

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 corrêu, 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 corrêu Mario Cohen (Presidente do Conselho Deliberativo da empresa) 16.792 ações ordinárias 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, 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 reatuação do agravo como recurso especial para posterior inclusão do feito em pauta.

É o relatório.

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 detêm 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 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 inquirar 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**

Superior Tribunal de Justiça

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 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. APRECIÇÃO 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 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:

Superior Tribunal de Justiça

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 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, faltarão 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:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AQUISIÇÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS POR INTERMÉDIO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. LEGITIMIDADE PASSIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. TEORIA DA ASSERTÇÃO. 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 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 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.

(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 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. (COELHO, 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 1996, ou seja, antecedentemente 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

Superior Tribunal de Justiça

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."

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 aprovava, 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

Superior Tribunal de Justiça

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 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 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

Superior Tribunal de Justiça

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 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. 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 descumpra 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.

Superior Tribunal de Justiça

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.

