e 27.03.1997 que tiveram por objeto i) **a mudança da sede social de Futura**; e, ii) **a alteração da denominação social de "FUTURA" para "BOLD"**.

Em sede de apelação nº 344.396-4/0, o Tribunal paulista, reformando a sentença de improcedência, deu provimento ao reclamo a fim de declarar a nulidade dos atos societários deliberados nas assembléias impugnadas. O recurso especial que se seguiu foi inadmitido, dando ensejo, perante esta Corte Superior, ao agravo de instrumento nº 1.378.770, ao qual o relator Ministro Luis Felipe Salomão negou provimento, tendo a deliberação sido mantida no colegiado em sede de agravo regimental e transitado em julgado em 14/10/2011.

Assim, ao menos parcialmente, os alegados prejuízos que ensejaram a arguida depreciação da participação acionária (mudança do nome e da sede) não mais subsistem, visto que tornados nulos os atos/deliberações tomadas nas referidas assembléias.

Ademais, é bom mencionar que a ora autora ajuizou, em 28 de agosto de



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1996, ou seja, anteriormente à demanda acima referida e à este feito, uma ação por responsabilidade civil contra administradores, perante a 22ª Vara Cível Central de São Paulo, frente a cinco demandados (Mario Cohen, Augusto César Diegues Gomes, Tereza Cristina Viana Vieira de Moraes, Toshie Ide e Dennis Aurélio Giacometti), dois dos quais integram o presente feito (**Mario Cohen e Augusto César Diegues Gomes**), objetivando, em síntese, por similares fatos, a condenação dos réus ao pagamento de indenização **à empresa Futura Propaganda S/A** pelos prejuízos por eles causados com a prática dos atos indicados. Ou seja, enquanto no presente feito a sócia minoritária pretende indenização, **em nome próprio**, pelos prejuízos advindos das alegadas operações fraudulentas realizadas pelos administradores, naquela objetiva o pagamento de indenização **à empresa da qual é sócia, pelos danos causados à companhia**.

No bojo da referida ação, que tomou na origem o nº 0529350-12.1996.8.26.0100 (583.00.1996.529350), já teve esta Corte Superior oportunidade de se manifestar, porquanto, contra a deliberação que rejeitou a tese de carência de interesse processual face à impossibilidade jurídica dos pedidos relativamente aos exercícios sociais de 1991, 1992, 1993, 1994 e 1996, os réus agravaram de instrumento, tendo o Tribunal *a quo* mantido a possibilidade de prosseguimento do feito, o que foi desafiado por recurso especial que tomou no âmbito do STJ o nº 179.008/SP, que fora julgado pelo colegiado da Quarta Turma e relatado pelo Ministro Cesar Asfor Rocha.

No referido apelo extremo, o qual foi acolhido em parte, o STJ deliberou no sentido de excluir da referida ação os exercícios de 1991, 1992 e 1993, notadamente porque **a Tribeca era a acionista majoritária da companhia Futura Propaganda S/A "até 05 de maio de 1994, e aprovou, sem ressalvas e sem protestos, todos os balanços e as demonstrações financeiras da Futura referentes aos exercícios de 1991, 1992 e 1993**, e não tendo proposto o ajuizamento da ação prevista no art. 159, é ela carente para promover esta ação com referência os exercícios de 1991, 1992 e 1993", afinal "não haveria mesmo de se supor que o acionista majoritário, principal interessado na boa condução dos negócios da companhia, não exercesse uma permanente vigilância sobre os fatos dos seus administradores. E como majoritário, não precisaria ele desses instrumentos que são postos à disposição dos minoritários, pois a só e só condição de majoritário já lhe confere oportunidade para fazer, de imediato, correção de desmandos praticados pelos administradores."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Confira-se, por oportuno a ementa do referido julgado:

SOCIEDADE ANÔNIMA. RESPONSABILIDADE DO ADMINISTRADOR. PRESCRIÇÃO.

Nos termos da regra contida no art. 287, III, "b", "2", da Lei nº 6.404/76, a prescrição para o acionista apurar a responsabilidade do administrador de sociedade anônima ocorre em 3 (três) anos, sendo o seu termo inicial a data da publicação da ata que aprovar o balanço.

Pelas peculiaridades da espécie, o hoje acionista minoritário é carente para propor ação referente a exercício ainda não prescrito (1993) pois ele, na época, detinha a maioria das ações e aprovara, sem ressalvas e sem protestos, todos os balanços e as demonstrações financeiras da companhia.

Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

(REsp 179.008/SP, Rel. Ministro CESAR ASFOR ROCHA, QUARTA TURMA, julgado em 09/05/2000, DJ 26/06/2000, p. 177)

Desta forma, por absoluta falta de legitimidade ativa/interesse de agir, apenas os exercícios sociais posteriores à data na qual o controle acionário fora passado para Mário Cohen podem ser objeto da referida demanda nº 0529350-12.1996.8.26.0100 (583.00.1996.529350), carecendo de razoabilidade pleitear acerca de alegados atos irregulares praticados quando comandava, enquanto acionista controladora, a gestão da companhia.

Informa-se que **a ação que tramita perante a 22ª vara Cível foi ajuizada em data preliminar a essa que ora é objeto de análise**, tendo sido julgada improcedente por deliberação datada de 26 de julho de 2010, posterior, portanto, à sentença exarada nesses autos (11/10/2005).

Confira-se, por oportuno, parte do relatório da sentença exarada naquela ação:

TRIBECA - PROPAGANDA, PUBLICIDADE E PARTICIPAÇÕES LTDA. ("TRIBECA") juizou a presente ação sob o rito ordinário contra MÁRIO COHEN, AUGUSTO CÉSAR DIEGUES GOMES, TEREZA CRISTINA VIANA VIEIRA DE MORAES, TOSHIE IDE E DENNIS AURÉLIO GIACOMETTI, alegando, em síntese, que a autora TRIBECA e o co-réu MÁRIO COHEN detêm, respectivamente, 49% e 51% do capital social de Futura propaganda S/A ("FUTURA"). Afirma que os co-réus Mário Cohen, Augusto Diegues e Tereza Moraes foram eleitos para integrar o Conselho de Administração da companhia nas Assembléias Gerais Extraordinárias de 26.11.1990, 23.11.1991, 15.12.1993 e 16.01.1995. Acrescenta que os co-réus Mario Conhen e Dennis Giacometti foram reeleitos na Reunião do Conselho de Administração da companhia de 17.01.1995, para um novo período de gestão de três anos. Informa que o co-réu Denni Giacometti foi destituído do cargo de diretor na Reunião do Conselho de Administração de 31.07.1995, sendo substituído, em Reunião do Conselho de Administração de 01.08.1995, pela co-ré Toshie Ide. Sustenta que os réus, especialmente o primeiro, utilizando-se dos



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cargos de administração que ocupam na FUTURA, praticaram diversas e graves irregularidades em detrimento da companhia, notadamente em relação à obtenção de vantagens em favor próprio, as quais estão enquadradas nos artigos 153, 154, 155 e 158 da lei das Sociedades por Ações. Aduz que, com isso, os réus concorreram para a descapitalização de FUTURA, retirando recursos da companhia para o pagamento de pro-labore aos diretores. **Relata que a companhia possui, conforme balanço patrimonial levantado em, 30.06.1996, um patrimônio líquido negativo de R\$ 951.299,63, bem como um passivo fiscal e previdenciário registrado nos livros da ordem de R\$ 1.318.090,47.** Sustenta que os réus respondem perante o fisco e a previdência social em decorrência do abuso e desvio de poder. Requer, enfim, a condenação dos réus ao pagamento de indenização À FUTURA pelos prejuízos por eles causados com a prática dos atos indicados, a serem apurados em liquidação de sentença. Juntou os documentos de fls. 20/98.

Citados (fls. 108), os réus apresentaram contestações (fls. 118/134 e 136/143), postulando, de início, a citação da FUTURA PROPAGANDA S/A para que integre a lide, considerando se tratar de hipótese de litisconsórcio necessário. Argüiram preliminar de falta de interesse processual. No mérito, bateram-se pela improcedência da ação. Afirma que a autora intentou a demanda com a finalidade de criar-lhes constrangimentos e elevar o preço de venda do seu lote acionário na FUTURA, objeto de negociações entre os litigantes, além de escapar do pagamento dos dividendos prometidos ao primeiro co-réu, o que caracteriza litigância de má-fé. Sustentam que a prova pericial evidenciará que não perpetraram os ilícitos imputados pela autora, sendo certo que sempre agiram com lealdade e boa-fé, buscando os melhores resultados para a sociedade que dirigem. Acrescentam que agiram de acordo com o que é habitual no mercado publicitário, gerenciando a FUTURA por opção da maioria acionária. Juntaram os documentos de fls. 146/153. (grifo nosso)

Inegavelmente, talvez em razão de o Tribunal *a quo* ter se quedado inerte na averiguação da documentação encartada nos presentes autos referente à demanda que tramita junto à 22ª Vara Cível, no bojo da qual Tribeca pleiteia, como substituta processual da Bold/Futura, a compensação de alegados prejuízos diretos havido por esta última decorrentes de atos de administração, entendeu pela legitimação da acionista minoritária para ressarcir-se dos danos decorrentes da depreciação da sua participação acionária na empresa Bold, antiga Futura.

Ocorre que, o desfecho daquela ação é absolutamente prejudicial ao desta. Acaso julgada procedente a demanda ajuizada em 28 de agosto de 1996, cujo trâmite se dá perante a 22ª Vara Cível, com a condenação dos réus ao ressarcimento da companhia Futura (da qual a autora é agora acionista minoritária), **não haveria se falar em alegado prejuízo por deficiência na participação acionária, porquanto a**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

indenização faria retornar o *status quo ante*, ficando sanados os alegados vícios patrimoniais que, em tese, ensejaram a desvalorização da participação acionária da Tribeca na empresa, no ano de 1996.

Para corroborar, depreende-se do relatório da sentença elaborada naqueles autos, que a companhia Futura, conforme balanço patrimonial levantado em 30.06.1996, possuía um patrimônio líquido negativo de R\$ 951.299,63, bem como um passivo fiscal e previdenciário registrado nos livros da ordem de R\$ 1.318.090,47. Assim, na hipótese de serem os corréus daquele feito condenados ao ressarcimento dos valores relativos ao patrimônio líquido negativo da própria Futura, por danos diretos causados à companhia, inclusive por atos ocorridos no ano/exercício de 1996, período esse sobre o qual se assenta a presente demanda que ora é objeto de julgamento, a alegada depreciação da participação acionária da Tribeca não mais existiria, uma vez que dar-se-ia o restabelecimento da situação fático-jurídica da empresa Futura, ou seja, os prejuízos seriam ressarcidos e não mais se haveria falar em danos diretos à companhia ou indiretos aos acionistas minoritários.

Desta forma, inegavelmente, a demandante não tem legitimidade ativa/interesse de agir na presente contenda.

2.3 Embora considerada a ilegitimidade ativa da autora, não se afigura despicienda a menção, também, nesta oportunidade, acerca da ilegitimidade passiva de diversos corréus apontados como causadores dos alegados prejuízos indiretos da acionista minoritária, visto que os fatos sobre os quais fora a demanda lastrada não determinam - fora o estabelecido com o réu Mário Cohen - qualquer vínculo capaz de denotar tenham contribuído para a má/inadequada/irregular administração da companhia Futura Propaganda S/A.

O Tribunal de origem, ao analisar a tese da ilegitimidade passiva dos corréus assim asseverou:

Segundo a inicial, todos os corréus participaram ou obtiveram benefício patrimonial com o esvaziamento da empresa da qual é sócia minoritária, o que basta para reconhecer sua legitimidade para figurar no polo passivo da lide.

Augusto César Diegues Gomes, segundo afirmou a inicial, era, até 22/01/1997, um simples empregado da Futura Propaganda S/A (fls. 110), e teria participado da trama urdida por Mario Cohen, inclusive sucedendo-o no cargo de presidente da empresa quando esta já estava em fase pré-falimentar, possibilitando, assim, que o antigo controlador pudesse abrir uma nova agência de publicidade logo em seguida (22/04/1997).

Os demais corréus, a nova sociedade e seus sócios, se se concluir pela



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

comprovação da tese da inicial, tiveram proveito econômico com os atos narrados nos autos, afigurando-se sem nenhum propósito jurídico a sua exclusão da lide. (fls. 2915-2916)

Como se percebe do acima transcrito, bem ainda, com base na narrativa da petição inicial, **somente Mário Cohen era administrador/acionista controlador da companhia Futura Propaganda S/A**; os demais corréus, aqui se incluindo a pessoa jurídica M. Cohen Propaganda Ltda. (empresa constituída em 22.4.1997 por Mario Cohen, Rodolfo Volk e Carolina Ferraz, após a saída de Mario Cohen da presidência da companhia Futura Propaganda S/A que ocorreu em 18.03.1997), Maria Carolina Alvarez Ferraz, Rodolfo Volk e Augusto César Diegues Gomes, não desempenharam/exerceram qualquer papel de administração/presidência/direção perante a referida empresa.

A circunstância de, eventualmente, terem sido beneficiados com a obtenção de alegado proveito econômico não permite a sua condenação por atos irregulares de gestão/administração da companhia, afinal:

i) a pessoa jurídica **M. Cohen Propaganda Ltda.** sequer existia à época dos fatos narrados na inicial e, por óbvio, não figurava como acionista controladora ou participante da Futura Propaganda S/A;

ii) **Maria Carolina Alvares Ferraz** era, apenas, esposa de Mário Cohen à época, não exercendo qualquer atividade de direção na empresa;

iii) **Antônio César Diegues Gomes**, como expressamente mencionado pelo Tribunal *a quo*, até 22/01/1997 era um simples empregado da Futura e o fato de ter alçado à presidência da empresa em data pré-falimentar e quando já desativada, não permite concluir que tenha engendrado e se imiscuído na administração da companhia, mesmo porque seu cargo de mero funcionário não lhe conferia qualquer poder estatutário permissivo da gestão/administração da Futura, e, ainda, consoante delimitado no artigo 158, *caput* e §1º da LSA, este responderia apenas pelos atos de administração por ele praticados, nunca pelos conduzidos por administradores anteriores, como é o caso em questão; e,

iv) **Rodolfo Volk** é apenas sócio de Mário Cohen e Carolina Ferraz na empresa M. Cohen Propaganda Ltda., constituída em 22/04/1997, após a saída de Mario Cohen da companhia Futura Propaganda S/A que ocorreu em 18/03/1997.

Confira-se, por oportuno, trecho elucidativo da sentença, no qual bem analisada a questão referente à ilegitimidade passiva dos demandados:

A pretensão inicial não merece acolhimento em face dos co-réus M.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Cohen Propaganda Ltda; Augusto César Diegues Gomes; Maria Carolina Alvares Ferraz e Rodolfo Volk em razão do sistema subjetivo clássico de responsabilidade civil do administrador de companhias adotado pelo direito brasileiro em sintonia com as tendências atuais e estrangeiras no tratamento da matéria de acordo com a melhor doutrina (in Curso [de Direito Comercial, Fábio Ulhoa Coelho, vol. 2, Ed. Saraiva, 2004, páginas 260/261).

As duas hipóteses elencadas pelo art. 158 da LSA na definição da responsabilidade dos administradores são *interdefiníveis*: o que se afirma sobre a responsabilidade fundada no inciso I do art. 158 da LSA aplica-se também à fundada no inciso II do mesmo dispositivo.

Vale dizer, o administrador que descumpre norma legal ou cláusula estatutária age por dolo ou culpa, portanto, em ambas hipóteses (sic) legais cuida-se de responsabilidade subjetiva clássica (v. autor e obra citados, páginas 258/261).

De modo que, não é de se inferir responsabilidade dos co-réus em referência sob a mera alegação inicial de que se aproveitaram economicamente das pretensas irregularidades cometidas por Mário Cohen na presidência da companhia lesada, sem que tivessem aqueles exercido cargos de direção ou presidência na empresa Futura Propaganda S/A, atual Bold Propaganda S/A, cf. restou incontroverso no processo, ressalvados os poderes conferidos a Augusto C D Gomes, na empresa já desativada.

Assim, conforme expressamente mencionado na deliberação de primeiro grau, apenas o réu Mário Cohen participava, no período ora em foco, da administração/direção e gestão da Futura Propaganda S/A, razão porque dentre os corréus, somente ele poderia figurar na presente demanda e nela ser condenado, haja vista que, conforme já referido alhures, a presente ação é movida por acionista minoritária que objetiva, nos termos do artigo 159, § 7º da Lei das Sociedades Anônimas, ser ressarcida por prejuízos decorrentes de ato de administrador.

Nessa medida, também, não prospera a pretensão endereçada contra a pessoa jurídica **M. Cohen Propaganda Ltda.**, e em face de **Maria Carolina Alvares Ferraz, Antônio César Diegues Gomes e Rodolfo Volk.**

Desta forma, por quaisquer ângulos que se analise a controvérsia a presente demanda não cumpre os pressupostos processuais.

3. Do exposto, passada a preliminar de nulidade do acórdão, dou provimento ao recurso especial a fim de, nos termos do artigo 267, inciso VI, do CPC, julgar extinto o feito, sem julgamento de mérito, ante a ilegitimidade das partes.

Custas e honorários pela autora, esses últimos fixados em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), nos termos do artigo 20, § 4º do CPC.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUARTA TURMA

Número Registro: 2012/0044971-9

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.536.949 / SP

Números Origem: 03492836 1963983 25362 3492836 9068311802006 90683118020068260000
994060277548

PAUTA: 17/03/2016

JULGADO: 17/03/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO BUZZI**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MÔNICA NICIDA GARCIA

Secretário

Bel. ROMILDO LUIZ LANGAMER

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: AUGUSTO CÉSAR DIEGUES GOMES
RECORRENTE	: RODOLFO VOLK
RECORRENTE	: M COHEN PROPAGANDA LTDA
RECORRENTE	: MARIO COHEN
ADVOGADOS	: SÉRGIO SILVEIRA BANHOS MARCELO LAMANNA DE CAMPOS MAIA DÓRIA
RECORRENTE	: MARIA CAROLINA ALVARES FERRAZ
ADVOGADOS	: ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO E OUTRO(S) RODRIGO CÂNDIDO DE OLIVEIRA E OUTRO(S) PAULA MENNA BARRETO MARQUES E OUTRO(S)
RECORRIDO	: TRIBECA PROPAGANDA PUBLICIDADE E PARTICIPAÇÕES LTDA
ADVOGADOS	: VICENTE COELHO ARAÚJO DIÓGENES MENDES GONÇALVES NETO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr. SÉRGIO SILVEIRA BANHOS, pela parte RECORRENTE: MARIO COHEN

Dr. RODRIGO CÂNDIDO DE OLIVEIRA, pela parte RECORRENTE: MARIA CAROLINA ALVARES FERRAZ

Dr. CELSO CINTRA MORI, pela parte RECORRIDA: TRIBECA PROPAGANDA PUBLICIDADE E PARTICIPAÇÕES LTDA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Após o voto do Sr. Ministro Relator dando provimento ao recurso especial, PEDIU VISTA dos autos o Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.

Aguardam os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti (Presidente) e Antonio Carlos Ferreira.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUARTA TURMA

Número Registro: 2012/0044971-9

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.536.949 / SP

Números Origem: 03492836 1963983 25362 3492836 9068311802006 90683118020068260000
994060277548

PAUTA: 10/05/2016

JULGADO: 10/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO BUZZI**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. MARIA HILDA MARSIAJ PINTO

Secretária

Dra. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: AUGUSTO CÉSAR DIEGUES GOMES
RECORRENTE	: RODOLFO VOLK
RECORRENTE	: M COHEN PROPAGANDA LTDA
RECORRENTE	: MARIO COHEN
ADVOGADOS	: SÉRGIO SILVEIRA BANHOS MARCELO LAMANNA DE CAMPOS MAIA DÓRIA
RECORRENTE	: MARIA CAROLINA ALVARES FERRAZ
ADVOGADOS	: ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO E OUTRO(S) RODRIGO CÂNDIDO DE OLIVEIRA E OUTRO(S) PAULA MENNA BARRETO MARQUES E OUTRO(S)
RECORRIDO	: TRIBECA PROPAGANDA PUBLICIDADE E PARTICIPAÇÕES LTDA
ADVOGADOS	: VICENTE COELHO ARAÚJO DIÓGENES MENDES GONÇALVES NETO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Adiado para a próxima sessão por indicação do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.536.949 - SP (2012/0044971-9)

RELATOR : **MINISTRO MARCO BUZZI**
RECORRENTE : AUGUSTO CÉSAR DIEGUES GOMES
RECORRENTE : RODOLFO VOLK
RECORRENTE : M COHEN PROPAGANDA LTDA
RECORRENTE : MARIO COHEN
ADVOGADOS : SÉRGIO SILVEIRA BANHOS
MARCELO LAMANNA DE CAMPOS MAIA DÓRIA
RECORRENTE : MARIA CAROLINA ALVARES FERRAZ
ADVOGADOS : ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO E OUTRO(S)
RODRIGO CÂNDIDO DE OLIVEIRA E OUTRO(S)
PAULA MENNA BARRETO MARQUES E OUTRO(S)
RECORRIDO : TRIBECA PROPAGANDA PUBLICIDADE E PARTICIPAÇÕES LTDA
ADVOGADOS : VICENTE COELHO ARAÚJO
DIÓGENES MENDES GONÇALVES NETO E OUTRO(S)

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO LUIS FELIPE SALOMÃO:

1. Na origem, Tribeca Propaganda, Publicidade e Participações Ltda. ajuizou demanda objetivando indenização em face dos ora recorrentes, por prejuízos decorrentes da depreciação fraudulenta de sua participação acionária na sociedade Futura Propaganda S/A - atual Bold Propaganda S.A. -, em virtude das irregularidades perpetradas pelo então Diretor-Presidente, Presidente do Conselho de Administração e sócio majoritário Mario Cohen e os demais corréus, as quais podem assim ser sintetizadas: a) transferência maciça de clientes da Bold para a M. Cohen Propaganda Ltda., sua concorrente direta; b) aliciamento de praticamente todos os empregados da Bold, com o completo esvaziamento de seu quadro de funcionários; c) transferência de grande parte do ativo permanente da Bold em favor da M. Cohen e de ex-funcionários; d) alienação da marca "Futura" por quantia irrisória, além da cessão gratuita do direito de uso da marca ao corréu Mario Cohen; e) alteração da sede da empresa Bold para um galpão pequeno, liberando a antiga e luxuosa sede para a utilização pela M. Cohen Propaganda.

Sobreveio sentença de improcedência do pedido, com base, em suma, na evidência de que (fls. 2.795-2.796):

Na verdade, de todo o contexto factual e probatório se percebe que houve mesmo o esvaziamento do patrimônio líquido da antiga Futura Propaganda S/A, atual Bold Propaganda S/A, mas, por conta dos pagamentos de subcontratações de serviços de *free-lancers*. Esses dados sim, fazem efetiva diferença, nos resultados contábeis da empresa, cf. se verifica das respostas do perito a fls. 1698/1699.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Porém, esse fato, em específico, é objeto de outro processo cível e criminal ainda pendente de julgamento. De modo que, por óbvio, não nos cabe julgá-lo.

As pretensas irregularidades imputadas aos réus, melhor resumidas a fls. 1107 e 1108 do parecer crítico destes, não se mostraram atos de infração à Lei ou ao Estatuto autorizador de condenação dos acusados ao pagamento da indenização reclamada na inicial. Nem se provou nexo causal entre tais fatos e a condição falimentar hoje experimentada pela Bold Propaganda S/A.

O Tribunal estadual reformou a decisão, nos termos da seguinte ementa (fls. 2.907-2.921):

LEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM" - INDENIZAÇÃO POR DANOS - AÇÃO AJUIZADA POR SÓCIO MINORITÁRIO DE SOCIEDADE ANÔNIMA - ADMISSIBILIDADE - DIREITO DE EXIGIR, EM NOME PRÓPRIO, RESSARCIMENTO DOS PREJUÍZOS DECORRENTES DE ATOS LESIVOS PRATICADOS PELA DIRETORIA - PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS - PRELIMINAR REJEITADA.

LEGITIMIDADE PASSIVA - CORRÉUS QUE PARTICIPARAM OU OBTIVERAM BENEFÍCIO PATRIMONIAL COM O ESVAZIAMENTO DA PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA DA SÓCIA MINORITÁRIA - PRELIMINAR REJEITADA.

SOCIEDADE ANÔNIMA - INDENIZAÇÃO POR DANOS DECORRENTES DA DESVALORIZAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA DA SÓCIA MINORITÁRIA - USURPAÇÃO, PELO ACIONISTA CONTROLADOR, DE TODO O PATRIMÔNIO TANGÍVEL E INTANGÍVEL DA SOCIEDADE, COM SUA TRANSFERÊNCIA PARA OUTRA EMPRESA POR ELE CONSTITUÍDA CONJUNTAMENTE COM DOIS DOS CORRÉUS - FATO BEM DEMONSTRADO NOS AUTOS - APURAÇÃO DA INDENIZAÇÃO RELEGADA PARA A FASE DE LIQUIDAÇÃO - AÇÃO PROCEDENTE - AGRAVOS RETIDOS NÃO CONHECIDOS - RECURSO DA AUTORA PROVIDO.

Opostos embargos declaratórios (fls. 2.928-2.933), foram rejeitados (fls. 2.936-2.941):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - OMISSÃO, OBSCURIDADE E CONTRADIÇÃO INOCORRENTES - EMBARGOS REJEITADOS.

Nas razões do recurso especial, interposto com base nas alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional, sustentaram os recorrentes violação aos arts. 159, principalmente o § 7º, e 158, *caput* e § 1º, da Lei n. 6.404/1976; 267, VI, 458, II e 460 do CPC; e 884 do CC, bem assim dissídio jurisprudencial (fls. 2.960-2.981).

Em suma, defenderam: a) a **ilegitimidade ativa** da acionista minoritária Tribeca Propaganda - para propor ação contra os administradores de sociedade anônima (Futura Propaganda S.A., posteriormente denominada Bold Propaganda S.A.), com base em supostos prejuízos ao patrimônio desta sociedade, os quais, portanto, teriam sido apenas indiretos em relação à autora, sendo parte legítima apenas a empresa Bold Propaganda S.A.;



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

b) a **ilegitimidade passiva** de M. Cohen Propaganda Ltda., Maria Carolina Alvares Ferraz e Rodolfo Volk, estes últimos por nunca terem sido administradores da sociedade Bold Propaganda S.A., haja vista que a demanda foi proposta com fundamento em "ato do administrador", que era, no caso, o acionista Mario Cohen, sendo certo que, ainda que tivesse sido objeto da ação a existência de concorrência desleal, esta somente poderia ter sido praticada por M. Cohen Propaganda Ltda. e não pelos demais corréus, pessoas físicas; c) a **ilegitimidade passiva** de Augusto Diegues, ante a ausência de responsabilidade em relação às condutas alegadamente prejudiciais à companhia, uma vez que ele somente assumiu a presidência quando a Bold Propaganda já estava em fase pré-falimentar; d) a ocorrência de **julgamento *ultra petita***, uma vez que o pedido inicial não abrangeu a condenação por lucros cessantes, o que, ademais, configuraria *bis in idem* e enriquecimento ilícito da autora, haja vista que estariam sendo condenados ao pagamento dos haveres à sócia, como se ela estivesse saindo da sociedade em 30/10/1996, e também como se permanecesse na sociedade nos anos posteriores.

Contrarrazões apresentadas às fls. 3.003-3.026, em que se alega que os prejuízos **indiretos** sofridos por Tribeca Propaganda estão sendo discutidos na ação de responsabilidade societária por ela movida em substituição legal à Futura, no benefício e interesse desta - a prejudicada direta -, com vistas à apuração de desvio de recursos da companhia, em decorrência de falsos pagamentos *free-lancers*, mediante a emissão de notas fiscais fraudulentas (art. 159, § 4º, da Lei n. 6.404/1976). No presente feito, ajuizado com base no art. 159 do CC de 1916 (atual 186) e, subsidiariamente, no art. 159, § 7º, da Lei das S.A., afirmou ser **direto** o seu prejuízo, qual seja a redução a pó do valor de sua participação acionária no capital social da Bold Propaganda S.A., em virtude de manobras arditosas dos corréus, que renderam ensejo à extinção de fato desta companhia desde 1998.

O eminente relator, Min. Marco Buzzi, deu parcial provimento ao recurso especial para julgar extinto o feito, com base no art. 267, VI, do CPC, ante o reconhecimento da ilegitimidade ativa *ad causam*, entendendo, ainda, pela ilegitimidade passiva dos recorrentes.

Pedi vista dos autos para mais acurada análise.

2. A matéria devolvida a este Tribunal Superior, portanto limitada pelo escopo deste recurso, é quanto à definição tão somente acerca: a) da ilegitimidade ativa *ad causam* da sociedade Tribeca Propaganda, Publicidade e Participações Ltda., uma vez que, como acionista minoritária, o seu prejuízo, com a conduta irregular dos réus, na administração da empresa Bold Propaganda S.A., à época denominada Futura Propaganda S.A., seria apenas indireto; b) da ilegitimidade passiva *ad causam* de M. Cohen Propaganda Ltda., Maria Carolina Alvares Ferraz e Rodolfo Volk, haja vista que a ação é fundada em "ato do administrador",



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

além de não ter sido imputada a estes dois últimos sócios nenhuma conduta lesiva, mas tão somente feita a alegação de que, por serem sócios minoritários na M. Cohen Propaganda, teriam sido favorecidos pelas irregularidades praticadas pelo então administrador Mario Cohen; c) da ilegitimidade passiva *ad causam* de Augusto Diegues, ante a ausência de responsabilidade em relação às condutas alegadamente prejudiciais a Bold Propaganda, uma vez que ele somente assumiu a presidência desta sociedade quando ela já estava em fase pré-falimentar; d) da ocorrência de julgamento *ultra petita*, porquanto o pedido inicial não abrangia a condenação por lucros cessantes.

3. Analisa-se, inicialmente, a matéria relativa à **legitimidade ativa *ad causam*** - que é a qualidade reconhecida ao titular do direito material que se pretende tutelar em juízo -, haja vista se tratar de questão prejudicial às demais.

Quanto a esse ponto controvertido, consignou o Tribunal de origem (fls. 2.912-2.915):

A autora era acionista minoritária da empresa Futura Propaganda S/A., cuja razão social foi depois alterada para Bold Propaganda S/A., sendo titular de 49% (quarenta e nove por cento) de seu capital social, enquanto o corréu detinha o seu controle acionário.

Segundo alegado na inicial, sua participação acionária resultou totalmente esvaziada pela transferência de todo o ativo tangível e intangível da sociedade para outra empresa constituída no mesmo endereço e com os mesmos funcionários da Bold.

Trata-se, portanto, de ação individual ajuizada por acionista minoritário prejudicado por ato do administrador e que vem expressamente prevista no artigo 159, § 7º, da Lei das Sociedades Anônima.

A legitimidade ativa "*ad causam*", portanto, é flagrante.

Neste sentido vários precedentes jurisprudenciais, inclusive desta Câmara:
[...]

No mesmo sentido, posicionamento adotado pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 16.410/SP (Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 14/12/1992), consignando-se na ocasião que detendo, a sociedade controladora, expressiva parte do capital social e das ações com direito de voto da sociedade controlada, os acionistas minoritários desta têm legitimidade ativa extraordinária para, independentemente de prévia deliberação da assembleia geral, ajuizar ação de responsabilidade civil contra aquela e seu administrador, em figurando este simultaneamente como controlador indireto.

Aliás, levando-se em conta que o controle acionário da empresa era do corréu Mário Cohen, é evidente que a autora nunca obteria autorização assemblear para o ajuizamento da ação, sendo que os prejuízos experimentados pelos atos lesivos praticados pela diretoria nunca viriam a ser ressarcidos, em evidente afronta ao princípio que veda o enriquecimento ilícito.

Ademais, como alegado nas razões recursais, mesmo que não se admitisse o ajuizamento da ação individual pelo acionista prejudicado, sua legitimidade decorreria do disposto no art. 159 do Código Civil de 1916, repetido no art. 186 do atual diploma civil, que trata do dever de indenizar



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de quem causa prejuízo a outrem (fls. 2.634).

A preliminar de ilegitimidade ativa, arguida na contestação e indevidamente acolhida na r. sentença, fica agora rejeitada.

3.1. No âmbito das sociedades anônimas, a legitimidade para a propositura da ação de reparação civil, por danos causados ao patrimônio da sociedade pelo administrador, encontra previsão no art. 159 da Lei Acionária, mais precisamente nos seus §§ 3º, 4º e 7º:

Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembléia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio.

[...]

§ 3º Qualquer acionista poderá promover a ação, se não for proposta no prazo de 3 (três) meses da deliberação da assembléia-geral.

§ 4º Se a assembléia deliberar não promover a ação, poderá ela ser proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento), pelo menos, do capital social.

§ 5º Os resultados da ação promovida por acionista deferem-se à companhia, mas esta deverá indenizá-lo, até o limite daqueles resultados, de todas as despesas em que tiver incorrido, inclusive correção monetária e juros dos dispêndios realizados.

[...]

§ 7º A ação prevista neste artigo não exclui a que couber ao acionista ou terceiro diretamente prejudicado por ato de administrador.

Extraem-se desse dispositivo legal três possibilidades para o ajuizamento da ação de reparação civil contra o administrador: (a) na ação *uti universi*, pela pessoa jurídica, com vistas à recomposição do próprio patrimônio lesado por ato do administrador (*caput* do art. 159); (b) na ação *uti singuli*, pelo acionista, na condição de substituto processual da companhia, pleiteando reparação do prejuízo causado ao patrimônio social (§§ 3º e 4º); e (c) na ação individual, pelo acionista que busca o ressarcimento de prejuízo diretamente causado ao seu patrimônio por ato do administrador (§ 7º).

No caso, importa a análise da terceira hipótese - ação individual prevista no art. 159, § 7º, da Lei n. 6.404/1976 -, porquanto se trata de pleito de compensação civil formulado por acionista minoritária em decorrência de danos causados ao seu próprio patrimônio, por alegada conduta ilícita do então Diretor-Presidente.

Com efeito, tem-se como pressuposto processual específico para o ajuizamento da referida demanda que ela seja fundada na apuração de prejuízo material direto causado pela conduta ilícita do administrador da sociedade anônima ao patrimônio do acionista.

Fran Martins, nesse sentido, leciona:

A ação de responsabilidade contra administrador, pela prática de ato causador de prejuízos ao patrimônio social, cabe à sociedade, como é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

natural. Esta é que tem que defender a integridade de seu patrimônio. **Do mesmo modo, se do ato praticado pelo administrador advier prejuízo direto para o acionista, ou terceiro, estes poderão mover a ação de responsabilidade contra o administrador**, ainda mesmo que a sociedade o tenha feito também, para ressarcir prejuízos ao seu patrimônio, já que particularmente acionistas ou terceiros foram prejudicados pelo ato e, desse modo, têm o direito de ser indenizados pelos prejuízos sofridos. (*Comentários à lei das sociedades anônimas artigo por artigo*. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2010, p. 602)

Nessa esteira, o alcance da expressão "prejuízo direto", para os fins preconizados pelo § 7º do art. 159 da Lei das S.A., não se afigura tarefa fácil, uma vez que, na maioria das vezes, não se vislumbra, com clareza, a diferença entre as perdas sociais, passíveis de reparação por meio da ação social, e as perdas pessoais, cujo ressarcimento é buscado por meio da ação individual, tendo em vista que o prejuízo à pessoa jurídica sempre lançará reflexos no patrimônio dos sócios.

Segundo José Cândido Sampaio Lacerda:

Nesta ação, a pretensão, embora pautada no interesse social, é estranha aos interesses da coletividade societária. Com a medida o acionista não pretende restabelecer a ordem geral da companhia, mas tão-somente a restauração dos interesses pessoais. Não obstante fundada na reparação de uma lesão ou de um prejuízo particular, pode a ação interessar a mais de um acionista ou a todos de uma mesma classe. Esse interesse, no entanto, será individual, não se confundindo com os interesses coletivos propriamente ditos. (*Comentários à Lei das S.A.*, v. 3. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 91)

Do mesmo modo, a lição de Modesto Carvalhosa:

A ação individual aproveita apenas ao seu autor, sendo seu pressuposto que tal favorecimento judicial não prejudicará o direito dos demais sócios. Ainda que outros acionistas ou classe deles possam estar interessados no resultado, este não se lhes estende, pois estão fora do processo, ainda que seus efeitos possam afetar legitimamente o patrimônio ou os direitos deles.

A ação individual do acionista tende à satisfação de seus interesses pessoais, ainda que não estranhos aos do colégio acionário. A intenção do legislador não é restabelecer a ordem coletiva, ainda que esta tenha sido afetada. O seu intento é obter a reparação de um prejuízo jurídico ou patrimonial que direta e pessoalmente sofreu.

Por outro lado, a ação social (*caput*) tem por fundamento o dano causado à companhia e à coletividade dos seus acionistas. Interessa, portanto, a todos. Como referido, **a ação social visa a restaurar o direito ou a reconstituir o patrimônio da própria sociedade.**

Visa o remédio **a restabelecer o equilíbrio das relações no seio da companhia** e a reparação civil dos prejuízos causados pelos administradores ao patrimônio social. (*Comentários à Lei das Sociedades Anônimas*. v. 1. São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 543-544).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Não obstante, embora ténue a linha divisória entre o objeto da ação social e o da individual, extrai-se, desses abalizados ensinamentos doutrinários, que a ação individual, conquanto possa trazer à baila lesão ao acervo patrimonial da pessoa jurídica, não o faz com objetivo primordial de restaura-lo ou a ordem coletiva, mas sim com o de ressarcir o acionista pelos danos pessoalmente sofridos - os quais estão intrinsecamente relacionados ao dano social -, e que, muitas vezes, vão importar a direta desvalorização de suas ações.

Modesto Carvalhosa, no ponto, é de clareza meridiana:

Em suma, a admissibilidade da ação individual ocorre toda vez que o administrador, por abuso ou desvio de poder ou por descumprimento da Lei ou do estatuto, negue ou protele o exercício de direito pelo acionista; ou, então, cause-lhe prejuízos materiais, em termos de depreciação do valor de suas ações ou dos dividendos respectivos ou da fraudulenta indução à sua negociação. (Op. Cit., p. 564).

3.2. O caso concreto reflete exatamente essa situação. Confira-se a causa de pedir remota, extraída da petição inicial (fl. 8 do apenso 2):

[...] os atos irregulares praticados na administração de FUTURA, em flagrante abuso de poder e desvio de finalidade [...] com a colaboração do Co-réu Augusto Diegues, o Co-Réu Mario Cohen (i) desviou toda a clientela de FUTURA; (ii) transferiu a marca "FUTURA SMS" para sua empresa M. Cohen; (iii) transferiu todos os ativos tangíveis de FUTURA para sua empresa M. Cohen; e (iv) tomou o ponto comercial onde funcionava a sede social de FUTURA, na Rua Helena, nº 235, 3º andar, também em benefício de nova firma, a Co-Ré M. Cohen, e de seus novos sócios, os Co-Réus Carolina Ferraz e Rodolfo Volk.

A causa de pedir próxima, por seu turno, foi assim declinada (fls. 8-9 do apenso 2):

Em decorrência de todas essas irregularidades praticadas pelo Co-Réu Mario Cohen, **TRIBECA teve o valor de sua participação acionária no capital social de FUTURA reduzido a pó, não valendo qualquer centavo**, tendo em vista que FUTURA é hoje uma companhia *dormant*, sediada em um lava-rápido abandonado, sem a marca notória que a tornou reconhecida no mercado e qualquer fonte de renda, já que teve seus clientes e funcionários aliciados indevidamente pelos Réus. Isto sem contar que FUTURA atravessa, atualmente, difícil situação econômico-financeira e patrimonial, praticamente pré-falimentar, face ao seu elevado passivo fiscal e previdenciário.

Em decorrência, assim foi formulado o pedido (fl. 16 do apenso 2):

Ao final, aguarda-se que seja julgada PROCEDENTE esta ação, condenando-se os Réus **a ressarcir TRIBECA pelos prejuízos que lhe impingiram**, face aos ilícitos que perpetraram e que culminaram com a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

depreciação da participação acionária que TRIBECA detinha no capital social de FUTURA, a serem quantificados oportunamente em liquidação de sentença, bem com o pagamento dos ônus da sucumbência, incluindo honorários advocatícios.

Como se vê, a autora funda a demanda nos atos ilícitos praticados pelo ex-Diretor-Presidente da atual Bold Propaganda S.A., em conluio com Augusto Diegues, a partir dos quais surgiu o prejuízo por ela pessoalmente sofrido, qual seja o seu mais completo alijamento da condição de acionista, haja vista que a participação acionária que detinha foi reduzida a zero.

Isso se torna evidente na simples leitura do pedido: a autora não pretende não a recomposição de todo o ativo tangível e intangível transferido para outra empresa constituída no mesmo endereço e com os mesmos funcionários da Bold Propaganda, mas tão somente a percepção do valor referente aos exatos 49% do capital social que detinha em 1996, quando se iniciaram os atos lesivos.

Observada a máxima vênia, parece claro, a meu ver, a legitimidade ativa de Tribeca Propaganda para a propositura da presente demanda.

3.3. Quanto à alegação de que haveria um possível *bis in idem* derivado da condenação do ex-administrador em anterior ação de responsabilidade societária aforada por Tribeca, com base no art. 159, § 4º, da Lei das Sociedades Anônimas, é imperioso ressaltar que, diante da possibilidade de coexistência de prejuízos, uma vez que, do mesmo fato jurídico - ato ilícito praticado pelo administrador - podem surgir pretensões sociais e individuais de acionistas e de terceiros, é cabível a propositura de diversas demandas por todos aqueles que se julgarem prejudicados diretamente.

Em casos tais, é possível ao acionista fazer uso da prerrogativa estatuída nos §§ 3º e 4º do art. 159 da Lei das S.A. - ação social *uti singuli* originária e derivada, respectivamente.

No presente feito, segundo se deduz das contrarrazões ao recurso especial - o que foi confirmado da tribuna, na sessão de julgamento ocorrida em 17/3/2016, pelo patrono da recorrente Maria Carolina Alvares Ferraz -, essa outra demanda foi intentada com fundamento no mencionado § 4º, ostentando objeto diverso da presente ação individual, qual seja a apuração de desvio de recursos da companhia mediante pagamentos a falsos *free-lancers*, com emissão de notas fiscais fraudulentas (fls. 3.005 e 3.016-3.017):

6. Da ação de responsabilidade societária. TRIBECA descobriu graves irregularidades praticadas pelo Recorrente Mario Cohen na administração de Futura, **notadamente, desvio de recursos da companhia mediante pagamentos a falsos *free-lancers*, com emissão de notas fiscais fraudulentas. Tais ilícitos são objeto de ação de responsabilidade societária ajuizada enquanto a sociedade ainda esteve operante, em**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

28.8.1996, por **TRIBECA** (fls. 37/53). Lá, enquanto sofria danos indiretos, **TRIBECA** moveu em substituição legal de Futura, no interesse e a benefício de Futura, prejudicada direta, ação societária com fundamento no art. 159, §4º da Lei das Sociedades Anônimas (Processo nº 0529350-18.1996.8.26.0583, ora em curso perante o E. TJSP).

[...]

Note-se que, diferentemente do que se requer para propositura da ação social, aqui **TRIBECA** foi a única prejudicada com os atos ilícitos do administrador e acionista controlador. Conforme já exposto, o acionista controlador fundou sua própria empresa (M. Cohen) subtraindo ativos e clientes de Bold mediante atos ilegais, alguns dos quais já foram, inclusive, anulados judicialmente (Apelação Cível no 344.396-4/o, Rel. Des. Oscarlino Moelier, j. 9.9.2009).

32. Não há confusão, portanto, com a legitimidade ativa para a propositura da ação social de responsabilidade que, diferentemente, visa a reparação da sociedade por conta de desvios de recursos (Processo nº 0529350-18.1996.8.26.0583, ora em curso perante o E. TJSP). Os destinatários do ressarcimento são diferentes, assim como o são os fatos e a causa de pedir: lá na ação social de responsabilidade requer-se a devolução da quantia desviada ao caixa da sociedade; enquanto aqui nesta ação individual almeja-se a indenização do acionista minoritário **TRIBECA** por ter sido despejado das atividades comerciais de que participava em Bold, mediante atos ilícitos do administrador, sem direito a qualquer ressarcimento ou participação nos lucros da empresa sucessora M. Cohen, capturados pelos novos acionistas.

Isso é corroborado no seguinte excerto da sentença (fls. 2.795-2.976):

Na verdade, de todo o contexto factual e probatório se percebe que houve mesmo o esvaziamento do patrimônio líquido da antiga Futura Propaganda S/A, atual Bold Propaganda S/A, mas, por conta dos pagamentos de subcontratações de serviços de free-lancers. Esses dados sim, fazem efetiva diferença, nos resultados contábeis da empresa, cf. se verifica das respostas do perito a fls. 1698/1699.

Porém, esse fato, em específico, é objeto de outro processo cível e criminal ainda pendente de julgamento. De modo que, por óbvio, não nos cabe julgá-lo.

O Tribunal *a quo* também não se furtou ao registro (fls. 2.919-2.920):

Ocorre que o laudo pericial de fls. 1.645/1700, acompanhado de mais de oitocentas páginas de documentos e cálculos, não trouxe uma conclusão definitiva sobre o valor da participação acionária da autora e que deveria ser objeto de ressarcimento por parte dos réus.

Na verdade, o perito apresentou três alternativas de cálculo, uma considerando os resultados contábeis (prejuízos), outra considerando os resultados meramente operacionais (prejuízos) e uma terceira considerando os resultados operacionais, **acrescido dos pagamentos efetuados aos "free-lancers", objeto de outra demanda.** Também não calculou o valor da marca alienada pelo corréu Mário Cohen, que indiscutivelmente integrava o patrimônio intangível da empresa Bold Publicidade Ltda.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ressoa inequívoca, portanto, a diversidade das ações.

4. Quanto à suposta ilegitimidade passiva *ad causam*, verifica-se que o recurso especial apontou violação ao art. 158 da Lei das S.A., uma vez que, segundo alegam, "motivo algum há para manter no polo passivo aqueles que não foram, em momento algum, administradores da BOLD" (fl. 2.976) e que "se a ação fosse para apuração de eventual concorrência desleal - assim fugindo do ato de administrador - evidente que tal concorrência teria como prejudicada direta a BOLD e seria praticada exclusivamente pela M. COHEN PROPAGANDA, nunca pelos demais Corrêus" (fl. 2.977).

Apesar de terem invocado o art. 267, VI, do CPC, nenhum parágrafo das razões recursais foi direcionado à argumentação acerca da violação desse dispositivo.

Por primeiro, o art. 158 da Lei n. 6.404/1976 não foi prequestionado, o que tem o condão de impedir o conhecimento do tema por esta Corte Superior.

De fato, para deixar o ponto estreme de dúvidas, o teor do acórdão recorrido, que, usando da boa técnica processual, afastou a preliminar de ilegitimidade passiva dos ora recorrentes, explicitando que a análise é de mérito (fls. 2.915-2.920):

Alegaram os réus, na contestação (fls. 196/198 dos autos originais - apensos ao primeiro volume dos autos de restauração), a ilegitimidade passiva dos corréus M. Cohen Propaganda Ltda, Maria Carolina Alvares Ferraz e Rodolfo Volk, porque a eles não foi imputada violação de direitos e do corréu Augusto César Diegues Gomes, que também não praticou qualquer ato ilícito, tendo agido no estrito cumprimento do dever legal imposto pela Lei das Sociedades Anônimas.

Tal preliminar não tinha consistência, contudo.

Segundo a inicial, todos os corréus participaram ou obtiveram benefício patrimonial com o esvaziamento da empresa da qual é sócia minoritária, o que basta para reconhecer sua legitimidade para figurar no polo passivo da lide.

Augusto César Diegues Gomes, segundo afirmou a inicial, era, até 22/01/1997, um simples empregado da Futura Propaganda S/A. (fls.110), e teria participado da trama urdida por Mário Cohen, inclusive sucedendo-o no cargo de presidente da empresa quando esta já estava em fase pré-falimentar, possibilitando, assim, que o antigo controlador pudesse abrir uma nova agência de publicidade logo em seguida (22/04/1997).

Os demais corréus, a nova sociedade anônima e seus sócios, se se concluir pela comprovação da tese da inicial, tiveram proveito econômico com os atos narrados nos autos, afigurando-se sem nenhum propósito jurídico a sua exclusão da lide.

No mérito, a apelante tem razão.

Com efeito, como se vê da farta prova documental e pericial, não há qualquer dúvida de que, de fato, o corréu Mário Cohen, com o auxílio de Augusto César Diegues Gomes, que abriu mão do emprego que tinha na "Futura Propaganda S/A", cuja razão social foi alterada para "Bold



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Propaganda S/A.", para se tornar o presidente de uma sociedade praticamente falida, em represália a uma ação judicial ajuizada pela apelante em 28/08/1996 para apuração de irregularidades na administração da Futura Propaganda S/A., articulou um plano para transferir todo o patrimônio tangível e intangível da empresa para outra, que viria a constituir logo em seguida, tornando, assim, sem nenhum valor a participação acionária da apelante.

Os atos lesivos começaram em 30/10/1996, quando a autora, acreditando que estaria contribuindo para a solução dos problemas financeiros que a empresa vinha enfrentando, concordou, em assembleia geral extraordinária convocada por Mário Cohen, com a mudança da sede social da empresa para outro endereço.

Todavia, do suntuoso e moderno ambiente de trabalho, situado em um dos mais caros endereços de São Paulo, a empresa foi transferida para uma edícula precária, em terreno minúsculo, que até então servira como lava-rápido, o que somente se tornou de conhecimento da autora quando da realização da primeira assembleia dos acionistas na nova sede, em 27/03/1997, quando, em razão da inexistência de instalações próprias e ausência dos livros sociais, a autora pleiteou a lavratura do boletim de ocorrência de fls. 105/106.

Nessa assembleia, Mario Cohen fez aprovar a alteração da razão social da Futura para "Bold Propaganda S/A.", apesar dos protestos da autora, que entendia que o antigo nome comercial constituía um valioso ativo intangível da empresa. E, como a prova pericial o demonstrou, a partir de então todos os clientes da Bold foram transferidos para a nova empresa, "M. Cohen Propaganda Ltda.". Sem sede, sem equipamentos, sem funcionários e sem clientes, a Bold encerrou suas atividades em 1998.

O mais grave é que Mário Cohen, juntamente com os corréus Maria Carolina Alvares Ferraz e Rodolfo Volk, logo depois da assembleia em que resultou alterada a razão social da Futura para Bold, procedeu à constituição de uma nova empresa, inicialmente denominada "Futura Propaganda Ltda."!!! (fls. 112/118), posteriormente alterada para "M. Cohen Propaganda Ltda." (fls. 119/126), com endereço na cidade de Barueri, mas que lá nunca foi instalada. Na verdade, a nova empresa nunca deixou de funcionar no endereço da Bold, mantendo as mesmas instalações e ativos, inclusive com a manutenção de todos os antigos funcionários desta.

Não se pode desconsiderar, ainda, porque sintomático, que pouco antes, em 17/03/1997, Mário Cohen cedeu a marca "Futura SMS", de propriedade da "Futura Propaganda Ltda." (depois "Bold"), por valor irrisório à Fundação Roberto Marinho, mas estranhamente resguardando para si próprio o direito de utilizá-la gratuitamente nos ramos de publicidade e propaganda (fls. 93). Na verdade, o que a farta prova documental e pericial revelou foi que, de fato, os apelados, mediante ardil, apropriaram-se de todo o patrimônio social da Bold Propaganda S/A., transferindo-o integralmente para a nova empresa dos corréus Mário Cohen, Maria Carolina Alvares Ferraz e Rodolfo Volk, M. Cohen Propaganda Ltda., tornando sem qualquer valor a expressiva participação acionária da autora naquela (49%).

Observe-se que, como se vê do acórdão de fls. 2.695/2.705, já foi reconhecida judicialmente a nulidade das assembleias gerais que decidiram pela alteração da sede da Futura e de sua razão social para Bold Propaganda S/A., exatamente pela existência de prova do dolo com que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

agiram os corréus.

Merece transcrição parte daquele julgado:

"Diante de todo esse cenário e dos elementos alinhavados, resta consubstanciado o dolo na alteração da denominação social, porque o sócio majoritário, em seguida, constituiu nova empresa e com a mesma finalidade. E, como se não bastasse o fato de ter se apropriado do nome da empresa, elemento incorpóreo de natureza essencial, ainda utilizou-se do mesmo estabelecimento comercial para dar continuidade aos seus negócios, tudo em flagrante detrimento do direito da sócia minoritária.

Vale dizer, por meio de decisões proferidas em assembleias, o sócio majoritário fez dissipar o fundo de comércio da empresa, impedindo a sua continuidade, e constituindo em seu lugar nova empresa, alijando a apelante da atividade comercial.

Aplicável à espécie, nomeadamente, o art. 115, § 4º, da Lei nº 6404/76.

As assembleias assim são nulas. Houve indução a erro, quanto à mudança do domicílio da empresa, o que se constata pela finalidade objetivada de apropriação indevida do nome empresarial e de seu estabelecimento de fato.

É inadmissível e refoge totalmente do princípio basilar societário ('afecctio societatis'), a mudança de endereço e do nome comercial por intenção do sócio majoritário, que, ao cabo de suas investidas, reabre nova empresa, no mesmo endereço, mesmo ramo de atividade e mesmo nome empresarial" (Apelação nº 344.396-4/0-00, Rel. Des. Oscarlino Moeller, j. 09/09/2009).

A obrigação de indenizar a autora, portanto, é inarredável.

Ainda que assim não fosse, como bem destacado pelo douto Ministro relator, foi adotada, pelo CPC de 1973, a teoria da asserção, segundo a qual a legitimidade para a causa deve ser aferida pelo magistrado, desde logo, pelo exame da petição inicial, de modo a evitar que o processo caminhe inutilmente, com dispêndio de tempo e de recursos (este feito já tramita há 18 anos!), quando já se vislumbra a inadmissibilidade do julgamento meritório.

Por outro lado, quando a carência de qualquer das condições da ação só puder ser aferida a final, posteriormente à fase probatória (que neste processo foi intensa e demorada), a sentença será de mérito, ou seja, pela procedência ou improcedência do pedido, tendo em vista a adoção, pela doutrina pátria, da teoria da prospectação.

Ada Pellegrini Grinover, em perfeita síntese do tema, elucida, com maestria, a matéria:

Se a inexistência das condições da ação, todavia, for aferida só a final, diante da prova produzida (e não há preclusão nesta matéria, podendo o juiz rever sua anterior manifestação), duas posições podem ser adotadas: para a primeira (teoria da apresentação), mesmo que venha a final, a decisão será de carência da ação; para a segunda (teoria da prospectação), a sentença nesse caso será de mérito. A segunda dessas teorias prevalece na doutrina brasileira [...]. (CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; e DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Ed. Malheiros, 2013, p. 291).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Precedentes da Casa caminham no mesmo sentido:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS INFRINGENTES. ACÓRDÃO QUE, POR MAIORIA, ACOLHE PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE PASSIVA. CABIMENTO. [...]

3. De acordo com a teoria da asserção se, na análise das condições da ação, o Juiz realizar cognição profunda sobre as alegações contidas na petição, após esgotados os meios probatórios, terá, na verdade, proferido juízo sobre o mérito da controvérsia.

4. A natureza da sentença, se processual ou de mérito, é definida por seu conteúdo e não pela mera qualificação ou nomen juris atribuído ao julgado, seja na fundamentação ou na parte dispositiva. Entendida como de mérito a decisão proferida, indiscutível o cabimento dos embargos infringentes.

5. Recurso especial a que se dá provimento.

(REsp 1157383/RS, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 14/08/2012, DJe 17/08/2012)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO. ART. 1º DO DECRETO 20.910/32. ACÓRDÃO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 83. ILEGITIMIDADE PASSIVA. VERIFICAÇÃO. JULGAMENTO COM RESOLUÇÃO DO MÉRITO. TEORIA DA ASSERÇÃO. DECISÃO MANTIDA. OUTROS FUNDAMENTOS. [...]

4. A Corte a quo, para chegar à conclusão de que as ora agravadas não eram partes legítimas a figurarem no polo passivo, necessitou realizar amplo exame do mérito. "De acordo com a teoria da asserção se, na análise das condições da ação, o Juiz realizar cognição profunda sobre as alegações contidas na petição, após esgotados os meios probatórios, terá, na verdade, proferido juízo sobre o mérito da controvérsia" (REsp 1.157.383/RS, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 14/8/2012, DJe 17/8/2012) .

5. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 675.513/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 05/08/2015)

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE NULIDADE DE PROMESSAS DE COMPRA E VENDA E DE PERMUTA DE IMÓVEL. VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. OMISSÃO INEXISTENTE. REFORMA DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. INTERESSE PROCESSUAL. LEGITIMIDADE ATIVA. CONDIÇÕES DA AÇÃO. APLICABILIDADE DA TEORIA DA ASSERÇÃO. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. POSSIBILIDADE DE JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. SÚMULA Nº 7 DO STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. Não há violação ao art. 535, II, do CPC se foram analisadas as questões controvertidas objeto do recurso pelo Tribunal de origem, afigurando-se dispensável a manifestação expressa sobre todos os argumentos apresentados, especialmente no caso em que a análise aprofundada das condições da ação é obstada pela teoria da asserção.

2. As condições da ação, dentre elas o interesse processual e a legitimidade ativa, definem-se da narrativa formulada inicial, não da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

análise do mérito da demanda (teoria da asserção), razão pela qual não se recomenda ao julgador, na fase postulatória, se aprofundar no exame de tais preliminares.

3. A decisão das instâncias ordinárias sobre a necessidade de dilação probatória não pode ser revista em sede de recurso especial, sob pena de adentrar no conjunto fático-probatório dos autos (Súmula nº 7 do STJ).

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1561498/RJ, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 01/03/2016, DJe 07/03/2016)

No caso, os recorrentes - após cerca de 18 anos de trâmite processual, com realização de diversas perícias e, inclusive, uma reconstituição dos autos -, vêm discorrer sobre o mérito da causa - travestido de questão preliminar -, defendendo sua não responsabilização em virtude de não terem praticado ato de administração, o que, a meu juízo, desborda do exame da mera ilegitimidade passiva *ad causam*, única questão devolvida ao exame deste Tribunal.

O Tribunal *a quo*, repita-se, registrou o ponto, aplicando, de forma escorreita, a teoria da asserção (fl. 2.916), e parece que qualquer outra forma de conhecer do recurso implica, *data maxima venia*, afronta ao verdadeiro papel deste Tribunal Superior, que não deve figurar como terceira instância, mas desenvolver sua condição de guardião da lei federal.

Não é demasiado lembrar que o reexame da existência ou não de responsabilidade dos recorrentes - questão de mérito - não poderia, de forma alguma, ser feito em sede de recurso especial, em virtude do óbice erigido pela Súmula 7 do STJ, tanto mais quando a própria parte recorrente delimita o objeto do recurso como questão preliminar - apesar de discorrer sobre matéria de mérito, em patente incongruência.

5. No tocante à indenização e aos lucros cessantes, asseverou a Corte Estadual (fls. 2.920-2.921):

Para se evitar desnecessárias e infinitas controvérsias sobre a forma de apuração dos prejuízos da autora, fica desde já fixado que a indenização deve corresponder a 49% (quarenta e nove por cento) do capital social da Bold Propaganda S/A. em 30/10/1996, quando se iniciaram os atos lesivos e que culminaram com o esvaziamento de sua participação acionária, assim considerado o patrimônio material e imaterial, no qual se inclui o valor da marca "Futura SMS" alienada em 17/03/1997.

Por outro lado, na consideração do disposto no art. 1.059, *caput*, do Código Civil de 1916, vigente por ocasião do ajuizamento, e repetido no art. 402 do atual, a indenização deve incluir, também, o que a autora efetivamente perdeu ou deixou razoavelmente de ganhar em razão da forma como foi alijada da empresa. E, considerando que a corré M. Cohen Propaganda S/A. (que nada mais é do que uma "sucessora" da Bold Propaganda Ltda., mas com outros sócios) ainda se encontra em atividade, **os lucros cessantes devem corresponder a tudo o que a autora deixou de ganhar até a data do ajuizamento da ação.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fixados tais parâmetros, o valor efetivo da indenização será apurado na fase de liquidação do julgado.

Em embargos de declaração, arguido sobre a ocorrência de julgamento *ultra petita* em decorrência da condenação ao pagamento de lucros cessantes, estatuiu o Tribunal de origem (fls. 2.940-2.941):

A inicial pleiteou a condenação dos réus "pelos prejuízos que lhe impingiram, face aos ilícitos que perpetraram e que culminaram com a depreciação da participação acionária que TRIBECA detinha no capital social de FUTURA, a serem quantificados oportunamente em liquidação de sentença" (fls. 16 - autos apensos ao 1º volume).

O acórdão, portanto, em atenção ao disposto no art. 1.059, caput, do Código Civil de 1916, vigente por ocasião do julgamento, e repetido no art. 402 do atual, acolhendo integralmente a pretensão inaugural, entendeu que nos pleiteados "prejuízos" se inclui o que a autora efetivamente perdeu ou deixou razoavelmente de ganhar em razão da forma como foi alijada da empresa. Não houve, ao contrário do insinuado nos embargos, julgamento "ultra petita".

Considerando que não há nenhum fato novo a ser provado, é evidente que, observados os parâmetros traçados no acórdão, a liquidação deverá ser feita por arbitramento.

Com efeito, tendo sido realizado pedido genérico de reparação de todos os prejuízos decorrentes da depreciação da participação acionária que detinha no capital social de Futura Propaganda (atual Bold Propaganda), depreende-se que a autora deliberou incluir no montante indenizatório também o valor relativo àquilo que deixou de lucrar, nos termos do art. 402 do CC:

Art. 402. Salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar.

Ademais, o pedido deve ser aferido a partir de uma análise "[d]aquilo que se pretende com a instauração da demanda e se extrai a partir de uma interpretação lógico-sistemática do afirmado na petição inicial, recolhendo todos os requerimentos feitos em seu corpo, e não só aqueles constantes em capítulo especial ou sob a rubrica 'dos pedidos'". (REsp 120.299/ES, Quarta Turma, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ de 21/9/1998).

Dessarte, não se vislumbra a ocorrência de julgamento *ultra petita*, mas apenas que o Tribunal estadual, nos lindes do pedido e após a manifesta comprovação do dano alegado pela autora - pressuposto imprescindível dos lucros cessantes -, determinou o pagamento dessa parcela relativamente ao período entre o início dos atos lesivos - 30/10/1996 - e a propositura da ação - em agosto de 1998 -, considerada esta última data



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

como o momento em que o sócio manifestou inequivocamente sua intenção de retirada da sociedade.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DISSOLUÇÃO PARCIAL DE SOCIEDADE. PREJUDICIALIDADE EXTERNA INVOCADA. NÃO ENFRENTAMENTO DA FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO. SÚMULA Nº 283/STF. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. ADEQUAÇÃO E UTILIDADE DO PROVIMENTO JUDICIAL. PRETENSÃO QUE NÃO ENCONTRA VEDAÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. IMPOSSIBILIDADE DE COMPREENSÃO DA CONTROVÉRSIA. SÚMULA Nº 284/STF. MORA DO AUTOR DISSIDENTE. PREMISSA FÁTICA DIVORCIADA DA MOLDURA ESTABELECIDA NA ORIGEM. SÚMULA Nº 7/STJ. POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO PARCELADO. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. TERMO INICIAL DE CONSTITUIÇÃO DA MORA. EFETIVA LIQUIDAÇÃO DOS HAVERES. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. FIXAÇÃO EM VALOR IRRISÓRIO. ADEQUAÇÃO.

1. Quanto à alegação de que o ajuizamento da ação de revogação de doação por ingratidão encerraria causa prejudicial externa, determinante da suspensão do processo de dissolução parcial da sociedade, o insurgente deixa de impugnar fundamento do acórdão suficiente para conferir sustentação jurídica ao julgamento. Incidência da Súmula nº 283/STF.

2. **De acordo com a orientação jurisprudencial desta Corte, o sócio que pretenda desvincular-se da sociedade tem interesse de agir, ainda que tenha havido concordância do outro sócio sobre a dissolução, uma vez que não se trata de mera alteração contratual, mas de levantamento dos valores patrimoniais devidos a quem pretende retirar-se, mostrando-se útil o ajuizamento da ação para esse fim (REsp 271.930/SP, Rel. Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, Quarta Turma, DJ 25/03/2002).**

3. **No momento do ajuizamento da ação, o sócio dissidente demonstrou o interesse em se retirar da sociedade e de receber os seus haveres**, o que, segundo o acórdão recorrido, não ocorreu nem antes, nem depois do prazo legalmente instituído (art. 1.031 do CC).

Consequentemente, a adequação e a utilidade do provimento jurisdicional reclamado se mostram patentes.

[...]

9. Recursos especiais de DIMAS ARNOLDO DA SILVA e DIMAS EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA. e OUTROS não providos. Recurso especial de HEMERSON DIMAS DA SILVA parcialmente provido para majorar os honorários advocatícios sucumbenciais para o percentual de 1% (um por cento) sobre a vantagem auferida pelo autor na apuração dos haveres.

(REsp 1472941/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 24/02/2015, DJe 13/03/2015)

6. Ante o exposto, renovando a vênia devida ao douto Ministro Relator, ousou dele divergir, para negar provimento ao recurso especial.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUARTA TURMA

Número Registro: 2012/0044971-9

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.536.949 / SP

Números Origem: 03492836 1963983 25362 3492836 9068311802006 90683118020068260000
994060277548

PAUTA: 10/05/2016

JULGADO: 17/05/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO BUZZI**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. JOSE ADONIS CALLOU DE ARAUJO SA

Secretária

Dra. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: AUGUSTO CÉSAR DIEGUES GOMES
RECORRENTE	: RODOLFO VOLK
RECORRENTE	: M COHEN PROPAGANDA LTDA
RECORRENTE	: MARIO COHEN
ADVOGADOS	: SÉRGIO SILVEIRA BANHOS MARCELO LAMANNA DE CAMPOS MAIA DÓRIA
RECORRENTE	: MARIA CAROLINA ALVARES FERRAZ
ADVOGADOS	: ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO E OUTRO(S) RODRIGO CÂNDIDO DE OLIVEIRA E OUTRO(S) PAULA MENNA BARRETO MARQUES E OUTRO(S)
RECORRIDO	: TRIBECA PROPAGANDA PUBLICIDADE E PARTICIPAÇÕES LTDA
ADVOGADOS	: VICENTE COELHO ARAÚJO DIÓGENES MENDES GONÇALVES NETO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prssequindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Luis Felipe Salomão negando provimento ao recurso especial, divergindo do relator, PEDIU VISTA dos autos o Sr. Ministro Raul Araújo.

Aguardam os Srs. Ministros Maria Isabel Gallotti (Presidente) e Antonio Carlos Ferreira.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.536.949 - SP (2012/0044971-9)

VOTO

MINISTRA MARIA ISABEL GALLOTTI: Senhores Ministros, tendo ouvido atentamente os minuciosos votos do Relator, do Ministro Luis Felipe Salomão, em divergência, e, agora, do Ministro Raul Araújo, peço a máxima vênia à divergência para acompanhar o Relator quanto à preliminar de ilegitimidade ativa, que me parece manifesta.

Verifico que o voto do Ministro Raul Araújo levou em conta a circunstância de ser percentualmente grande o prejuízo da autora da ação, uma vez que ela é detentora de 49% (quarenta e nove por cento) das ações da empresa que se alega ter sido fortemente prejudicada, tanto pela alteração da sede como do nome, assim como a perda da clientela. Ou seja, o que se alega é que a empresa da qual eram sócios os autores e um dos réus foi grandemente esvaziada e o valor econômico de sua participação acionária foi reduzido a praticamente nada. Portanto, o prejuízo que a autora sofreu, embora grande, uma vez que era grande a sua participação na sociedade, resultou do esvaziamento da sociedade, ou seja, foi um prejuízo causado diretamente ao patrimônio da sociedade cujo nome foi alterado e cuja sede foi transferida. Não foi um prejuízo individualmente sofrido de forma direta pelo sócio; ele sofreu prejuízo na medida em que o valor do patrimônio da empresa e, portanto, das ações foi depreciado.

Penso que essa circunstância de ser grande o percentual de 49% (quarenta e nove por cento) de participação da autora na sociedade esvaziada não torna o prejuízo sofrido pela empresa em prejuízo direto ao sócio. Trata-se de prejuízo à sociedade, indiretamente sofrido pelo sócio. O alegado prejuízo do sócio foi grande simplesmente porque é grande a sua participação acionária.

Observo que o fato de essa participação exceder a 5% (cinco por cento) é exatamente o que o qualifica a propor a ação social *uti singuli*, prevista também no art. 159, § 4º; mas, por sua vez, exclui que pudesse ele, pelo mesmo prejuízo, considerar-se lesado diretamente, uma vez que a lesão, repito, foi ao patrimônio da sociedade esvaziada, atingindo indiretamente todos os seus acionistas, detentores de qualquer percentual, grande ou pequeno das ações.

Observo, todavia, que, caso fique vencido o voto do Relator, o qual estou acompanhando quanto à preliminar de ilegitimidade ativa, quanto ao mais, adiro à conclusão do voto-vista do Ministro Raul Araújo de limitar eventual responsabilidade que seja atribuída aos sócios minoritários ao benefício econômico por cada um deles auferido. Refiro-me especificamente dos réus Maria Carolina Alvares Ferraz e Rodolfo



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Volk, aos quais, como assinalado pelo voto-vista do Ministro Raul Araújo, não é imputado ato algum, exceto que, como aceitaram ser sócios minoritários da nova empresa, tiveram proveito econômico. Ora, se o fundamento da responsabilidade deles é apenas o proveito econômico, penso que não poderia a condenação superar o proveito econômico que tiveram na nova empresa. Quanto à questão dos lucros cessantes, caso vencida essa preliminar de ilegitimidade ativa, também adiro, no ponto, ao voto do Ministro Raul Araújo.

Em conclusão, acompanho o voto do Ministro Marco Buzzi, porque voto pela extinção do processo por ilegitimidade ativa.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUARTA TURMA

Número Registro: 2012/0044971-9

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.536.949 / SP

Números Origem: 03492836 1963983 25362 3492836 9068311802006 90683118020068260000
994060277548

PAUTA: 04/08/2016

JULGADO: 04/08/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO BUZZI**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. EUGÊNIO JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO

Secretária

Dra. TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: AUGUSTO CÉSAR DIEGUES GOMES
RECORRENTE	: RODOLFO VOLK
RECORRENTE	: M COHEN PROPAGANDA LTDA
RECORRENTE	: MARIO COHEN
ADVOGADOS	: SÉRGIO SILVEIRA BANHOS MARCELO LAMANNA DE CAMPOS MAIA DÓRIA
RECORRENTE	: MARIA CAROLINA ALVARES FERRAZ
ADVOGADOS	: ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO E OUTRO(S) RODRIGO CÂNDIDO DE OLIVEIRA E OUTRO(S) PAULA MENNA BARRETO MARQUES E OUTRO(S)
RECORRIDO	: TRIBECA PROPAGANDA PUBLICIDADE E PARTICIPAÇÕES LTDA
ADVOGADOS	: VICENTE COELHO ARAÚJO DIÓGENES MENDES GONÇALVES NETO E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Raul Araújo dando parcial provimento ao recurso especial, divergindo do relator, e o voto da Ministra Maria Isabel Gallotti acompanhando o relator, PEDIU VISTA dos autos o Ministro Antonio Carlos Ferreira.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.536.949 - SP (2012/0044971-9)

RELATOR : **MINISTRO MARCO BUZZI**
RECORRENTE : AUGUSTO CÉSAR DIEGUES GOMES
RECORRENTE : RODOLFO VOLK
RECORRENTE : M COHEN PROPAGANDA LTDA
RECORRENTE : MARIO COHEN
ADVOGADOS : SÉRGIO SILVEIRA BANHOS - DF013415
MARCELO LAMANNA DE CAMPOS MAIA DÓRIA - SP194560
RECORRENTE : MARIA CAROLINA ALVARES FERRAZ
ADVOGADOS : ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO E OUTRO(S) - DF004107
RODRIGO CÂNDIDO DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - RJ064790
PAULA MENNA BARRETO MARQUES E OUTRO(S) - RJ165772
RECORRIDO : TRIBECA PROPAGANDA PUBLICIDADE E PARTICIPAÇÕES LTDA
ADVOGADOS : VICENTE COELHO ARAÚJO - DF013134
DIÓGENES MENDES GONÇALVES NETO E OUTRO(S) - SP139120

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO ANTONIO CARLOS FERREIRA: Aproveito-me dos bem elaborados relatórios gravados nos votos antecedentes.

Como bem sintetizado pelo em. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO em seu voto-vista, o julgamento deste recurso especial passa pela avaliação de quatro questões jurídicas fundamentais, segundo a argumentação desenvolvida pela recorrente em suas razões recursais: "**a)** da ilegitimidade *ad causam* da sociedade Tribeca Propaganda, Publicidade e Participações Ltda., uma vez que, como acionista minoritária, o seu prejuízo com a conduta irregular dos réus na administração da empresa Bold Propaganda S.A., à época denominada Futura Propaganda S.A., seria apenas indireto; **b)** da ilegitimidade passiva *ad causam* de M. Cohen Propaganda Ltda., Maria Carolina Alvares Ferraz e Rodolfo Volk, haja vista que a ação é fundada em 'ato do administrador', além de não ter sido imputada a estes dois últimos nenhuma conduta lesiva, mas tão somente feita a alegação de que, por serem sócios minoritários na M. Cohen Propaganda, teriam sido favorecidos pelas irregularidades praticadas pelo então administrador Mario Cohen; **c)** da ilegitimidade passiva *ad causam* de Augusto Diegues ante a ausência de responsabilidade em relação às condutas alegadamente prejudiciais a Bold Propaganda, uma vez que ele somente assumiu a presidência dessa sociedade quando ela já estava em fase pré-falimentar; **d)** da ocorrência de julgamento *ultra petita*, porquanto o pedido inicial não abrangeu a condenação por lucros cessantes."

Passo ao exame do recurso.

Ilegitimidade ativa *ad causam*

A ação de responsabilidade contra o administrador da sociedade anônima é



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

disciplinada no art. 159 da LSA nos seguintes termos:

"Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembléia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio.

§ 1º A deliberação poderá ser tomada em assembléia-geral ordinária e, se prevista na ordem do dia, ou for consequência direta de assunto nela incluído, em assembléia-geral extraordinária.

§ 2º O administrador ou administradores contra os quais deva ser proposta ação ficarão impedidos e deverão ser substituídos na mesma assembléia.

§ 3º Qualquer acionista poderá promover a ação, se não for proposta no prazo de 3 (três) meses da deliberação da assembléia-geral.

§ 4º Se a assembléia deliberar não promover a ação, poderá ela ser proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento), pelo menos, do capital social.

§ 5º Os resultados da ação promovida por acionista deferem-se à companhia, mas esta deverá indenizá-lo, até o limite daqueles resultados, de todas as despesas em que tiver incorrido, inclusive correção monetária e juros dos dispêndios realizados.

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

§ 7º A ação prevista neste artigo não exclui a que couber ao acionista ou terceiro diretamente prejudicado por ato de administrador."

Colhe-se pela redação do dispositivo que a legitimidade para promovê-la compete, em um primeiro plano, à própria companhia, que, se assim for deliberado por meio de assembleia, deve formular pedido visando à recomposição de seu próprio patrimônio. É a chamada "ação social *uti universi*". Na espécie, a empresa propõe a demanda em seu nome e reivindica direito próprio.

Se, aprovada em assembleia, a ação não for ajuizada no prazo de três (3) meses, a lei faculta a qualquer acionista fazê-lo (§ 3º). E, no caso de ser desaprovada a propositura da demanda, ainda assim está previsto o ajuizamento da ação por acionistas que representem, ao menos, 5% (cinco por cento) do capital social (§ 4º). Nestes dois últimos casos, os autores da ação de responsabilidade agem em substituição processual, naquilo que a doutrina nominou – ao meu ver impropriamente – de "ação social *uti singuli*".

Em quaisquer dessas espécies de "ação social", o pedido deve reivindicar a reparação do patrimônio da sociedade, como expressamente assenta o § 5º do dispositivo. Não pode o autor pleitear indenização em nome próprio, sob pena de revelar flagrante ilegitimidade.

De outro lado, a norma legal ressalva de maneira expressa o direito de ação do acionista e terceiros diretamente prejudicados pelos atos praticados pelo administrador, consagrando assim as chamadas "ações individuais". O pedido, nesse caso, deve ter por exclusiva finalidade a reparação dos danos suportados pelo próprio autor da ação, ainda que eventualmente repercuta nos interesses de outros acionistas.

Nesse sentido é o magistério de Modesto Carvalhosa:

"A ação social, seja intentada diretamente pela companhia, seja substitutivamente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelos acionistas, visa a restabelecer o equilíbrio interno da pessoa jurídica, colhendo esta os benefícios do processo e as respectivas reparações.

A ação individual aproveita apenas ao seu autor, sendo seu pressuposto que tal favorecimento judicial não prejudicará o direito dos demais sócios. Ainda que outros acionistas ou classe deles possam estar interessados no resultado, este não se lhes estende, pois estão fora do processo, ainda que seus efeitos possam afetar legitimamente o patrimônio ou os direitos deles.

A ação individual do acionista tende à satisfação de seus interesses pessoais, ainda que não estranhos aos do colégio acionário. A intenção do acionista não é restabelecer a ordem coletiva, ainda que esta tenha sido afetada. O seu intento é obter a reparação de um prejuízo jurídico ou patrimonial que direta e pessoalmente sofreu.

A ação social tem por fundamento o dano causado à companhia e à coletividade dos seus acionistas. Interessa, portanto a todos. Como já se referiu, a ação social visa a restaurar o direito ou a reconstituir o patrimônio da própria sociedade.

Visa o remédio a restabelecer o equilíbrio das relações no seio da companhia e à reparação civil dos prejuízos causados pelos administradores ao patrimônio social. A ação social é o remédio eficaz para garantir o reconhecimento das prerrogativas do acionista junto à companhia, notadamente quanto à sua participação na vontade social e no controle da legitimidade das funções e poderes dos administradores."

(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*. 4ª ed., revista e atualizada. São Paulo: Saraiva: 2009. Págs. 380/381)

No caso presente, a ação foi ajuizada sob o fundamento da autorização contida no § 7º do art. 159 (e-STJ, fls. 9/10 do apenso n. 2), com pedido para que os réus sejam condenados a indenizar diretamente a autora da ação, sócia minoritária detentora de 49% (quarenta e nove por cento) do capital social. Confira-se (e-STJ, fl. 16 do apenso n. 2):

"42. – Ao final, aguarda-se que seja julgada PROCEDENTE esta ação, condenando-se os Réus a ressarcir TRIBECA pelos prejuízos que lhe impingiram, face aos ilícitos que perpetraram e que culminaram com a depreciação da participação acionária que TRIBECA detinha no capital social de FUTURA, a serem quantificados oportunamente em liquidação de sentença, bem como no pagamento dos ônus da sucumbência, incluindo honorários advocatícios."

A controvérsia reside, assim, na avaliação sobre a natureza dos prejuízos suportados pela autora da ação – se estão enquadrados na previsão do referido dispositivo, para efeito de se aferir a legitimidade ativa *ad causam* –, na medida em que a norma legal exige que o demandante tenha sido **diretamente** prejudicado pelo ato do administrador.

E, segundo a jurisprudência assente nesta Corte Superior, o exame sobre a presença das condições da ação deve ser feita *in status assertionis*, ou seja, à luz da causa de pedir e dos fundamentos apresentados na petição inicial, sendo certo ainda que, "se o juiz realizar cognição profunda sobre as alegações contidas na petição, após



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

esgotados os meios probatórios, terá, na verdade, proferido juízo sobre o mérito da questão" (REsp 832.370/MG, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 02/08/2007, DJ 13/08/2007, p. 366).

Isso ponderado, em que pese a relevância da tese jurídica desenvolvida nas razões recursais, todavia em vista da causa de pedir (remota e próxima) e os pedidos deduzidos na petição inicial (e-STJ, fls. 1/16 do apenso 2), não há como acolher os argumentos pela ilegitimidade ativa da recorrida, em possível violação do art. 267, VI, do CPC/1973.

Com efeito, o exame dos fatos e fundamentos jurídicos gravados na peça de início revela a pretensão da TRIBECA PARTICIPAÇÕES em ver-se ressarcida de prejuízos que ela própria suportou, diretamente, pela grave depreciação das ações que representam sua participação na empresa "Bold Propaganda" (antes "Futura Propaganda").

Esses prejuízos, segundo o enredo inicial, não resultam de meros atos de gestão inexitosos, mas da adoção de práticas pelo administrador (o único outro sócio da empresa, detentor dos restantes 51% das ações) que tinham por objetivo primordial causar danos diretamente à sócia minoritária, mercê das desavenças decorrentes da disputa hostil pelo controle da empresa. Ainda segundo a narrativa inicial, cabe ressaltar, não descuidou o sócio-administrador de reservar para si o patrimônio tangível e intangível da sociedade, transferindo-o para outra empresa de sua propriedade. Vejamos, a propósito, a causa de pedir gravada na peça de início (e-STJ, fls. 8/9 do apenso n. 2):

"25. - Em decorrência dos atos irregulares praticados na administração de FUTURA, em flagrante abuso de poder e desvio de finalidade, contrariando o disposto nos artigos 117, § 1º, letras 'a', 'b' e 'c', e § 3º, 153, 154, § 2º, letra 'a', 155, 156 e 245 da Lei das Sociedades por Ações, com a colaboração do Co-Réu Augusto Diegues, o Co-Réu Mario Cohen (i) desviou toda a clientela de FUTURA; (ii) transferiu a marca 'FUTURA SMS' para sua empresa M. Cohen; (iii) transferiu todos os ativos tangíveis de FUTURA para sua empresa M. Cohen; e (iv) tomou o ponto comercial onde funcionava a sede social de FUTURA, na Rua Helena, nº 235, 3º andar, também em benefício de nova firma, a Co-Ré M. Cohen, e de seus novos sócios, os Co-Réus Carolina Ferraz e Rodolfo Volk.

26. - Em decorrência de todas essas irregularidades praticadas pelo Co-Réu Mario Cohen, TRIBECA teve o valor de sua participação acionária no capital social de FUTURA reduzido a pó, não valendo qualquer centavo, tendo em vista que FUTURA é hoje uma companhia dormant, sediada em um lava-rápido abandonado, sem a marca notória que a tornou reconhecida no mercado e qualquer fonte de renda, já que teve seus clientes e funcionários aliciados indevidamente pelos Réus. Isto sem contar que FUTURA atravessa, atualmente, difícil situação econômico-financeira e patrimonial, praticamente pré-falimentar, face ao seu elevado passivo fiscal e previdenciário."

E, segundo a avaliação soberanamente realizada na instância ordinária, esses atos e seus resultados foram comprovados durante a instrução processual, como



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

se observa da seguinte passagem do acórdão recorrido (e-STJ, fls. 2.916/2.918):

"(...) como se vê da farta prova documental e pericial, não há qualquer dúvida de que, de fato, o corréu Mário Cohen, com o auxílio de Augusto César Diegues Gomes, que abriu mão do emprego que tinha na 'Futura Propaganda S/A', cuja razão social foi alterada para "Bold Propaganda S/A.", para se tornar o presidente de uma sociedade praticamente falida, em represália a uma ação judicial ajuizada pela apelante em 28/08/1996 para apuração de irregularidades na administração da Futura Propaganda S/A., articulou um plano para transferir todo o patrimônio tangível e intangível da empresa para outra, que viria a constituir logo em seguida, tornando, assim, sem nenhum valor a participação acionária da apelante.

Os atos lesivos começaram em 30/10/1996, quando a autora, acreditando que estaria contribuindo para a solução dos problemas financeiros que a empresa vinha enfrentando, concordou, em assembleia geral extraordinária convocada por Mário Cohen, com a mudança da sede social da empresa para outro endereço.

Todavia, do suntuoso e moderno ambiente de trabalho, situado em um dos mais caros endereços de São Paulo, a empresa foi transferida para uma edícula precária, em terreno minúsculo, que até então servira como lava-rápido, o que somente se tomou de conhecimento da autora quando da realização da primeira assembleia dos acionistas na nova sede, em 27/03/1997, quando, em razão da inexistência de instalações próprias e ausência dos livros sociais, a autora pleiteou a lavratura do boletim de ocorrência de fls. 105/106.

Nessa assembleia, Mário Cohen fez aprovar a alteração da razão social da Futura para 'Bold Propaganda S/A.', apesar dos protestos da autora, que entendia que o antigo nome comercial constituía um valioso ativo intangível da empresa. E, como a prova pericial o demonstrou, a partir de então todos os clientes da Bold foram transferidos para a nova empresa, 'M. Cohen Propaganda Ltda.'. Sem sede, sem equipamentos, sem funcionários e sem clientes, a Bold encerrou suas atividades em 1998.

O mais grave é que Mário Cohen, juntamente com os corréus Maria Carolina Alvares Ferraz e Rodolfo Volk, logo depois da assembleia em que resultou alterada a razão social da Futura para Bold, procedeu à constituição de uma nova empresa, inicialmente denominada 'Futura Propaganda Ltda.'!!! (fls. 112/118), posteriormente alterada para 'M. Cohen Propaganda Ltda.' (fls. 119/126), com endereço na cidade de Barueri, mas que lá nunca foi instalada. Na verdade, a nova empresa nunca deixou de funcionar no endereço da Bold, mantendo as mesmas instalações e ativos, inclusive com a manutenção de todos os antigos funcionários desta.

Não se pode desconsiderar, ainda, porque sintomático, que pouco antes, em 17/03/1997, Mário Cohen cedeu a marca 'Futura SMS', de propriedade da 'Futura Propaganda Ltda.' (depois 'Bold'), por valor irrisório à Fundação Roberto Marinho, mas estranhamente resguardando para si próprio o direito de utilizá-la gratuitamente nos ramos de publicidade e propaganda (fls. 93).

Na verdade, o que a farta prova documental e pericial revelou foi que, de fato, os apelados, mediante ardil, apropriaram-se de todo o patrimônio social da Bold Propaganda S/A., transferindo-o integralmente para a nova empresa dos corréus Mário Cohen, Maria Carolina Alvares Ferraz e Rodolfo Volk, M. Cohen Propaganda Ltda., tornando sem qualquer valor a expressiva participação acionária da autora naquela (49%)."

O caso examinado neste recurso, dessarte, evidencia uma particularidade que não pode ser desprezada pelo Judiciário: os atos danosos praticados pelo corréu MARIO COHEN (com a coparticipação de AUGUSTO CÉSAR DIEGUES) não tinham por



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

destinatária a sociedade por ações, mas sim a recorrida TRIBECA, que por isso suportou seus efeitos exclusiva e diretamente. Essa assertiva é corroborada pelo fato de que o patrimônio da "BOLD S.A." foi praticamente todo transferido para uma empresa constituída pelo próprio causador do dano, a "M. COHEN PROPAGANDA".

Nesse mesmo sentido são os fundamentos invocados pelo em. Ministro RAUL ARAÚJO em seu voto-vista:

"Aqui não se pode dizer que os danos apontados possam ter acarretado prejuízos meramente reflexos à acionista minoritária, detentora de expressiva participação social, a qual, no caso, como consequência direta dos atos perpetrados, viu-se às voltas com uma companhia completamente esvaziada de seu patrimônio material e imaterial desviado (sede, marca, empregados, clientes etc.) e abandonada pelo administrador e acionista controlador.

Não se trata, como se vê, de uma mera desvalorização de ações ou simples redução de lucros ou de percepção de dividendos, decorrente de gestão mal sucedida, por exemplo, o que atingiria indiretamente todos os acionistas, mas de desvio doloso de patrimônio, com a completa aniquilação da sociedade primitiva, em benefício de nova sociedade, criada com idênticos propósitos, e do sócio controlador e administrador, e, ao que parece, também dos demais corréus, como sócios da nova sociedade, com significativo prejuízo material exclusivamente para a acionista remanescente da sociedade original.

Registre-se, ademais, que, como se constata do pedido feito na inicial, a intenção da autora é, unicamente, ressarcir-se dos danos materiais relativos à desvalorização de sua participação acionária, prejuízos decorrentes diretamente daquele desvio patrimonial doloso perpetrado pelo sócio majoritário e administrador."

A hipótese enseja, segundo a doutrina de Modesto Carvalhosa, o ajuizamento de ação individual:

"A segunda hipótese é a do dano personalizado. Será o caso, por exemplo, de recusa do fornecimento de certidões, de que trata o art. 100, a determinado acionista. Da mesma forma, a protelação do pagamento de dividendos, pela criação de formalidades inadmissíveis ou abusiva. **Assim, como todos os atos ilegais, antiestatutários e com abuso e desvio de poder, discriminadamente dirigido a determinado acionista, ensejam ação individual.**"

(CARVALHOSA, Modesto. Op. Cit. Pág. 391)

Não se trata aqui, portanto, de pretensão que objetiva a recomposição do patrimônio social (ação social, ajuizada na forma prevista pelo art. 159, § 4º, da LSA), essa exercida por meio de outra demanda, segundo se noticia, para a reparação de prejuízos causados com a contratação superfaturada de *free lancers*, ato de gestão que teria causado severa repercussão no resultado da empresa.

A presente ação reveste-se de natureza **individual**, com o objetivo de reparar os prejuízos diretamente causados à TRIBECA, qualificando o regular exercício do direito resguardado pelo art. 159, § 7º, da LSA, de sorte a afastar a tese de que teria sido violado.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ilegitimidade passiva *ad causam* de Augusto Diegues, M. Cohen Propaganda Ltda., Maria Carolina Alvares Ferraz e Rodolfo Volk

À vista dos fatos e fundamentos apresentados com a petição inicial, a legitimidade passiva dos corréus Augusto Diegues, M. Cohen Propaganda Ltda., Maria Carolina Alvares Ferraz e Rodolfo Volk, resulta de sua participação, direta ou indireta, nos atos que causaram a derrocada da empresa "Bold" (LSA, art. 158, § 5º), bem assim pelo fato de que obtiveram vantagem indevida com esses atos, o que pode ser enquadrado na cláusula geral que veda o enriquecimento indevido (CC/2002, art. 884). E foi com base nesses argumentos que decidiu o TJSP (e-STJ, fls. 2.915/2.916):

"Segundo a inicial, todos os corréus participaram ou obtiveram benefício patrimonial com o esvaziamento da empresa da qual é sócia minoritária, o que basta para reconhecer sua legitimidade para figurar no polo passivo da lide.

Augusto César Diegues Gomes, segundo afirmou a inicial, era, até 22/01/1997, um simples empregado da Futura Propaganda S/A (fls. 110), e teria participado da trama urdida por Mário Cohen, inclusive sucedendo-o no cargo de presidente da empresa quando esta já estava em fase pré-falimentar, possibilitando, assim, que o antigo controlador pudesse abrir uma nova agência de publicidade logo em seguida (22/04/1997).

Os demais corréus, a nova sociedade anônima e seus sócios, se se concluir pela comprovação da tese inicial, tiveram proveito econômico com os atos narrados nos autos, afigurando-se sem nenhum propósito jurídico a sua exclusão da lide."

Desse modo, mais uma vez ressaltando que a presença das condições da ação é avaliada segundo a assertiva deduzida pelo autor da demanda, não se evidencia violação às disposições do art. 158, *caput*, da LSA e tampouco do art. 267, VI, do CPC/1973.

No mais, em que pese o cuidado do em. Ministro RAUL ARAÚJO em limitar a responsabilidade civil dos corréus ao proveito econômico que auferiram com os atos praticados em prejuízo da "Bold Propaganda", por seu administrador, penso que essa questão não foi tratada no recurso especial, que se limitou a deduzir sua ilegitimidade pelo fato de não exercerem a administração da companhia lesada. Não pode, assim, com a devida vênia, ser objeto de apreciação nesta instância excepcional, haja vista a vinculação do julgamento às teses desenvolvidas no recurso especial. No ponto:

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73) - DEMANDA POSTULANDO COBERTURA DE TRATAMENTO PSIQUIÁTRICO E RESSARCIMENTO DOS VALORES JÁ GASTOS COM A ALUDIDA INTERNAÇÃO - DEVOLUÇÃO DE VALORES - DECISÃO MONOCRÁTICA NEGANDO PROVIMENTO AO RECLAMO, MANTIDA A INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL. INSURGÊNCIA DA SEGURADORA.

1. O recurso especial possui fundamentação vinculada, no qual o efeito devolutivo opera-se somente nos termos do que foi impugnado. A ausência de indicação expressa de dispositivos legais tidos por vulnerados não permite verificar se a legislação federal infraconstitucional restou, ou não, malferida. Dessa forma, é de rigor a incidência do enunciado sumular n. 284 do Supremo Tribunal Federal.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

4. Agravo regimental desprovido."

(AgRg no AREsp 736.723/RS, Rel. Ministro MARCO BUZZI, QUARTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 13/05/2016)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL. SÚMULA 284/STF. CONSONÂNCIA DO ACÓRDÃO RECORRIDO COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A ausência de correta especificação, clara e objetiva, sobre a alegada violação dos dispositivos tidos por violados, bem como a falta de arrazoado jurídico impugnativo congruente com os fundamentos do acórdão que embasam o especial, caracterizam argumentação deficiente a impossibilitar a compreensão exata da controvérsia, atraindo a incidência da Súmula 284/STF.

2. O especial é recurso de fundamentação vinculada, não lhe sendo aplicável a exegese do brocardo *iura novit curia* e, portanto, ao relator, por esforço hermenêutico, não cabe extrair da argumentação qual dispositivo teria sido supostamente contrariado a fim de suprir deficiência da fundamentação recursal, cuja responsabilidade é inteiramente do recorrente.

3. De acordo com a jurisprudência desta Corte, não é possível a rescisão de decisão monocrática que não conheceu da apelação, em decorrência de irregularidades existentes na representação do apelante, tendo em vista a ausência de enfrentamento do mérito do recurso. Precedentes.

4. Agravo regimental não provido, com aplicação de multa."

(AgRg no AREsp 564.645/PE, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 12/11/2014)

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA TRATADA NO RECURSO ESPECIAL ALHEIA À DEBATIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRIMENTO DA FALHA EM SEDE DE AGRAVO REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. 'O efeito devolutivo dos recursos submetidos à instância especial está limitado às razões recursais neles deduzidas (recurso de fundamentação vinculada). Assim, nesta sede, falece competência ao STJ para conhecer de questões alheias à insurgência apresentada oportunamente pelo recorrente' (AgRg no REsp 1091789/RJ, Rel. Min.

BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma).

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1357683/SC, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 12/12/2011)

Não conheço da questão em particular.

Julgamento *ultra petita*

No ponto, subscrevo integralmente as razões deduzidas no voto-vista apresentado pelo em. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, por entender que a amplitude do pedido formulado pela autora-recorrida na petição inicial (antes transcrito) compreende os prejuízos resultantes dos lucros que deixou de auferir, quais sejam os lucros cessantes,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

sobretudo à vista do que dispõe o art. 402 do CC/2002.

Conclusão

Ante o exposto, com a devida vênia do Ministro Relator e dos eminentes pares naquilo em que deles discordei, acompanho integralmente a divergência inaugurada pelo em. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO para NEGAR PROVIMENTO ao recurso especial.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.536.949 - SP (2012/0044971-9)

RELATOR : **MINISTRO MARCO BUZZI**
RECORRENTE : AUGUSTO CÉSAR DIEGUES GOMES
RECORRENTE : RODOLFO VOLK
RECORRENTE : M COHEN PROPAGANDA LTDA
RECORRENTE : MARIO COHEN
ADVOGADOS : SÉRGIO SILVEIRA BANHOS - DF013415
MARCELO LAMANNA DE CAMPOS MAIA DÓRIA - SP194560
RECORRENTE : MARIA CAROLINA ALVARES FERRAZ
ADVOGADOS : ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO E OUTRO(S) - DF004107
RODRIGO CÂNDIDO DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - RJ064790
PAULA MENNA BARRETO MARQUES E OUTRO(S) - RJ165772
RECORRIDO : TRIBECA PROPAGANDA PUBLICIDADE E PARTICIPAÇÕES LTDA
ADVOGADOS : VICENTE COELHO ARAÚJO - DF013134
DIÓGENES MENDES GONÇALVES NETO E OUTRO(S) - SP139120

VOTO VENCEDOR

O EXMO. SR. MINISTRO RAUL ARAÚJO:

presente recurso especial foi interposto por MARIO COHEN e OUTROS, com fundamento nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, em face de acórdão do eg. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

"LEGITIMIDADE ATIVA 'AD CAUSAM' - INDENIZAÇÃO POR DANOS - AÇÃO AJUIZADA POR SÓCIO MINORITÁRIO DE SOCIEDADE ANÔNIMA - ADMISSIBILIDADE - DIREITO DE EXIGIR, EM NOME PRÓPRIO, RESSARCIMENTO DOS PREJUÍZOS DECORRENTES DE ATOS LESIVOS PRATICADOS PELA DIRETORIA - PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS - PRELIMINAR REJEITADA.

LEGITIMIDADE PASSIVA - CORRÉUS QUE PARTICIPARAM OU OBTIVERAM BENEFÍCIO PATRIMONIAL COM O Esvaziamento da Participação Acionária da Sócia Minoritária - Preliminar Rejeitada.

SOCIEDADE ANÔNIMA - INDENIZAÇÃO POR DANOS DECORRENTES DA DESVALORIZAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO ACIONÁRIA DA SÓCIA MINORITÁRIA - USURPAÇÃO, PELO ACIONISTA CONTROLADOR, DE TODO O PATRIMÔNIO TANGÍVEL E INTANGÍVEL DA SOCIEDADE, COM SUA TRANSFERÊNCIA PARA OUTRA EMPRESA POR ELE CONSTITUÍDA CONJUNTAMENTE COM DOIS DOS CORRÉUS - FATO BEM DEMONSTRADO NOS AUTOS - APURAÇÃO DA INDENIZAÇÃO RELEGADA PARA A FASE DE LIQUIDAÇÃO - AÇÃO PROCEDENTE - AGRAVOS RETIDOS NÃO CONHECIDOS - RECURSO DA AUTORA PROVIDO" (fl. 2.910).

Nas razões recursais, os recorrentes apontam ofensa aos arts. 267, VI, 458, II, e 460



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do Código de Processo Civil de 1973, ao art. 884 do Código Civil/2002, e aos arts. 158, *caput* e § 1º, e 159, § 7º, da Lei 6.404/76, além de divergência jurisprudencial, alegando, em síntese: **a)** nulidade do acórdão recorrido, que teria deixado de examinar documentos colacionados nos autos, relativos à existência de outra ação de responsabilidade promovida pela autora, demonstrando, assim, *"análise superficial e incompleta da ação, merecendo a anulação"* (fl. 2.969); **b)** ilegitimidade ativa, uma vez que, *"quem teve prejuízo direto, à evidência, foi a Bold Propaganda S/A, que perdeu todo seu patrimônio. O 'esvaziamento' ou 'depreciação' da participação acionária da Autora-Recorrida na BOLD, portanto, foi apenas consequência da derrocada da empresa"* (fl. 2.971); **c)** ilegitimidade passiva dos corréus M. COHEN PROPAGANDA LTDA., MARIA CAROLINA ALVARES FERRAZ e RODOLFO VOLK, que não tinham poderes de administração; e **d)** julgamento *ultra petita* no tocante à condenação em lucros cessantes.

O douto Relator, **Ministro MARCO BUZZI**, afastou a preliminar de nulidade do acórdão e reconheceu, no mérito, a ilegitimidade *ad causam* das partes (ativa e passiva), dando provimento ao recurso especial para julgar extinto o processo, sem julgamento do mérito, nos termos do art. 267, VI, do CPC/1973.

Inicialmente, apontou S. Exa. a ilegitimidade ativa da recorrida, afirmando que os atos reputados irregulares somente teriam efeito indireto para a autora. Em suas palavras, *"eventuais prejuízos diretos, acaso tenham ocorrido, foram à própria Bold/Futura que teve seu patrimônio supostamente esvaziado em decorrência do desvio de clientela, transferência de ativos e da marca, bem ainda decorrente da tomada do ponto comercial"*. Nesses termos, não deteria a autora *"legitimidade ativa/interesse de agir para a propositura da ação individual com base no art. 159, § 7º, da Lei das Sociedades por Ações"*.

Ressaltou, outrossim, que a existência de duas outras ações promovidas pela recorrida - uma, em nome próprio, contra a Bold Propaganda, visando à anulação das deliberações de assembleias gerais extraordinárias da Futura Propaganda, atual Bold, relativas à alteração da denominação social da sociedade e à mudança de sua sede social, já julgada; e outra, em substituição processual de Futura Propaganda, na qualidade de sócia, contra dois dos ora recorrentes (Mario Cohen e Augusto César Diegues Gomes) e outros, objetivando a indenização dos prejuízos causados à sociedade, ainda em curso - demonstram *"a inviabilidade do processamento da presente demanda, nos moldes em que estabelecida na petição inicial"*.

Reconheceu, ainda, a ilegitimidade passiva dos corréus M. COHEN PROPAGANDA LTDA., AUGUSTO CÉSAR DIEGUES GOMES, MARIA CAROLINA



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ALVARES FERRAZ e RODOLFO VOLK, sob o fundamento de que *"somente MARIO COHEN era administrador/acionista controlador da companhia Futura Propaganda S/A"* e que *"a circunstância de, eventualmente, terem sido beneficiados com a obtenção de alegado proveito econômico não permite a sua condenação por atos irregulares de gestão/administração"*.

Após o voto, pediu vista o em. **Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO**. Inaugurando a divergência, negou provimento ao recurso especial pelos seguintes fundamentos: **a)** reconheceu a legitimidade ativa da autora, acionista minoritária, para a propositura da ação individual prevista no art. 159, § 7º, da Lei 6.404/76, por se tratar de demanda fundada na apuração de prejuízo material direto; **b)** inexistência de óbice para a propositura, pela autora, também da ação de responsabilidade societária prevista no art. 159, §§ 3º e 4º, da Lei das Sociedades Anônimas, *"uma vez que, do mesmo fato jurídico - ato ilícito praticado pelo administrador - podem surgir pretensões sociais e individuais de acionistas e de terceiros"*, sendo que, no caso, *"essa outra demanda foi intentada com fundamento no mencionado § 4º, ostentando objeto diverso da presente ação individual, qual seja, a apuração de desvio de recursos da companhia mediante pagamentos a falsos free-lancers, com emissão de notas fiscais fraudulentas"*; **c)** inadmissibilidade da tese de ilegitimidade passiva, uma vez que, *"quando a carência de qualquer das condições da ação só puder ser aferida a final, posteriormente à fase probatória (que neste processo foi intensa e demorada), a sentença será de mérito, ou seja, pela procedência ou improcedência do pedido, tendo em vista adoção, pela doutrina pátria, da teoria da prospectação"*, sendo que, na espécie, *"o reexame da existência ou não de responsabilidade dos recorrentes - questão de mérito - não poderia, de forma alguma, ser feito em sede de recurso especial, em virtude do óbice erigido pela Súmula 7 do STJ, tanto mais quando a própria parte recorrente delimita o objeto do recurso especial como questão preliminar - apesar de discorrer sobre matéria de mérito, em patente incongruência"*; e **d)** inexistência de julgamento *ultra petita* decorrente da condenação ao pagamento de lucros cessantes, uma vez que, acolhida integralmente a pretensão autoral, o pedido genérico de reparação dos prejuízos decorrentes da depreciação da participação acionária pressupõe, nos termos do art. 402 do Código Civil (art. 1.059 do CC/1916), tanto o que efetivamente se perdeu como o que se deixou de lucrar.

Diante da qualidade dos debates, pedi vista dos autos para um exame mais próximo da matéria.

2. A divergência entre os votos dos eminentes Ministros MARCO BUZZI e LUIS FELIPE SALOMÃO está centrada tanto na questão relativa à legitimidade ativa da autora,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRIBECA - PROPAGANDA, PUBLICIDADE E PARTICIPAÇÕES LTDA, como no tocante à legitimidade passiva dos corréus M. COHEN PROPAGANDA LTDA., AUGUSTO CÉSAR DIEGUES GOMES, MARIA CAROLINA ALVARES FERRAZ e RODOLFO VOLK.

Inicialmente, cumpre assinalar não haver, aqui, nenhuma discussão quanto à possibilidade ou não de se intentar ação de responsabilidade civil contra o administrador e, no caso, também controlador acionário, de empresa constituída sob a forma de sociedade anônima, nos termos do previsto no art. 159 da Lei 6.404/76, que tem a seguinte redação:

"Art. 159. Compete à companhia, mediante prévia deliberação da assembléia-geral, a ação de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao seu patrimônio.

§ 1º A deliberação poderá ser tomada em assembléia-geral ordinária e, se prevista na ordem do dia, ou for consequência direta de assunto nela incluído, em assembléia-geral extraordinária.

§ 2º O administrador ou administradores contra os quais deva ser proposta ação ficarão impedidos e deverão ser substituídos na mesma assembléia.

§ 3º Qualquer acionista poderá promover a ação, se não for proposta no prazo de 3 (três) meses da deliberação da assembléia-geral.

§ 4º Se a assembléia deliberar não promover a ação, poderá ela ser proposta por acionistas que representem 5% (cinco por cento), pelo menos, do capital social.

§ 5º Os resultados da ação promovida por acionista deferem-se à companhia, mas esta deverá indenizá-lo, até o limite daqueles resultados, de todas as despesas em que tiver incorrido, inclusive correção monetária e juros dos dispêndios realizados.

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

§ 7º A ação prevista neste artigo não exclui a que couber ao acionista ou terceiro diretamente prejudicado por ato de administrador."

Como se observa na redação da norma, há duas espécies de ação de responsabilidade civil contra o administrador ou o controlador, bem como diferentes legitimados ativos e substitutos processuais.

A primeira espécie de ação é a chamada ação social, também denominada "*ut universi*", que tem como legitimada ativa a própria companhia, previamente autorizada pela assembleia-geral. Passados três meses da assembleia que deliberou pela propositura da ação, caso esta não tenha sido efetivamente ajuizada, passam a ser legitimados extraordinários concorrentes os acionistas, na qualidade de substitutos processuais, para buscar ressarcimento dos danos causados à



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

companhia e à coletividade de acionistas, continuando como titular da pretensão a sociedade. Como se percebe, a ação social tem como finalidade última a recomposição do patrimônio da própria sociedade, restaurando-se a integridade das relações societárias. Nesse caso, o dano experimentado pelo conjunto de acionistas é indireto.

Conforme se extrai do voto do saudoso **Ministro SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA**, no julgamento do REsp 279.019/SP: *"A "ação social originária", na expressão de Osmar Brina Corrêa Lima (Sociedade Anônima, v. 2, Belo Horizonte: Del Rey, 1994, cap. 10, nº 15, p. 135), é ajuizada pela companhia contra seus ex-administradores, com o fim de obter o ressarcimento de prejuízo causado ao patrimônio social, seja por terem agido com culpa ou dolo, seja por terem violado a lei ou o estatuto."*

Há também uma segunda ação social, esta *"ut singuli"*, estribada no mesmo fundamento da ação *"ut universi"*, isto é, o dano causado diretamente ao patrimônio da sociedade, tendo lugar quando a assembleia-geral é contrária à proposta de ação contra os administradores ou se recusa a deliberar acerca dessa proposta, cabendo, então, à minoria ajuizar a demanda, como representantes da companhia (art. 159, § 4º, da LSA), desde que reúna, ao menos, 5% do capital social. É mais comum nas sociedades de capital disperso, nas quais inexistente controlador.

Por fim, há a ação individual prevista no § 7º do art. 159 da Lei 6.404/76, acima transcrito. Esta tem como finalidade reparar o dano experimentado não pela companhia, mas pelo próprio acionista, isto é, o dano direto causado ao titular de ações por ato do administrador ou do controlador. Não depende de deliberação da assembleia-geral para ser proposta, tendo como legitimados qualquer acionista ou mesmo terceiro, diretamente prejudicados por ato de administrador.

No caso, o cerne da questão está justamente em definir se a presente demanda tem natureza social ou individual, ou, mais precisamente, se o dano experimentado pela autora, como sócia da companhia lesada pelo administrador, seria direto ou indireto, de modo a verificar sua legitimidade para a propositura da ação, distinção nem sempre fácil, como adverte **Modesto Carvalhosa**: *"A linha divisória ou distintiva entre o objeto da ação social e o da individual é extremamente tênue"* (in: Comentários à Lei de Sociedades Anônimas, 3º volume: artigos 138 a 205. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011).

Pois bem.

Conforme consta dos autos, TRIBECA - PROPAGANDA, PUBLICIDADE E



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

PARTICIPAÇÕES LTDA, ora recorrida, ajuizou ação de indenização por perdas e danos contra M. COHEN PROPAGANDA LTDA, MARIO COHEN, AUGUSTO CÉSAR DIEGUES GOMES, MARIA CAROLINA ALVARES FERRAZ e RODOLFO VOLK, requerendo a condenação dos réus *"a ressarcir TRIBECA pelos prejuízos que lhe impingiram, face aos ilícitos que perpetraram e que culminaram com a depreciação da participação acionária que TRIBECA detinha no capital social de FUTURA"* (fl. 3.816).

A causa de pedir da ação foi descrita pelo eg. Tribunal de origem nos seguintes termos:

"A autora era acionista minoritária da empresa Futura Propaganda S/A., cuja razão social foi depois alterada para Bold Propaganda S/A., sendo titular de 49% (quarenta e nove por cento) de seu capital social, enquanto o corréu detinha o seu controle acionário.

Segundo alegado na inicial, sua participação acionária resultou totalmente esvaziada pela transferência de todo o ativo tangível e intangível da sociedade para outra empresa constituída no mesmo endereço e com os mesmos funcionários da Bold.

Trata-se, portanto, de ação individual ajuizada por acionista minoritário prejudicado por ato do administrador e que vem expressamente prevista no artigo 159, § 7º, da Lei das Sociedades Anônimas."

Quanto aos danos que a autora teria sofrido, estão assim consignados no v. acórdão recorrido:

"[...] como se vê da farta prova documental e pericial, não há qualquer dúvida de que, de fato, o corréu Mário Cohen, com o auxílio de Augusto César Diegues Gomes, que abriu mão do emprego que tinha na 'Futura Propaganda S/A', para se tornar o presidente de uma sociedade praticamente falida, em represália a uma ação judicial ajuizada pela apelante em 28/08/1996 para apuração de irregularidades na administração da Futura Propaganda S/A, articulou um plano para transferir todo o patrimônio tangível e intangível da empresa para outra, que viria a constituir logo em seguida, tornando, assim, sem nenhum valor a participação acionária da apelante.

Os atos lesivos começaram em 30/10/1996, quando a autora, acreditando que estaria contribuindo para a solução dos problemas financeiros que a empresa vinha enfrentando, concordou, em assembléia geral extraordinária convocada por Mário Cohen, com a mudança da sede social da empresa para outro endereço.

Todavia, do suntuoso e moderno ambiente de trabalho, situado em um dos mais caros endereços de São Paulo, a empresa foi transferida para uma edícula precária, em terreno minúsculo, que até então servira como lava-rápido, o que somente se tornou de conhecimento da autora quando



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

da realização da primeira assembléia dos acionistas da nova sede, em 27/03/1997, quando, em razão da inexistência de instalações próprias e ausência dos livros sociais, a autora pleiteou a lavratura do boletim de ocorrência de fls. 105/106.

Nessa assembléia, Mário Cohen fez aprovar a alteração da razão social da Futura para 'Bold Propaganda S/A', apesar dos protestos da autora, que entendia que o antigo nome comercial constituía um valioso ativo intangível da empresa. E, como a prova pericial o demonstrou, a partir de então todos os clientes da Bold foram transferidos para a nova empresa, 'M. Cohen Propaganda Ltda.'. Sem sede, sem equipamentos, sem funcionários e sem clientes, a Bold encerrou suas atividades em 1998.

O mais grave é que Mário Cohen, juntamente com os corréus Maria Carolina Alvares Ferraz e Rodolfo Volk, logo depois da assembléia em que resultou alterada a razão social da Futura para Bold, procedeu à constituição de uma nova empresa, inicialmente denominada 'Futura Propaganda Ltda.'!!!! (fls. 112/118), posteriormente alterada para 'M. Cohen Propaganda Ltda.' (fls. 119/126), com endereço na cidade de Barueri, mas que lá nunca foi instalada. Na verdade, a nova empresa nunca deixou de funcionar no endereço da Bold, mantendo as mesmas instalações e ativo, inclusive com a manutenção de todos os antigos funcionários desta.

Não se pode desconsiderar, ainda, porque sintomático, que pouco antes, em 17/03/1997, Mário Cohen cedeu a marca 'Futura SMS', de propriedade da 'Futura Propaganda Ltda.' (depois 'Bold'), por valor irrisório à Fundação Roberto Marinho, mas estranhamente resguardando para si próprio o direito de utilizá-la gratuitamente nos ramos de publicidade e propaganda (fls. 93).

Na verdade, o que a farta prova documental e pericial revelou foi que, de fato, os apelados, mediante ardil, apropriaram-se de todo o patrimônio social da Bold Propaganda S/A, transferindo-o integralmente para a nova empresa dos corréus Mário Cohen, Maria Carolina Alvares Ferraz e Rodolfo Volk, M. Cohen Propaganda, tornando sem qualquer valor a expressiva participação acionária da autora naquela (49%)." (fls. 2.916/2.918)

Como se pode observar, os fatos acima descritos e os resultados deles decorrentes apontam para a existência de prejuízos diretos e efetivos não só para a sociedade empresária lesada, mas também para a promovente acionista, detentora de expressivo percentual do capital social.

Com efeito, os atos irregulares atribuídos aos réus, de transferência dos ativos da companhia primitiva para uma nova empresa, idêntica à primitiva, por eles criada, ainda que possam ter implicado, em um primeiro momento, o esvaziamento patrimonial da companhia primitiva e, por consequência, a sua extinção ou paralisação - prejuízo direto à sociedade, portanto -, implicaram, também, evidente e direto prejuízo à autora, somente a esta sócia, e não ao outro sócio controlador,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

na medida em que a promovente detinha 49% das ações. Ao sócio controlador e aos demais réus restou a novel sociedade, constituída a partir do patrimônio da sociedade extinta.

Aqui, não se pode dizer que os danos apontados possam ter acarretado prejuízos meramente reflexos à acionista minoritária, detentora de expressiva participação social, a qual, no caso, como consequência direta dos atos perpetrados, viu-se às voltas com uma companhia completamente esvaziada de seu patrimônio material e imaterial desviado (sede, marca, empregados, clientes, etc) e abandonada pelo administrador e acionista controlador.

Não se trata, como se vê, de uma mera desvalorização de ações ou simples redução de lucros ou de percepção de dividendos, decorrente de gestão malsucedida, por exemplo, o que atingiria indiretamente todos os acionistas, mas de desvio doloso de patrimônio, com a completa aniquilação da sociedade primitiva, em benefício de nova sociedade, criada com idênticos propósitos, e do sócio controlador e administrador e, ao que parece, também dos demais corréus, como sócios da nova sociedade, com significativo prejuízo material exclusivamente para a acionista remanescente da sociedade original.

Registre-se, ademais, que, como se constata no pedido feito na inicial, a intenção da autora é, unicamente, ressarcir-se dos danos materiais relativos à desvalorização de sua participação acionária, prejuízos decorrentes diretamente daquele desvio patrimonial doloso perpetrado pelo sócio majoritário e administrador.

Assim, na esteira do entendimento perfilhado pelo em. **Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO**, rejeita-se a alegada ilegitimidade *ad causam* da autora para a presente ação de reparação civil, proposta com fundamento no art. 159, § 7º, da Lei 6.404/76, bem como a aventada ausência de interesse processual.

3. Examine-se agora a apontada ilegitimidade dos corréus M. COHEN PROPAGANDA LTDA, AUGUSTO CÉSAR DIEGUES GOMES, MARIA CAROLINA ALVARES FERRAZ e RODOLFO VOLK.

Segundo argumentam, "*motivo algum há para manter no polo passivo aqueles que não foram, em momento algum, administradores da BOLD*" (fl. 2.976).

A questão, no entanto, não se resolve em termos tão simplistas.

Com efeito, a teor do disposto no art. 158, § 5º, da Lei das Sociedades Anônimas, "*Responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto*". Confira-se:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"Art. 158. O **administrador** não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; **responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar, quando proceder:**

I - dentro de suas atribuições ou poderes, **com culpa ou dolo;**

II - **com violação da lei** ou do estatuto.

§ 1º 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. Exime-se de responsabilidade o administrador dissidente que faça consignar sua divergência em ata de reunião do órgão de administração ou, não sendo possível, dela dê ciência imediata e por escrito ao órgão da administração, no conselho fiscal, se em funcionamento, ou à assembléia-geral.

§ 2º Os administradores são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados em virtude do não cumprimento dos deveres impostos por lei para assegurar o funcionamento normal da companhia, ainda que, pelo estatuto, tais deveres não caibam a todos eles.

§ 3º Nas companhias abertas, a responsabilidade de que trata o § 2º ficará restrita, ressalvado o disposto no § 4º, aos administradores que, por disposição do estatuto, tenham atribuição específica de dar cumprimento àqueles deveres.

§ 4º O administrador que, tendo conhecimento do não cumprimento desses deveres por seu predecessor, ou pelo administrador competente nos termos do § 3º, deixar de comunicar o fato a assembléia-geral, tornar-se-á por ele solidariamente responsável.

§ 5º Responderá solidariamente com o administrador quem, com o fim de obter vantagem para si ou para outrem, concorrer para a prática de ato com violação da lei ou do estatuto."

Portanto, o simples fato de não serem administradores da companhia primitiva é, em princípio, insuficiente para, por si só, caracterizar a ilegitimidade passiva dos corréus. No caso, conforme foi afirmado pelo eg. Tribunal de origem, "*todos os corréus participaram ou obtiveram benefício patrimonial com o esvaziamento da empresa*", estando assim consignado no v. acórdão recorrido:

"Segundo a inicial, todos os corréus participaram ou obtiveram benefício patrimonial com o esvaziamento da empresa da qual é sócia minoritária, o que basta para reconhecer sua legitimidade para figurar no polo passivo da lide.

Augusto César Diegues, segundo afirmou a inicial, era, até



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

22/01/1997, um simples empregado da Futura Propaganda S/A (fls. 110), e **teria participado da trama urdida por Mário Cohen**, inclusive sucedendo-o no cargo de presidente da empresa quando esta já estava em fase pré-falimentar, possibilitando, assim, que o antigo controlador pudesse abrir uma nova agência de publicidade logo em seguida (22/04/1997).

Os demais corréus, a nova sociedade anônima e seu sócios, se se concluir pela comprovação da tese inicial, tiveram proveito econômico com os atos narrados nos autos, afigurando-se sem nenhum propósito jurídico a sua exclusão da lide" (fls. 2.915/2.916)

Nesses termos, a alegada ilegitimidade passiva não ostenta, na hipótese, natureza de evidente questão preliminar, resolvendo-se apenas com o próprio mérito da ação, conforme bem observado pelo **Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO**.

Cabe, então, verificar os limites da responsabilidade de cada corréu em decorrência dos fatos reconhecidos pelo eg. Tribunal de Justiça, no julgamento do mérito de procedência da ação.

Pelo que se extrai do v. acórdão, em trechos já transcritos acima, não resta dúvida quanto à responsabilidade solidária, por todos os prejuízos reclamados na inicial, nos termos do § 5º do art. 158 da Lei de Sociedades Anônimas, dos réus MÁRIO COHEN, que teria engendrado toda a trama, na qualidade de administrador e sócio controlador da companhia lesada e da nova empresa, desta, a M. COHEN PROPAGANDA LTDA, a qual é resultante do desvio de patrimônio da companhia original, e do corréu AUGUSTO CÉSAR DIEGUES GOMES, que teria participado de atos dolosos conduzidos por MÁRIO COHEN.

Já os réus MARIA CAROLINA ALVARES FERRAZ e RODOLFO VOLK foram responsabilizados pela Corte Estadual em razão de que "*tiveram proveito econômico com os atos narrados nos autos*". Assim, a responsabilidade destes deve ficar restrita ao proveito econômico que tiveram ao assumir a qualidade de sócios da nova sociedade criada, a M. COHEN PROPAGANDA LTDA, a partir do desvio de patrimônio da antecedente. O fato de aceitarem a condição de sócio minoritário da nova empresa, por si só, não caracteriza atuação dolosa, pois não há referência sobre terem ciência ou participação direta nos atos dolosos reconhecidos no v. acórdão estadual.

Nos termos do v. aresto recorrido, o montante das indenizações deverá ser apurado em liquidação de sentença, observados os critérios acima.

4. Por fim, ultrapassadas essas questões prejudiciais, examina-se a eventual existência de julgamento *ultra petita*, decorrente da condenação dos réus ao pagamento de lucros



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cessantes.

A questão foi resolvida pelo eg. Tribunal *a quo* à base da seguinte fundamentação:

"A inicial pleiteou a condenação dos réus "pelos prejuízos que lhe impingiram, face aos ilícitos que perpetraram e que culminaram com a depreciação da participação acionária que TRIBECA detinha no capital social de FUTURA, a serem quantificados oportunidade em liquidação de sentença" (fls. 16 - autos apensos ao 10 volume).

O acórdão, portanto, em atenção ao disposto no art. 1.059, caput, do Código Civil de 1916, vigente por ocasião do julgamento, e repetido no art. 402 do atual, acolhendo integralmente a pretensão inaugural, entendeu que nos pleiteados "prejuízos" se inclui o que a autora efetivamente perdeu ou deixou razoavelmente de ganhar em razão da forma como foi alijada da empresa. Não houve, ao contrário do insinuado nos embargos, julgamento "ultra petita".

Considerando que não há nenhum fato novo a ser provado, é evidente que, observados os parâmetros traçados no acórdão, a liquidação deverá ser feita por arbitramento." (fl. 2.940, acórdão dos embargos de declaração)

Esse entendimento, *data venia*, mostra-se equivocado.

Os lucros cessantes seriam aqueles auferidos pela companhia lesada, e não por sua sócia minoritária, a ora promovente e recorrida. Certamente, por isso, nem sequer foram requeridos na inicial.

Devem, portanto, ser excluídos da condenação, podendo ser pleiteados em demanda própria.

5. Com essas considerações, pedindo vênias ao ilustre Ministro Relator, dou parcial provimento ao recurso especial, julgando parcialmente procedente a ação, para:

a) condenar os réus MÁRIO COHEN, M. COHEN PROPAGANDA LTDA e AUGUSTO CÉSAR DIEGUES GOMES, solidariamente, a responderem por todos os prejuízos reclamados na inicial, a serem apurados em liquidação de sentença, além dos ônus sucumbenciais previstos no v. acórdão recorrido;

b) condenar os réus MARIA CAROLINA ALVARES FERRAZ e RODOLFO VOLK a ressarcirem os prejuízos reclamados na inicial, a serem apurados em liquidação de sentença, até o limite do proveito econômico que tiveram ao assumir a qualidade de sócios da nova sociedade criada, a M. COHEN PROPAGANDA LTDA, bem como aos ônus sucumbenciais, sendo que, quanto às custas, proporcionais à sua sucumbência em relação aos outros corréus, e fixando os honorários advocatícios em 15% da respectiva condenação;

c) excluir da condenação dos corréus os lucros cessantes.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO QUARTA TURMA

Número Registro: 2012/0044971-9

PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.536.949 / SP

Números Origem: 03492836 1963983 25362 3492836 9068311802006 90683118020068260000
994060277548

PAUTA: 06/09/2016

JULGADO: 06/09/2016

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MARCO BUZZI**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **RAUL ARAÚJO**

Presidente da Sessão

Exma. Sra. Ministra **MARIA ISABEL GALLOTTI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **HUMBERTO JACQUES DE MEDEIROS**

Secretária

Dra. **TERESA HELENA DA ROCHA BASEVI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	: AUGUSTO CÉSAR DIEGUES GOMES
RECORRENTE	: RODOLFO VOLK
RECORRENTE	: M COHEN PROPAGANDA LTDA
RECORRENTE	: MARIO COHEN
ADVOGADOS	: SÉRGIO SILVEIRA BANHOS - DF013415
	MARCELO LAMANNA DE CAMPOS MAIA DÓRIA - SP194560
RECORRENTE	: MARIA CAROLINA ALVARES FERRAZ
ADVOGADOS	: ANTÔNIO CARLOS DE ALMEIDA CASTRO E OUTRO(S) - DF004107
	RODRIGO CÂNDIDO DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - RJ064790
	PAULA MENNA BARRETO MARQUES E OUTRO(S) - RJ165772
RECORRIDO	: TRIBECA PROPAGANDA PUBLICIDADE E PARTICIPAÇÕES LTDA
ADVOGADOS	: VICENTE COELHO ARAÚJO - DF013134
	DIÓGENES MENDES GONÇALVES NETO E OUTRO(S) - SP139120

ASSUNTO: DIREITO CIVIL - Responsabilidade Civil

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia QUARTA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Ministro Antonio Carlos Ferreira, negando provimento ao recurso especial, acompanhando a divergência instaurada pelo Ministro Luis Felipe Salomão, a Quarta Turma, por maioria, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Ministro Raul Araújo, que lavrará o acórdão.