



Claudio Orestes Britto Neto

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES:  
QUESTÕES RELATIVAS AO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO**

Dissertação Em Ciências Jurídico-Empresariais – Menção Em Direito Empresarial  
Apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra  
Orientador: Professor Doutor Jorge Manuel Coutinho de Abreu

2015



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



FDUC FACULDADE DE DIREITO  
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Claudio Orestes Britto Neto

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES:  
QUESTÕES RELATIVAS AO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO**

Dissertação apresentada no âmbito no 2º Ciclo de Estudos da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Área de Especialização: Mestrado Científico em Ciências Jurídico-Empresariais com menção em Direito Empresarial.

Orientador: Professor Doutor Jorge Manuel Coutinho de Abreu.

COIMBRA

2015

Claudio Orestes Britto Neto

**RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES:  
QUESTÕES RELATIVAS AO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO**

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Empresariais com menção em Direito Empresarial.

Data da defesa: \_\_\_\_\_

Resultado: \_\_\_\_\_

**Banca Examinadora**

\_\_\_\_\_

Professor Doutor Jorge Manuel Coutinho de Abreu (**Orientador**)

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

\_\_\_\_\_

Examinador 1

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

\_\_\_\_\_

Examinador 2

Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

*Dedico esta dissertação ao meu pai Claudio e à  
minha mãe Simone.*

## AGRADECIMENTOS

A vida é uma caminhada repleta de pessoas durante o percurso. Algumas fazem parte desde nossos primeiros momentos, outras nos ajudam a dar os primeiros passos e outras tantas encontramos no meio do caminho e passam a interagir e fazer parte de nossas vidas. Há tantos a quem agradeço por estarem comigo nesta caminhada e por terem feito parte da minha vida. Pessoas sem as quais eu, sozinho, jamais seria capaz de trilhar essa jornada.

Agradeço ao Grande Arquiteto do Universo, pelo mistério da vida, da consciência e da inteligência, que me fez capaz de trilhar o caminho do conhecimento.

Ao meu arcabouço familiar. Minha mãe, Simone, pelos conselhos, carinho e amor incondicional. Seu exemplo moldou meu caráter e seu amor me acalentou a vida. Meu pai, Cláudio, por ser a figura que sempre me orientou a seguir caminhando nos estudos, que é meu espelho e motivação de crescimento, por quem tenho muito orgulho e amor.

Deixo meu profundo agradecimento aos meus avós Divaldo, Eliene e Lúcia, de quem sempre eu busquei motivação e que sempre me ensinaram sobre a vida.

À minha noiva, Vanessa, que enfrentou comigo todos os desafios que esse mestrado representou, dando-me força e confiança para enfrentá-los, e que mesmo em um oceano de distância esteve presente ao meu lado.

Não poderia deixar de agradecer ao meu orientador, Doutor Jorge Manuel Coutinho de Abreu, que me ensinou durante suas aulas a buscar sempre o meu melhor e que nunca devemos nos intimidar diante dos desafios; de quem tenho muito respeito e admiração pelo conhecimento acadêmico e que foi fonte estruturante deste trabalho; que me deu liberdade para seguir o tema e me apontou os caminhos para continuar em uma boa direção.

Aos meus professores do mestrado, que me fizeram refletir e me ensinaram que o conhecimento é fonte inesgotável. Meu agradecimento ao Doutor Casalta Nabais, à Doutora Suzana Tavares e ao Doutor Alexandre Libório.

Aos meus amigos, em especial a Luiz Elias Miranda, colega de apartamento e um verdadeiro irmão. Às amigas Cássia Cardoso e Patrícia Tavares que trilharam todos os caminhos junto comigo até Coimbra. Aos amigos Tomás Macêdo, Karina Lima e Luane Nascimento, a quem tive o prazer de conhecer e se transformaram em pessoas essenciais em minha vida. Aos amigos lusitanos, Diogo Escada, Ana Soraia, Fred Prata, João Oliveira e Cátia Sousa. Aos amigos brasileiros Cássio Assis, Roberta Remédio Marques, Leandro Alencar, Adriano França, Otávio Medeiros e Ana Luísa Meurer.

*“Toda a teoria deve ser feita para poder ser posta em prática, e toda a prática deve obedecer a uma teoria. Só os espíritos superficiais desligam a teoria da prática, não olhando que a teoria não é senão uma teoria da prática, e a prática não é senão a prática de uma teoria. Na vida superior a teoria e a prática completam-se. Foram feitas uma para a outra.”*

Fernando Pessoa

(*Revista de contabilidade e comércio*, v. XLIX, p. 193-196, junho 1986, p. 75)

## RESUMO

Hodiernamente, vemos uma preocupação das sociedades comerciais com o aspecto tributário ao qual estão submetidas. Não se presume que uma sociedade empresarial que se digne a construir um negócio sólido deixe de lado um aspecto tão importante quanto o planejamento tributário. No entanto, a tributação das empresas e a liberdade delas em conduzir seus negócios com o objetivo de poupança tributária sempre foi um tema que deixava mais dúvidas do que soluções. Resta o questionamento de que ainda que a sociedade comercial possuísse a discricionariedade para conduzir seus negócios tendo por base um planejamento tributário, se essa conduta deveria ser tida como obrigação ou mera opção dos administradores. O presente estudo, um trabalho em três tempos, desenvolve-se em torno dos deveres gerais dos administradores em relação ao planejamento tributário. Para chegarmos às conclusões, analisamos os aspectos do planejamento tributário e seus limites, os deveres gerais legais dos administradores e as consequências jurídicas quando não são observados os deveres. Por fim, buscou-se concluir o papel do planejamento tributário dentro da sociedade e em relação aos deveres dos administradores.

Palavras-chave: Planejamento tributário. Responsabilidade civil dos administradores. Dever de cuidado.



## **ABSTRACT**

In recent days, we see a concern of commercial companies with the tax aspect to which they are subjected. Do not assume that a business company should build a solid business set aside such an important aspect as tax planning. However, the taxation of companies and their freedom to conduct their business with the goal of tax savings has always been a theme that left more doubts than solutions. Remains the question that although the commercial company possessed the discretion to conduct its business based on a tax planning, if such conduct should be taken as an obligation or merely an option for managers. This study, a three-phase investigation, is developed around the general duties of directors in relation to tax planning. To reach the conclusions, we analyze aspects of tax planning and limits, general duties of directors and the legal consequences when they are not subject to the duties. Finally, he sought to conclude the role of tax planning within the company and in relation to the duties of directors.

**Keywords:** Tax planning. Civil liability of directors. Duty of care.

## LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

Aktg – Aktiengesetz

BFD – Boletim da Faculdade de Direito (Coimbra)

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça (Portugal)

CC – Código Civil (Brasil)

CCiv. – Código Civil (Portugal)

CCom – Código Comercial (Portugal)

CF – Constituição Federal (Brasil)

Cfr. – Confira

CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (Portugal)

Cit. – Citado(a)

CMVM – Comissão dos Mercados de Valores Mobiliários (Portugal)

CPC – Código de Processo Civil (Brasil)

CPCiv. – Código de Processo Civil (Portugal)

CRP – Constituição da República Portuguesa

CSC – Código das Sociedades Comerciais

CTN – Código Tributário Nacional (Brasil)

DL – Decreto-Lei

DSR – Direito das Sociedades em Revista

IDET – Instituto do Direito das Empresas e do Trabalho

LGT – Lei Geral Tributária (Portugal)

LSA – Lei das Sociedades por Ações (Brasil)

LSA-Espanha – Ley de Sociedades Anónimas (Espanha)

V. - Veja

V.g. – *Verbi gratia*

## SUMÁRIO

	<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>11</b>
1	CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS .....	11
<b>1.1</b>	<b>Importância do tema .....</b>	<b>12</b>
<b>1.2</b>	<b>Divisão do estudo .....</b>	<b>12</b>
	<b>CAPÍTULO I – PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO E DIREITO SOCIETÁRIO .....</b>	<b>13</b>
2	PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO .....	13
<b>2.1</b>	<b>Entre a licitude e ilicitude do planejamento tributário .....</b>	<b>16</b>
2.1.1	Elisão fiscal .....	18
2.1.2	Evasão fiscal .....	22
<b>2.2</b>	<b>Liberdade de gestão fiscal das empresas como princípio .....</b>	<b>24</b>
2.2.1	As empresas no contexto tributário .....	24
2.2.2	Neutralidade fiscal em relação às empresas .....	27
2.2.3	Liberdade de gestão fiscal das empresas .....	27
<b>2.3</b>	<b>Liberdade de gestão empresarial .....</b>	<b>29</b>
<b>2.4</b>	<b>Governança Corporativa e Governança Tributária: uma nova tendência .....</b>	<b>32</b>
	<b>CAPÍTULO II – RESPONSABILIDADE CIVIL, DEVERES DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES E O PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO .....</b>	<b>34</b>
<b>3.1</b>	<b>Apreciação geral da responsabilidade civil dos administradores .....</b>	<b>34</b>
<b>3.2</b>	<b>Deveres gerais e deveres específicos .....</b>	<b>35</b>
3.2.1	Deveres estatutários dos administradores .....	36
3.2.2	Deveres oriundos do contrato de administração ou de gestão .....	37
3.2.3	Deveres legais específicos .....	38
3.2.4	Deveres legais gerais .....	39
<b>3.1.4.1</b>	<b><i>Deveres de cuidado .....</i></b>	<b>40</b>
3.2.4.1.1	<i>O dever de controlo ou vigilância organizativo-funcional .....</i>	45
3.2.4.1.2	<i>O dever de investigação .....</i>	48
3.2.4.1.3	<i>O dever de atuação procedimentalmente correta (para tomada de</i>	

	<i>decisões)</i> .....	48
4.2.4.1.4	<i>O dever de tomar decisões (substancialmente) razoáveis</i> .....	50
3.2.4.2	<b><i>O dever de agir com boa-fé</i></b> .....	52
3.2.4.3	<b><i>Deveres de lealdade</i></b> .....	53
3.3	<b><i>A business judgment rule</i></b> .....	57
	<b>CAPÍTULO III - CONSEQUÊNCIA E RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES PELO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO</b> .....	61
4.1	<b>Casos de inexistência de responsabilidade</b> .....	61
4.2	<b>Fatos extintivos de responsabilidade</b> .....	63
4.3	<b>Responsabilidade Civil dos Administradores</b> .....	65
4.3.1	Responsabilidade para com a sociedade .....	65
4.3.2	Responsabilidade perante os credores sociais .....	67
4.3.3	Responsabilidade perante os sócios e terceiros em geral .....	67
	<b>CONCLUSÃO</b> .....	68
	<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	71

## INTRODUÇÃO

### 1 CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS

O objetivo deste estudo é apresentar e discutir algumas questões relativas às obrigações dos administradores e ao planejamento tributário.

Este trabalho surgiu a partir de um questionamento: o planejamento tributário se apresenta como uma obrigação ou como uma opção para os administradores de sociedades? Foi em busca de responder essa pergunta que este trabalho se desenvolveu, primeiramente delimitando o que seria o planejamento tributário lícito e a liberdade que as empresas possuem para poderem executar práticas de poupança fiscal e depois explicando os deveres dos administradores com o intuito de relacioná-los com o planejamento tributário.

A correlação entre os deveres a que se sujeitam os administradores e o planejamento tributário posto em prática revelaria se há um dever por parte dos administradores em adotar uma postura que tenha por objetivo a elisão fiscal na sociedade que administra.

É certo que um dos objetivos das sociedades comerciais é o lucro. Por sua vez, uma economia fiscal representaria um aumento no resultado positivo da empresa, consequentemente um lucro maior.

Mas até que ponto poderíamos considerar que o planejamento tributário devesse ser observado e até que momento poderíamos responsabilizar o administrador no caso de inobservância dos deveres legais em proceder ao planejamento tributário.

E no caso de responsabilização, a quem caberia o ônus de responsabilizar o administrador pelo dano causado quando não procedeu com o devido cuidado o planejamento tributário ou quando simplesmente não planejou? Seria uma ação da sociedade, dos credores sociais, dos sócios ou terceiros em geral?

Essas questões são esclarecidas no percurso deste trabalho que busca correlacionar dois temas tão importantes para qualquer sociedade empresária moderna: tributação e responsabilidade civil dos administradores.

## **1.1 Importância do tema**

Hodiernamente as empresas enfrentam desafios cada vez maiores, sejam eles advindos do próprio risco empresarial, sejam eles impostos pelo estado. Há, contudo, questões que são previsíveis e que podem mudar de forma radical a composição de uma empresa ou a forma com que ela realiza seus negócios. A questão tributária desenvolve um papel fundamental na vida de qualquer empresa, seja designando caminhos menos onerosos, seja, inclusive designando sua estrutura ou local de funcionamento.

O desenvolvimento do tema do planejamento tributário e a consequente aplicação dele pelos administradores geram consequências profundas e importantes para as empresas. Em um mercado cada vez mais competitivo, empresas que conseguem se adaptar às dificuldades impostas pelos Estados e se planejam com vistas a obter melhores resultados conseguem se sobressair.

A posição doutrinária ainda é tímida quando ao assunto, mas já aponta que o caminho a ser percorrido é o de condutas com vistas à economia tributária, sendo papel fundamental dos administradores o de executar e planejar essas condutas.

## **1.2 Divisão do estudo**

O presente trabalho é um estudo em três tempos. No primeiro capítulo trataremos dos temas relativos ao planejamento tributário: o entendimento atual, os limites do planejamento lícito, condutas que devam ser evitadas e a postura atual das empresas em face ao planejamento tributário.

O segundo capítulo expõe a questão mais relevante do trabalho que trata dos deveres dos administradores. Neste capítulo procuramos esclarecer a consistência dos deveres dos administradores, esmiuçando de forma com que se relacione com o planejamento tributário.

O terceiro capítulo trata de forma breve sobre as ações de responsabilidade dos administrados em face da sociedade, dos credores sociais, dos sócios e de terceiros em geral.

Por fim, chegaremos à conclusão que visa relacionar o tema e expor se há uma relação obrigacional dos administradores quanto ao planejamento tributário.

## CAPÍTULO I – PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO E DIREITO SOCIETÁRIO

### 2 PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

No panorama da tributação das empresas, temos o Estado por um lado como sujeito ativo (objetivando arrecadação de tributos) e em outro polo, como sujeitos passivos, estão as empresas que têm por objetivo a maximização de resultados positivos<sup>1</sup> e, conseqüentemente, a redução de despesas fiscais.

Nessa busca pela diminuição da tributação, é recorrente que as empresas façam uso do planejamento tributário. Demonstrar a importância da relação do planejamento tributário e direito societário é essencial para o presente estudo.

Não se coloca em causa a liberdade de gestão fiscal<sup>2</sup> das empresas, desde que se trate da utilização de técnicas lícitas na persecução desse objetivo. Como se verá mais à frente, a busca pela obtenção de melhores resultados em matéria fiscal, respeitando os limites imperativos e evitando abusos, não pode ser obstaculizada por entraves da Administração fiscal.

Dada a complexidade da temática do planejamento tributário, não podemos deixar de abordar algumas questões que consideramos imprescindíveis à compreensão deste trabalho, tais como conceito e características do planejamento tributário, bem como o papel *sui generis*<sup>3</sup> que as empresas exercem no campo tributário.

---

<sup>1</sup> Cfr. MAMEDE, Gladston. *Teoria Geral do Direito Empresarial*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 28. v. 1. “A empresa é uma organização de iniciativas otimizadas, de procedimentos, de fórmulas que, segundo a lógica de seu titular (empresário ou sociedade empresária), permitirão a realização de suas metas econômicas”. Coutinho de Abreu ao tratar do estabelecimento comercial define sua estruturação “com vista à consecução (eficiente ou “racional”) de um fim (econômico-produtivo)” (ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Da empresarialidade* (as empresas no direito). Coimbra: Almedina, 1999, p. 43). O tema também é abordado como interesse finalístico da sociedade – maximização do lucro (ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social apud* ABREU, J. M. Coutinho de et al. *Reformas do código das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 32.). O assunto também é abordado “como um ganho traduzível num incremento do património da sociedade” (ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de direito comercial – Volume II: Das sociedades*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2011, p. 16).

<sup>2</sup> A expressão é utilizada por Casalta Nabais em diversos trabalhos (e.g. NABAIS, José Casalta. A liberdade de gestão fiscal das empresas. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, ano 5, n. 29, p. 55-78, set./out. 2007).

<sup>3</sup> Casalta Nabais defende que as empresas são contribuintes *sui generis* em relação aos indivíduos (cidadãos) que constituem os verdadeiros contribuintes (NABAIS, José Casalta. *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 10).

Neste contexto, o tributo exerce (além de suas características próprias<sup>4</sup>), também, a função de interferência (proposital ou acidental) na livre concorrência<sup>5</sup> das empresas. Essa intervenção pode se dar pela existência de leis fiscais que gerem desigualdades entre os contribuintes ou, mesmo que não tenham esse objetivo, pela falta de clareza em seu texto possam gerar incertezas na sua aplicação concreta. A ausência de previsibilidade (ou impossibilidade de se prever todas as situações) é outro fator que repercute na esfera da livre concorrência<sup>6</sup>.

As empresas – representadas pelos seus administradores – atuam com o objetivo de obterem melhores resultados ou lucros. Em um panorama onde se busca esses resultados, um tributo não diverge de outro encargo qualquer, sendo objeto de minimização<sup>7</sup>.

Fica a cargo dos administradores levarem em consideração os rendimentos por ação (EPS – *Earnings per Share*) obtidos por atividades próprias da empresa, ou seja, aquelas ações que fazem parte da atividade-fim da sociedade comercial. Em contexto do planejamento tributário, é preciso perceber que os ganhos não ficam restritos apenas à atividade-fim das sociedades empresariais e podem, também, serem obtidos por atividades de gestão que se baseiam em ações relacionadas com poupança tributária<sup>8</sup>.

---

<sup>4</sup> García Novoa define que a função própria do tributo é a de financiar o Estado (NOVOA, César García. *El concepto de tributo*. Buenos Aires: Marcial Pons Argentinas, 2012, p. 77).

<sup>5</sup> Marco Aurélio Greco aponta que há duas questões importantes no tema do planejamento tributário: isonomia e livre concorrência. Assim, se um tributo não alcança a quem deveria ser alcançado, fere o princípio da isonomia por tributar alguns em mesma situação e outros não. Por outro lado, o tema que mais interessa ao trabalho é o reflexo da livre concorrência, em que defende o autor ser o tributo um campo em que a variável tributária não deve ser usada como instrumento de diferenciação dos concorrentes, salvo em situações em que o tributo exerça papel extrafiscal. (Cfr. GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2011. p. 18) Oliveira apresenta que “convocar o princípio da igualdade para defender a ilegitimidade o planeamento fiscal [...] não justifica, por si só, a instituição de uma proibição de atender à carga fiscal no âmbito da condução dos negócios” (reticências nossa) (OLIVEIRA, António Fernandes de. *A legitimidade do planeamento fiscal, as cláusulas gerais anti-abuso e os conflitos de interesse*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009. p. 14).

<sup>6</sup> GRECO, op. cit., p. 47.

<sup>7</sup> OLIVEIRA, op. cit., p. 12.

<sup>8</sup> Júlio Tormenta destaca que “a estratégia fiscal na vertente de poupanças fiscais que se possam obter através de uso de instrumentos apropriados para ajudar a atingir a maximização do valor dos investimentos efectuados pelos acionistas (“shareholders”), deverá ser tomada em linha de conta” (TORMENTA, Júlio. *As sociedades gestoras de participações sociais como instrumento de planeamento fiscal e os seus limites*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 31). Fernandes de Oliveira traz um posicionamento semelhante ao afirmar que é preciso observar a maximização da rentabilidade tendo em vista o reflexo no valor da participação dos respectivos accionistas (OLIVEIRA, op. cit., p. 11).



Diferentemente de outras obrigações onerosas, os tributos dificilmente estão sujeitos à negociação<sup>9</sup>. Esta conjuntura não impede que as sociedades façam uso de técnicas com intuito de redução dos encargos fiscais<sup>10</sup>.

Podemos definir planejamento tributário como sendo a utilização de técnicas que buscam reduzir a carga tributária em que o sujeito passivo do tributo abdica de exercer determinado comportamento por estar relacionado com um fato gerador de uma obrigação tributária<sup>11</sup> ou, ainda, escolhe dentro de um rol de opções que estão disponíveis à sua escolha pelo ordenamento jurídico (seja por omissão ou ação intencional do legislador) aquela que esteja relacionada com uma economia fiscal<sup>12</sup>.

O planejamento tributário se sustenta na tese da livre disponibilidade econômica dos indivíduos (ou sociedades). Com base neste princípio, Casalta Nabais defende que os indivíduos são livres para determinarem suas decisões em todos os campos que fazem parte de suas vidas, só sendo admitidas restrições a essa liberdade quando no exercício dela se resultarem danos para toda a coletividade, ou, em último caso, o Estado precise regular algumas condutas para seja assegurado aos indivíduos a liberdade de decisão<sup>13</sup>.

Do ponto de vista tributário, a livre disponibilidade econômica dos indivíduos está atrelada ao reconhecimento da livre conformação fiscal dos indivíduos<sup>14</sup>. Neste sentido, os indivíduos não se submetem à observância das necessidades da comunidade em que vivem,

---

<sup>9</sup> Existem algumas possibilidades de contratos com a Administração Fiscal, o que daria alguma margem de negociação, ainda que limitada. (Cfr. NABAIS, José Casalta. *Contratos fiscais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994, p. 104).

<sup>10</sup> “A gestão e respectivos colaboradores cabe ordenar os negócios da empresa de modo a minimizar os seus encargos em geral, incluindo os encargos fiscais. Para o efeito planeiam, do modo que sejam capazes de equacionar como os mais adequados, as atividades e negócios da empresa” (OLIVEIRA, 2009, p. 13).

<sup>11</sup> Destaca Sacha Calmon o seguinte: “o dever de pagar tributos decorre de leis que prescrevem dito dever desde que ocorrente o seu fato jurígeno no mundo fenomênico (a realização do fato gerador antes abstratamente previsto na norma hipotética)” (Cfr. COELHO, Sacha Calmon Navarro. Uma introdução à filosofia do Direito, inclusive do Direito Tributário. *Direito Tributário em Questão*, Porto Alegre, n. 7, p. 209, 2011).

<sup>12</sup> Saldanha Sanches define planejamento tributário “numa técnica de redução da carga fiscal pela qual o sujeito passivo renuncia a um certo comportamento por este estar ligado a uma obrigação tributária ou escolhe, entre as várias opções que lhe são proporcionadas pelo ordenamento jurídico, aquela que, por ação intencional ou omissão do legislador fiscal, está acompanhada de menos encargos fiscais” (SANCHES, José Luís Saldanha. *Os limites do planeamento fiscal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 21).

<sup>13</sup> Cfr. NABAIS, José Casalta. *O dever fundamental de pagar impostos: Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 204.

<sup>14</sup> *Ibid.*, p. 205.

podendo agir da maneira que lhes aprouver a melhor economia fiscal<sup>15</sup>, desde que no uso de tais ações não violem as leis ou abusem do direito.

Através de uma boa estratégia empresarial, pautada na informação e planeamento, os administradores podem obter uma redução da carga tributária. Essa atenuação de despesas fiscais pode se apresentar em diversos aspectos, desde uma maneira diferente de remunerar os administradores ou sócios, a escolha de uma estrutura empresarial mais condizente com o vulto econômico da empresa, até mesmo recorrer ao poder judiciário para se contestar a aplicação de um tributo em um caso concreto, sobretudo, tentando recuperar o que se foi pago no passado e evitar cobranças futuras. Todas essas opções dependem de conhecimento e de planeamento e cabe, predominantemente, aos administradores escolherem o melhor caminho<sup>16</sup>.

A forma como o planeamento vai se desenvolver dependerá da capacidade econômica de cada empresa, o que não torna escusável não proceder com o argumento de se tratar de uma pequena empresa. Há enquadramentos tributários<sup>17</sup> que visam a melhores benefícios fiscais voltados às pequenas e médias empresas, o que pode ser essencial para a sobrevivência dos negócios dessas empresas.

## 2.1 Entre a licitude e ilicitude do planeamento tributário

É evidente que os tributos representam um custo expressivo para as empresas. A correta administração das despesas fiscais com vistas à minimização dos gastos tem tomado importância na maneira com que se conduzem os negócios – daí que o planeamento tributário se apresenta como estratégia empresarial cada vez mais consolidada no mercado atual<sup>18</sup>.

---

<sup>15</sup> Há quem defenda que o ato de planeamento tributário não seria ético ou moralmente aceito, visto que o indivíduo estaria frustrando expectativas do Estado (Cfr. GAMA, João Taborda. *Acto elisivo, acto lesivo: notas sobre a admissibilidade do combate à elisão fiscal no ordenamento jurídico português*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 313).

<sup>16</sup> Cfr. CREPALDI, Silvio Aparecido. *Planeamento tributário: teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 57.

<sup>17</sup> No Brasil temos o Simples Nacional (previsto na Lei Complementar nº 123, de 14 de dezembro de 2006) que é um regime compartilhado de arrecadação, cobrança e fiscalização de tributos aplicável às pequenas e médias empresas (PMEs). Em Portugal temos o tratamento diferenciado às PMEs previsto no nº 1 do art. 86º da Constituição da República Portuguesa (CRP) e no nº 3 do art. 87 do IRC, regime que favorecia algumas empresas em uma redução de 20% do imposto, embora revogado, demonstra que é possível enquadramentos tributários que beneficiem pequenas empresas.

<sup>18</sup> CREPALDI, op. cit., p. 55.

O planejamento tributário, apresentado como uma estratégia de economia fiscal e consequente maximização de resultados da empresa, não é um exercício de fácil realização. Além da relevância que foi realçada, o tema é da mais alta complexidade e afeta, como elenca Greco, quatro campos: *complexidade dos negócios*, *complexidade jurídica*, *complexidade econômico-contábil* e *complexidade ideológico-normativa*<sup>19</sup>.

Do ponto de vista da *complexidade dos negócios*<sup>20</sup>, temos que as relações empresariais estão se tornando cada vez mais complexas e que para se extrair um juízo conclusivo de valor é essencial um contexto de fatores econômicos e do perfil empresarial em questão.

Em termos de *complexidade jurídica*<sup>21</sup>, o debate se restringe aos aspectos legais e reflexos jurídicos que o planejamento tributário produz, onde não existe uma unidade de entendimentos e acaba se transitando por entre pequenas diferenças conceituais.

O planejamento exige não apenas o uso de uma técnica contábil, mas uma análise profunda de questões econômicas que fazem jus à *complexidade econômico-contábil*<sup>22</sup>.

Do ponto de vista da *complexidade ideológico-normativa*<sup>23</sup>, é preciso considerar que o planejamento é algo que está relacionado não apenas com aspectos de decisão técnica-cognitiva, mas se relaciona com uma faceta ideológica de cada Estado – assim, se se trata de um uma conjuntura liberal, o planejamento não é apenas aceito, como incentivado. Porém, se se tratar de uma ideologia social, certamente que o planejamento será considerado como uma conduta que frustra a expectativa do Estado. O problema é que a posição ideológica nem sempre está definida no debate e isso acaba gerando dificuldades em definir o caminho correto a se guiar diante do planejamento.

O planejamento fiscal da empresa é um exercício que envolve diversas conjunturas e enquadramentos, o que pode torná-lo uma atividade árdua. Porém, esta dificuldade não deve ser utilizada como pretexto para que não seja realizado.

Partimos de alguns problemas complexos apontados acima e que deixam o tema dividido entre a legalidade e ilegalidade baseado em um exercício cognitivo interpretativo de casos concretos que buscam uma poupança em matéria de impostos.

---

<sup>19</sup> GRECO, 2011, p. 21-22.

<sup>20</sup> Ibid., p. 21.

<sup>21</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>22</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>23</sup> Ibid., p. 22.

É notório que, diante da abordagem de um tema complexo como este, existam enquadramentos e interpretações que possam ser controversos. Cumpre-nos distinguir alguns conceitos aplicados ao planejamento tributário e que servirão de base para que possamos estabelecer o que de fato buscamos aplicar como estratégia empresarial daquilo que se desvia do planejamento e pode gerar consequências negativas por se tratar de ações ilegais ou abusivas.

A organização tributária das empresas se rege pelo princípio constitucional da liberdade de gestão fiscal (questão que será esclarecida mais adiante). Baseado no exposto, as empresas têm a possibilidade de instituir ações de natureza elisiva (*tax avoidance*<sup>24</sup>) devendo evitar manobras que possam caracterizar uma evasão fiscal (*tax evasion*<sup>25</sup>).

É diante destes dois conceitos apresentados que este estudo se ampara para definir os limites legais do planejamento tributário, buscando caracterizar cada um deles e a repercussão jurídica perante os administradores, levando em consideração a opção pela escolha de qualquer um dos caminhos, bem como a carência de escolha por qualquer ação que leve em consideração um reflexo fiscal na empresa.

A partir da definição e caracterização desses conceitos é que podemos definir a liberdade de gestão fiscal das empresas e amparar as decisões dos administradores que procurem esse caminho.

### 2.1.1 Elisão fiscal

Elisão fiscal (*tax avoidance* em inglês; *elusione* em italiano; *Steuermehung* em alemão) ou elusão tributária<sup>26</sup> é a interpretação da lei tributária consubstanciada em uma conduta que leve o sujeito passivo à economia tributária. Esse conceito não é absoluto, há uma parcela da doutrina<sup>27</sup> que aponta que possa existir uma elisão fiscal ilícita caracterizada por um planejamento fiscal abusivo (*abusive tax avoidance*). Porém, trataremos da elisão (ou elusão) fiscal como uma conduta lícita e aceita, explicando posteriormente as condutas que não caracterizam elisão fiscal.

---

<sup>24</sup> “É a economia de imposto alcançada por interpretação razoável da lei tributária” (Cfr. TORRES, Ricardo Lobo. *Planejamento tributário: elisão abusiva e evasão fiscal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012, p. 8).

<sup>25</sup> “É a economia do imposto obtida pela prática de um ato revestido de forma jurídica que não se subsume na descrição abstrata da lei ou no seu espírito” (Cfr. TORRES, loc. cit., p. 8).

<sup>26</sup> Alguns autores brasileiros preferem utilizar esse neologismo para se referir ao planejamento tributário lícito, a expressão acaba se confundindo com a utilizada em língua italiana.

<sup>27</sup> É o posicionamento adotado por Ricardo Torres (Cfr. TORRES, loc. cit.).

O posicionamento de Alberto Xavier<sup>28</sup> é o de destacar a elisão fiscal como uma estratégia para se evitar a incidência de determinada norma por meio de um conjunto de atos que tenham por objetivo impedir que o fato gerador da obrigação tributária ocorra em um ordenamento jurídico. Em se tratando de elisão fiscal internacional, o intuito do agente (sujeito passivo da obrigação tributária) é agir de maneira que se evite a incidência da norma tributária em um ordenamento jurídico menos favorável e transfira essa obrigação para um ordenamento jurídico mais favorável.

Planejamento e elisão são conceitos que participam de uma mesma conjuntura, ou seja, tratam de uma mesma realidade. A diferença reside no referencial e elementos adotados. Desta maneira, o planejamento faz referência à conduta adotada pelo agente, valorizando os elementos como liberdade contratual e licitude da conduta<sup>29</sup>. Quando nos referimos à elisão, o objeto deixa de ser a conduta e passa a fazer referência à incidência e cobrança do tributo; assim, seu estudo envolve tópicos sobre capacidade contributiva e isonomia<sup>30</sup>.

Saldanha Sanches<sup>31</sup> se posiciona sobre elisão fiscal<sup>32</sup> como a escolha de uma técnica que renuncie a uma conduta por estar ligada a uma obrigação tributária ou escolhe entre diversas opções, disponíveis na legislação, aquela que seja mais vantajosa. É a essa faculdade do contribuinte de escolha ou opção voluntária de agir em relação à norma tributária que se referem as expressões “planejamento fiscal” (*tax planning*), “montagens fiscais”, “engenharia fiscal”<sup>33</sup>, “negócio fiscalmente menos oneroso”, “otimização fiscal”, “gestão fiscal”, “evitação”, “aforro fiscal”, “transação tributariamente favorecida”, “economia de impostos”<sup>34</sup>, entre outras<sup>35</sup>.

---

<sup>28</sup> XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 235.

<sup>29</sup> GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 3ª edição. São Paulo: Dialética, 2011. p. 85.

<sup>30</sup> *Ibid.*, p. 86.

<sup>31</sup> SANCHES, 2006, p. 21.

<sup>32</sup> A palavra está relacionada com o comportamento do contribuinte tendente a eliminar ou diminuir o ônus do tributo. Não há uma uniformidade terminológica na doutrina. (Cf. MACHADO, Hugo de Brito. *Introdução ao planejamento tributário*. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 69).

<sup>33</sup> Cf. XAVIER, 2010, p. 236, explica Hugo de Brito Machado que “toma-se de empréstimo a palavra “engenharia”, que é seguida da palavra “tributária” para designar o conhecimento do direito tributário que permite a utilização de formas para a prática da atividade econômica de forma a permitir o menor ônus tributário” (Cf. MACHADO, *op. cit.*, p. 74).

<sup>34</sup> Hugo de Brito Machado define economia de imposto como “a prática adotada por quem exerce uma atividade com o objetivo de evitar a incidência de imposto ou de qualquer forma reduzir o encargo tributário, sem violação da lei” (MACHADO, *op. cit.*, p. 69).

<sup>35</sup> Cfr. CAVALI, Marcelo Costenaro. *Cláusulas gerais antielusivas: reflexões acerca de sua conformidade constitucional em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2006, p. 26.

A elucidação e utilização adequada das expressões e palavras destacadas nos permitem referir e distinguir as condutas esperadas e desejadas pelos administradores daquelas que devem ser rejeitadas e afastadas da administração societária.

Esse conceito de elisão fiscal que buscamos apresentar é aceito, *mutatis mutandis*, pelos sistemas jurídicos mais estudados<sup>36</sup>.

Dentro da elisão fiscal, temos a chamada “elisão tributária imprópria ou evasão fiscal *intra legem*”<sup>37</sup>, que se caracteriza por situações previstas pelo legislador em que se admite um tratamento jurídico-tributário mais vantajoso ao contribuinte, bastando ao contribuinte adequar sua conduta à norma. Ou seja, trata-se de um direcionamento da norma legal para que o contribuinte possa obter benefícios fiscais. Nesta situação, afasta-se qualquer dúvida sobre ilicitude.

Além das condutas desejadas pela lei, em que o legislador cria mecanismos para tornar sua adoção economicamente mais vantajosa<sup>38</sup>, temos aquelas que são postas como opções fiscais, a exemplo da tributação do imposto de renda pelo lucro real ou pelo lucro presumido, como é o caso do disposto no artigo 44 do Código Tributário Nacional brasileiro (CTN) – existe uma expressa previsão de opção legal, em que o contribuinte terá de analisar a melhor forma a ser adotada.

Em outro prisma, não podemos cogitar como elisão fiscal apenas as opções dadas pela legislação ou direcionamentos ofertados pelo ordenamento jurídico como critérios para determinar um planejamento fiscal. Neste sentido, podemos considerar elisão fiscal como qualquer conduta que vise à redução de uma carga fiscal, desde que não se caracterize em evasão tributária.

Cumpramos destacar que Marcelo Cavali<sup>39</sup> considera elusão<sup>40</sup> tributária como um conjunto de ações tomadas pelo sujeito passivo da obrigação tributária, que tenham por escopo a prática de atos distintos dos previstos em hipóteses de incidência tributária, desde que apresente efeitos econômicos semelhantes, enquadrando suas ações em uma norma tributária mais favorável.

---

<sup>36</sup> CAVALI, 2006, p. 27.

<sup>37</sup> Alberto Xavier (XAVIER, 2010, p. 87) destaca que as condutas desejadas pelo legislador não devem ser enquadradas como planejamento tributário. Por outro lado, a doutrina aceita amplamente que opções fiscais previstas na legislação façam parte de um projeto de elisão fiscal como destaca Marcelo Cavali (CAVALI, op. cit., p. 29).

<sup>38</sup> Cfr. GRECO, 2011, p. 99.

<sup>39</sup> CAVALI, op. cit., p. 29.

<sup>40</sup> Segundo Hugo de Brito Machado, a palavra não tem utilização comum, mas é utilizada por alguns tributaristas para designar a forma lícita de fugir ao pagamento do tributo. (Cf. MACHADO, 2014, p. 72).

Deixamos o campo da escolha dos administradores pela letra objetiva da norma e adentramos no problema reportado por Greco no que concerne à problemática da *complexidade ideológico-normativa*<sup>41</sup>, navegando pelas lacunas normativo-interpretativas<sup>42</sup>.

Considerando o exposto, extraímos duas espécies de elisão fiscal, uma decorrente da própria lei e outra que resulta das lacunas e brechas existentes no ordenamento jurídico<sup>43</sup>. Castanheira Neves<sup>44</sup> descreve que a teoria tradicional da interpretação da norma gera resultados que devem ser hermeneuticamente lícitos, essa teoria ampara o contexto de interpretação normativo com o objetivo de uma elisão fiscal.

Quando a elisão fiscal decorre da norma legal, o dispositivo permite ou incentiva a adoção de determinada conduta do contribuinte, em alguns casos, criando até opções fiscais. Existe uma vontade expressa do legislador de permitir que o sujeito passivo possa adotar uma dessas condutas. Os incentivos fiscais representam o clássico exemplo de elisão fiscal persuadido pela legislação quando provocam o sujeito passivo a adotar uma postura em contrapartida de um incentivo fiscal.

A segunda conjuntura, em que a elisão fiscal resulta das lacunas e brechas do ordenamento jurídico, o contribuinte adota uma postura em que busca configurar seus negócios utilizando elementos que não sejam proibidos pela lei ou se utiliza determinados meios que possibilitem evitar o fato gerador tributário. Esta conduta se assemelha à figura da elusão fiscal descrita por Cavali.

Desde que respeite os limites legais impostos, e não há o que se tratar de ilícito quando a própria legislação permite opções fiscais ou incentiva condutas menos onerosas, o contribuinte poderá sempre buscar na elisão fiscal uma alternativa para reduzir os tributos e a melhor estruturação da sua empresa visando a uma economia fiscal mais eficiente.

---

<sup>41</sup> Questão apontada como problema do planejamento tributário (GRECO, 2011, p. 22).

<sup>42</sup> Esclarece Castanheira Neves que “em termos estritos e próprios, e a implicar um problema específico no quadro do pensamento jurídico, a interpretação é o acto metodológico de determinação do sentido jurídico-normativo de uma fonte jurídica em ordem a obter dela um critério jurídico (um critério normativo *de direito*) no âmbito de uma problemática realização do direito e enquanto momento normativo-metodológico dessa mesma realização” (NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011, p. 83). Isso quer dizer que podemos extrair mais do que está disposto na norma em busca da realização de um direito, através do exercício da interpretação.

<sup>43</sup> Cfr. CREPALDI, 2012, p. 98.

<sup>44</sup> NEVES, op. cit., p. 107.

Evidente que o exercício da elisão fiscal não pode ser compreendido apenas através destes conceitos. A elisão tributária faz parte, sobretudo, de um conjunto complexo de estudo entre limites, interpretação e aplicação da lei tributária, civil, laboral ou societária. A depender da conjuntura, uma estruturação ou reestruturação empresarial voltada a uma economia fiscal abrangerá um conjunto de leis de diversos ramos jurídicos na persecução desse objetivo.

Vale destacar, ainda, que elisão fiscal internacional não se distingue da elisão fiscal interna (que ocorre dentro do país em que o sujeito passivo está localizado). Ressalta Gustavo Courinha<sup>45</sup> que em ambos os casos estamos diante de atos, por si só, lícitos de medidas tomadas para obtenção de vantagens fiscais.

### 2.1.2 Evasão fiscal

Como visto, a elisão fiscal é considerada como sinônimo de planejamento tributário legítimo, ou seja, aquela estratégia administrativo-societária do contribuinte que visa a uma redução fiscal através de meios lícitos e da razoável interpretação legal.

Porém, como trata Saldanha Sanches, “o planejamento fiscal ilegítimo consiste em qualquer comportamento de redução indevida, por contrariar princípios ou regras do ordenamento jurídico-tributário, das onerações fiscais de um determinado sujeito passivo”<sup>46</sup>.

Esse conceito revelado por Saldanha Sanches é importante para compreender a evasão fiscal, pois corresponde a um objetivo que resulta em economia de imposto ilícita.

A evasão fiscal (*tax evasion*, em inglês; *Steuerhinterziehung*, em alemão) não deve ser confundida com a conduta que consiste em deixar de praticar determinado ato (*tax saving*, em inglês; *Steuervermeidung*, em alemão)<sup>47</sup>. Assim, evasão fiscal consiste na busca do contribuinte, anterior ou posteriormente ao ato que corresponda a um fato gerador de uma hipótese de incidência que seja considerada desfavorável, de uma solução que vise mascarar ou fraudar suas ações<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> COURINHA, Gustavo Lopes. *A cláusula geral anti-abuso no direito tributário*: contributos para sua compreensão. Coimbra: Almedina, 2009, p. 18.

<sup>46</sup> SANCHES, 2006, p. 21.

<sup>47</sup> Essa diferença é pertinente, pois há autores que utilizam ambas as expressões para referir-se à evasão, distinguindo-as em lícita e ilícita (Cfr. TORRES, 2012, p. 8).

<sup>48</sup> Cfr. CREPALDI, 2012, p. 96.



Devemos compreender a evasão fiscal como uma conduta, assim como na elisão, que visa a uma economia tributária. Porém, diferentemente da elisão, a evasão se utiliza de meios ilícitos para obtenção do resultado pretendido.

Os mecanismos mais comuns de evasão são a falta de emissão de nota fiscal, lançamentos tributários inexistentes ou com valores falsos etc. Representa uma verdadeira fraude ao sistema tributário.

O contribuinte busca uma forma de mascarar o comportamento praticado, seja antes ou depois da realização da conduta inclusa na hipótese de incidência. Ou seja, é a utilização de mecanismos ilícitos para evitar a tributação. Não se trata de uma interpretação errada da legislação, mas de um ato praticado com uma finalidade bem definida.

Ao contrário da elisão, a evasão é o dano doloso ou culposo ao Estado Tributador, não pagando o que se deve ou pagando de forma inferior ao valor devido – seja deliberadamente (dolo) ou por negligência (culpa).

Na evasão fiscal, o fato gerador do tributo ocorre, mas o contribuinte, de forma fraudulenta, o mascara. Na elisão, por sua vez, o fato gerador do tributo não ocorre por conta de um planejamento tributário prévio que buscava uma economia do imposto por uma interpretação legislativa ou buscou, entre as opções legais, a menos onerosa.

A diferenciação básica entre elisão e evasão reside no aspecto da legalidade. A elisão parte de pressupostos formalmente lícitos<sup>49</sup>. Na evasão<sup>50</sup> atuam meios ilícitos que são exercidos no momento da incidência tributária ou posteriormente<sup>51</sup>.

Sempre que se tratar de um planejamento tributário lícito, em que se busque uma estratégia de economia fiscal pautada em opções fiscais menos onerosas ou interpretação legal que atue de forma anterior à hipótese de incidência do tributo, estaremos diante de uma conjuntura de elisão fiscal<sup>52</sup>.

---

<sup>49</sup> CREPALDI, 2012, p. 97.

<sup>50</sup> Outra definição trazida por Hugo de Brito Machado é o de que a “evasão fiscal consiste na prática destinada a evitar o surgimento da obrigação tributária. A evasão pode ser lícita e pode ser ilícita. Será lícita se a conduta adotada evitar a ocorrência do fato gerador do tributo e será ilícita se apenas mascarar ou esconder tal ocorrência. Há, todavia, quem sustente que a evasão fiscal é sempre uma conduta ilícita” (Cf. Segundo Hugo de Brito Machado, a palavra não tem utilização comum, mas é utilizada por alguns tributaristas para designar a forma lícita de fugir ao pagamento do tributo. (Cf. MACHADO, 2014, p. 74). Preferimos adotar neste trabalho o entendimento majoritário de que a evasão consiste em um ilícito, evitando confusão com as denominações.

<sup>51</sup> Cfr. CREPALDI, loc. cit.

<sup>52</sup> Cfr. CAVALI, 2006, p. 27.

Em outro momento, quando a atuação ocorrer ao mesmo tempo da incidência tributária ou posteriormente, visando a uma economia de imposto, teremos uma situação de evasão fiscal<sup>53</sup>.

Assim, o limite do planejamento lícito será sempre a lei. Dentro desse limite, o contribuinte é livre para administrar seu negócio da maneira que lhe permita obter os melhores benefícios tributários.

## **2.2 Liberdade de gestão fiscal das empresas como princípio**

Por trás de todo embasamento de que trata o planejamento tributário, temos, sobretudo, a liberdade de gestão fiscal das empresas. Deixamos de tratar do planejamento tributário apenas como um emaranhado de opções em que caminham os administradores na busca de uma economia fiscal, para tratar do tema como um princípio constitucional que ampara as decisões dos administradores em seguir um caminho de economia fiscal.

### **2.2.1 As empresas no contexto tributário**

Embora já tenha sido a empresa apresentada como sujeito passivo de tributos, Casalta Nabais aponta-a como um contribuinte *sui generis*<sup>54</sup>. Essa característica surge de acordo com o entendimento de que os verdadeiros destinatários dos impostos, ou seja, aqueles que por natureza são os responsáveis por sustentar o aparato estatal e para quem se destinam as ações promovidas por ele, são os cidadãos<sup>55</sup> (membros de uma sociedade político-organizada). Essa vocação tributária é própria dos Estados democráticos, em que o poder de tributar é delegado pelo povo, produto de uma Assembleia Constituinte<sup>56</sup>.

Diversamente da postura das pessoas singulares em seu interesse absoluto de financiar os instrumentos democráticos e aparato estatal, as sociedades empresariais<sup>57</sup> não desfrutam da mesma relação umbilical com o Estado. As empresas não passam de meros

---

<sup>53</sup> Cfr. TORRES, 2012, p. 9.

<sup>54</sup> NABAIS, José Casalta. *Alguns aspectos da tributação das empresas*. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 393. v. III.

<sup>55</sup> Destacamos que por cidadãos entendemos aquelas pessoas singulares que residam em determinado país. (Neste sentido v. NABAIS, 2013, p. 10.

<sup>56</sup> Cfr. COELHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999, p. 37.

<sup>57</sup> Compreenda em sentido amplo, valendo o entendimento para empresas em sentido geral.

agentes econômicos, com responsabilidade estruturante da economia – visando, sobretudo, a uma perspectiva privada. Não é por acaso que os impostos sobre as empresas não se relacionam, propriamente, com o financiamento do Tesouro<sup>58</sup>.

As empresas, na qualidade de contribuintes, exercem três papéis: *a) contribuintes; b) sujeitos passivos; c) administradoras ou gestoras de impostos.*

Como contribuintes exercem papel fundamental de expressar a capacidade contributiva, estão sujeitos aos fatos geradores dos impostos. Dessa capacidade contributiva, compreendemos que as empresas não assumem apenas as obrigações que lhes são próprias (pagamento de impostos sobre o patrimônio e rendimento), mas assumem, também, um ônus imposto pelo Estado de atuar como recolhedoras de tributos de terceiros (e.g. impostos sobre o consumo)<sup>5960</sup>.

Enquanto contribuinte de impostos de consumo e de patrimônio, não há debate na doutrina da caracterização da empresa como sujeito passivo desses impostos. A controvérsia circunda a ideia de tributar as empresas em sede de rendimento<sup>61</sup>.

As empresas além de contribuintes de impostos próprios se enquadram como sujeitos passivos das mais variadas obrigações tributárias, não apenas impostos que tradicionalmente não são destinados às empresas (como o IVA ou ICMS<sup>62</sup>), mas acabam respondendo por impostos voltados a terceiros.

Sobre a questão da responsabilidade das empresas sobre impostos destinados a terceiros surge essa temática da “administração privada” ou “gestão privada” dos impostos. Tratamos, sobretudo, de impostos em que as empresas não sejam destinatárias, em princípio, ou que devam atuar como retentoras dos impostos.

Casalta Nabais<sup>63</sup> destaca que é diante dessa gestão privada que se forma um novo paradigma para as empresas no que se refere à administração de impostos. Deste modo, uma parcela dos impostos que deveria ser controlada e administrada pelo Fisco passa a ser liquidada e cobrada pelas empresas, seja como sujeito passivo através do processo de

---

<sup>58</sup> Cfr. COELHO, 1999, p. 14.

<sup>59</sup> Hugo de Brito Machado destaca que o sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária. Porém, pode o sujeito passivo se apresentar como contribuinte próprio da obrigação tributária ou, por virtude de lei, se responsável (mesmo que não exista relação direta com o fato gerador) pelo pagamento desta obrigação. (Cfr. MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 26. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005, p. 159).

<sup>60</sup> NABAIS, 2008, p. 398.

<sup>61</sup> NABAIS, 2013, p. 19.

<sup>62</sup> NABAIS, loc. cit.

<sup>63</sup> Ibid., p. 20.

autoliquidação dos impostos (nos casos de IRC, IVA e contribuições), seja atuando como substituto tributário de terceiros.

Deixamos o sistema clássico de administração pública tributária (lançamento, liquidação e cobrança). Isso não significa que o Estado perdeu o controle sobre as normas tributárias, ao contrário, ganhou eficiência em fiscalização. O papel de Estado aplicador, no sentido de execução de tarefas, deixa de existir e se transforma, gradualmente, em um Estado fiscalizador da aplicação de normas.

O papel de que antes cabia ao Estado é transferido ao ente privado, principalmente as empresas. O Estado age apenas posteriormente no controle, exercendo o papel de vigilante tributário, quando antes exercia, também, o papel de aplicador da norma.

As empresas passam a exercer, além da sua atividade-fim, o ônus da atividade de liquidação e cobrança de impostos. Esse encargo transferido aos contribuintes transfere uma grande responsabilidade do Estado ao privado; além desse encargo, o contribuinte arca com os custos necessários ao fiel cumprimento das obrigações legais e da multiplicidade das mais complexas obrigações fiscais<sup>64</sup>.

Esse enquadramento das empresas como contribuintes e sujeito passivo de obrigações tributárias se mostra importante para compreender o papel que os tributos exercem nas atividades empresariais, não apenas como um encargo meramente administrativo, mas como uma responsabilidade legal e uma incumbência financeira real.

O Estado, por sua vez, não se prende apenas ao exercício de fiscal tributário, mas se utiliza dos tributos como meio à concretização de suas políticas sociais e econômicas. Foge a função principal dos tributos que é de financiamento do aparato estatal e passa a ter características extrafiscais. As empresas, em outra medida, representam o motor da economia. O Estado utilizando-se do caráter extrafiscal dos tributos oferece às empresas oportunidades fiscais para que se adequem às suas políticas, sejam sociais ou econômicas em troca de benefícios tributários<sup>65</sup>.

Essa característica extrafiscal dos tributos é um aspecto presente em Estados Sociais, que procuram regular os setores privados através de fatores econômicos para atingir seus objetivos. Embora o aspecto extrafiscal dos tributos tenha por objetivo a

---

<sup>64</sup> Os contribuintes acabam tendo de suportar encargos relativos às obrigações acessórias como aquisição de material (Cfr. NABAIS, 2013, p. 24).

<sup>65</sup> Ibid., p. 26.

persecução de um resultado desejado pelo Estado Social, os administradores não podem desconsiderar oportunidades de redução fiscal presentes nos tributos dessa natureza.

### 2.2.2 Neutralidade fiscal em relação às empresas

Através desses pressupostos, começamos a traçar algumas diretrizes sobre a tributação das empresas e o papel que elas exercem nos Estados Fiscais. A Constituição Federal do Brasil estabelece em seu artigo 1º, inciso IV e no seu artigo 170, *caput*, a livre iniciativa, amparada pela livre concorrência e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte regidas nos termos da lei<sup>66</sup>.

Em Portugal, por sua vez, a Constituição da República portuguesa consagra nos artigos 61, 80, alínea “c” e 86 os fundamentos da livre iniciativa privada, a liberdade de iniciativa empresarial e organização empresarial e o incentivo estatal para o exercício da atividade empresarial de pequeno porte.

A partir dessa natureza constitucional que o Estado fiscal<sup>67</sup> apresenta para as empresas, pautada na liberdade de iniciativa privada e incentivo ao desenvolvimento empresarial, que Casalta Nabais<sup>68</sup> defende a existência de um princípio constitucional de liberdade de gestão fiscal, devendo o Estado respeitar o princípio da neutralidade fiscal.

### 2.2.3 Liberdade de gestão fiscal das empresas

Com resguardo constitucional, os sujeitos passivos atuam sob o princípio da livre disponibilidade econômica. Essa proteção constitucional permite que as pessoas físicas ou jurídicas não se obriguem a nenhum dever moral de atentar para as necessidades do Estado. Deste modo, os sujeitos passivos podem organizar suas finanças como bem pretendam desde que observem os limites legais.

---

<sup>66</sup> Respectivamente no que trata a livre concorrência e tratamento jurídico favorecido às empresas de pequeno porte, artigo 170, incisos IV e IX da Constituição Federal do Brasil.

<sup>67</sup> Casalta Nabais aponta que o Estado Fiscal é “aquele cujas necessidades financeiras são essencialmente cobertas por impostos”; esclarece, ainda, que o Estado Fiscal pode ser tanto liberal como social, e que essa definição serve de limite apenas para atuação e dimensão do Estado; por fim, aponta que não há uma separação absoluta do Estado e da sociedade, como se buscava caracterizar o Estado liberal oitocentista, mas que “existe uma separação fundamental entre estado e economia” em que existe uma sustentação financeira do Estado fiscal através da sua participação nas receitas da economia produtiva pela via do imposto. (NABAIS, 1998, p. 192 e ss).

<sup>68</sup> Cfr. NABAIS, 2013, p. 44.

É de se destacar que tanto as pessoas físicas (os indivíduos) como as sociedades comerciais (empresas) podem agir de acordo com sua autonomia privada, desde que dentro dos limites da lei.

Nesse aspecto, as empresas ou indivíduos, podem desempenhar ações que permitem a persecução da elisão, evitação ou aforro fiscal. Só não será lícito aos indivíduos condutas que tenham por objetivo a violação da lei, o abuso<sup>69</sup> e os disfarces das formas jurídicas<sup>70</sup> que caracterizem evasão fiscal (*tax evasion*) ou fraude fiscal (*tax fraud*).

Nesta seara das liberdades constitucionais no campo tributário, as empresas podem, como destaca Casalta Nabais<sup>71</sup>, com atenção aos artigos 61, 80, alínea *c* e 86 da Constituição portuguesa, tomar as seguintes decisões: 1) Constituírem-se em novas sociedades por fusão (art. 97 e seguintes do CSC), por cisão (art. 118 e seguintes do CSC) ou por transformação (art. 130 e seguintes do CSC); 2) Escolher a forma e organização com que a empresa se apresentará: empresa individual ou societária (anônima ou por quotas); 3) Escolher o local da sede e do exercício da atividade; 4) Escolher o seu financiamento; 5) Desenvolver a política de distribuição de lucros etc.

A liberdade de gestão fiscal das empresas não está amparada apenas em critérios de organização empresarial, seja na sua formação, financiamento ou desempenho de atividades. Cogita, também, uma melhor eficiência na prestação de obrigações acessórias como a administração privada dos impostos, buscando meios eficazes e menos onerosos para cumprir a transferência de ônus da Administração fiscal. Toda essa liberdade constitucional de gestão fiscal ou planejamento tributário demanda cuidados e não deixa de

---

<sup>69</sup> Coutinho de Abreu aponta como exemplo de abuso o exercício de um direito que resulte em uma vantagem ao exercente deste direito que não corresponda a um interesse concreto que o titular do direito visa obter. Ou seja, o agente busca negar o interesse de outrem (o Estado Tributador), por intuito emulativo, com exclusiva intenção de causar prejuízo. (Cf. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Do abuso de direito: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 1999, p. 31). Hugo de Brito por sua vez trata do abuso de direito no viés tributário e define como “a conduta que aparentemente cumpre a lei, mas na verdade tende a realizar fins por esta proibidos. Em direito tributário, é comum a referência a abuso de direito para dizer-se da conduta do contribuinte que aparentemente evita a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária” (Cf. Segundo Hugo de Brito Machado, a palavra não tem utilização comum, mas é utilizada por alguns tributaristas para designar a forma lícita de fugir ao pagamento do tributo. (Cf. MACHADO, 2014, p. 59).

<sup>70</sup> Ainda segundo Coutinho de Abreu, essa linha de disfarce das formas jurídicas se constituiria em fraude à lei por utilizar atos que procuram contornar uma proibição legal com a tentativa de obter um resultado vedado pela legislação através de um meio oblíquo, utilizando dispositivos que encubram a ilegalidade cometida. (Cf. ABREU, op. cit., p. 85).

<sup>71</sup> NABAIS, 2013, p. 45.

apresentar limites<sup>72</sup>. Assim, o limite da gestão fiscal será sempre o da elisão lícita, devendo afastar-se da evasão, fraude e simulação<sup>73</sup> tributária.

As empresas poderão sempre, dentro do princípio do Estado fiscal, escolher a melhor forma de atuar em busca de uma menor oneração dentro da perspectiva fiscal. Essa liberdade dada às empresas permite que elas celebrem inúmeros negócios jurídicos com o principal, senão único, motivo de redução fiscal. O que não se permite é que sejam utilizados instrumentos que fujam do propósito legal, ou seja, se afastem da legalidade para obtenção do fim econômico pretendido.

Sobre o assunto, António Oliveira<sup>74</sup> elenca que seria *contra natura* a proibição de atividades mentais e matérias realizadas pelos contribuintes em geral (indivíduos ou empresas) no interesse de realizar o planejamento fiscal. Como aparece evidente, há diversos recursos disponíveis no emaranhado legal de que as empresas dispõem dirigidas à minimização de encargos fiscais.

### 2.3 Liberdade de gestão empresarial

A discricionariedade empresarial é a escolha das diversas opções que estão dispostas ao gestor societário. Caetano Nunes<sup>75</sup> “considera que a discricionariedade dos administradores constitui o reflexo do limite de concretização da norma impositiva da prestação de gestão”.

Ou seja, a discricionariedade não é um direito subjetivo ou uma autorização legal. O dever que incumbe ao órgão administrativo das sociedades comerciais de tomar decisões sobre o gerenciamento da sociedade e impossibilidade dos demais órgãos interferirem não pode ser considerado como uma permissão normativa subjetiva<sup>76</sup>. É possível levantar a ideia de que os administradores dispõem de um poder-dever<sup>77</sup>, uma discricionariedade que

---

<sup>72</sup> NABAIS, 2013, p. 56.

<sup>73</sup> “Podemos dizer que simulação é a ação de fingir a prática de um ato ou negócio jurídico com a finalidade de prejudicar terceiros, especialmente credores, inclusive o Fisco, fazendo com que pareça existir uma situação que na verdade não existe” (Cf. Segundo Hugo de Brito Machado, a palavra não tem utilização comum, mas é utilizada por alguns tributaristas para designar a forma lícita de fugir ao pagamento do tributo. (Cf. MACHADO, 2014. p. 66).

<sup>74</sup> OLIVEIRA, 2009, p. 14.

<sup>75</sup> NUNES, Pedro Caetano. *Dever de gestão dos administradores de sociedades anónimas*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 498.

<sup>76</sup> NUNES, loc. cit.

<sup>77</sup> Ibid., p. 499.

deve resultar na concretização da norma da prestação de gestão estabelecida pelo legislador societário.

É papel dos administradores de sociedades comerciais decidirem o rumo da empresa e tomarem decisões. Essas escolhas empresariais nem sempre são simples e muitas delas se dão por complexas circunstâncias momentâneas<sup>78</sup>, levando em consideração o aspecto econômico, financeiro, tempo disponível e demais condições.

Essas decisões se projetam no futuro e nem sempre são capazes de definir, com certeza, os desdobramentos que tomarão dentro da sociedade. Ou seja, muitas das decisões tomadas pelos administradores são baseadas sob a incerteza dos seus resultados concretos.

Os aspectos normativos acabam participando como pivôs dessas incertezas. Ocorre que as diversas possibilidades jurídicas são capazes de gerar diversos efeitos a depender das escolhas. A adoção de determinada conduta pode interferir em relação às pessoas que fazem parte da sociedade ou que com ela mantêm relações (sócios, trabalhadores, clientes, credores etc.) ou podem gerar consequências jurídicas em diversos campos (civil, societário, laboral, tributário, previdenciário etc.)<sup>79</sup>.

Existem diversos caminhos para materialização das propostas empresariais. Porém, cada uma dessas escolhas pode apresentar reflexos jurídicos próprios. Assim, é possível admitir ações que sejam interessantes em determinado aspecto, como para os sócios, e por outro lado sejam prejudiciais para os empregados.

Essa lógica é aplicada, também, nas escolhas de determinada iniciativa em detrimento de outra, gerando impactos fiscais que nem sempre eram os desejados. Sem uma prévia análise dos impactos que as decisões podem tomar, não é possível atuar com mínima segurança no futuro empresarial, gerando cada vez mais incerteza no rumo da empresa.

Gladston Mamede apresenta o fato empresarial como prisma das ações tomadas pelos administradores. O fato empresarial é resultado das decisões administrativo-societárias das empresas e que geram reflexos jurídicos. Tais reflexos resultantes de uma decisão podem gerar consequências no que concerne ao Direito do Trabalho, Direito Tributário, Direito do Consumidor etc.

---

<sup>78</sup> NUNES, 2012, p. 497.

<sup>79</sup> Cf. MAMEDE, Gladston. *Blindagem patrimonial e planejamento jurídico estratégico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 120; NUNES, loc. cit.



Todas as ações e estratégias das empresas devem considerar os respectivos reflexos jurídicos, no que toca a esse trabalho, principalmente, o aspecto fiscal. Não seria prudente para uma sociedade empresarial projetar um evento societário, como uma cisão ou incorporação, sem ter em consideração a viabilidade fiscal da ação. Devem esses custos tributários ser postos em debate e ponderados, visto que muitas vezes as próprias ações podem representar uma hipótese tributária que torna o negócio desvantajoso não apenas do ponto de vista tributário, mas, sobretudo, da lógica empresarial.

Essas ponderações e estudos refletem implicações jurídicas que devem ser estudadas e que incidam sobre um exame da licitude do negócio a ser celebrado, dos eventuais requisitos e pressupostos legais, das formalidades e, por fim, dos riscos e reflexos da decisão que acaba recaindo nos mais diversos ramos do Direito<sup>80</sup>.

Essa análise é fundamental para que se possa evitar as incertezas das decisões e calcular o que se pode esperar em prazo curto, médio ou longo. O prazo exerce papel fundamental nesse estudo, para que se possa buscar uma economia fiscal. Pois, a depender da escolha empresarial tomada ela pode ter repercussão em um tempo distante e isso deve ser considerado nos planos da empresa.

Mesmo atuando dentro da discricionariedade que é permitida ao administrador, deve ele ter em consideração que quando adota determinada postura em relação à empresa, há alternativas que são mais interessantes por terem um impacto menor ou maior em relação aos seus reflexos jurídicos fiscais<sup>81</sup>. Por outro lado, há decisões que acabam por conduzir a empresa a uma carga tributária maior ou produzindo custos indiretos por apresentar questões burocráticas de maior complexidade e que demandem despesas extras.

Apresenta-se como importante figura no papel decisório do administrador o consultor jurídico<sup>82</sup> que deve opinar e participar sobre as decisões que envolvam a empresa. O envolvimento do consultor jurídico é, muitas vezes, imprescindível para evitar que o administrador faça avaliações errôneas sobre a via ser seguida, podendo optar por escolhas mais onerosas ou mesmo ilícitas. A expectativa das ações dos administradores contém um horizonte futuro da vida consciente. Isso significa que se busca antecipar os acontecimentos e evitar o que poderia ocorrer inesperadamente<sup>83</sup>. As análises dos reflexos

---

<sup>80</sup> MAMEDE, 2012, p. 121.

<sup>81</sup> MAMEDE, loc. cit.

<sup>82</sup> MAMEDE, op. cit., p. 61.

<sup>83</sup> Cf. LUMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985, p. 166.

jurídicos no futuro são essenciais para que possam os administradores tomar decisões sensatas no presente. Nos limites impostos pelo positivismo jurídico, é possível criar possibilidades de estabelecer um direito não pactuado<sup>84</sup>.

Cabe ao consultor jurídico apontar os reflexos jurídicos e demonstrar não só as consequências, mas as vantagens e desvantagens jurídicas de cada decisão. As decisões ficarão, no entanto, a cargo do administrador.

## 2.4 Governança Corporativa e Governança Tributária: uma nova tendência

Os últimos anos têm sido marcados por transformações no campo empresarial no que consiste em apresentar maneiras de tornar mais efetivas as fiscalizações das sociedades, bem como em tornar mais transparente aos investidores a conjuntura da empresa – daí surge o tema da governança corporativa.

A análise da relação de planejamento fiscal e governança corporativa é importante na medida em que o planejamento por se caracterizar pela sua complexidade puder dar margem ao oportunismo empresarial<sup>85</sup>.

Outra questão relevante é que as economias fiscais só passam, em sua maioria, a ser observadas em longo prazo e os administradores tendem a tentar obter resultados imediatos, o que por uma questão de *corporate governance* deve ser evitado por representar riscos empresariais desnecessários e que visam apenas a interesses breves.

Os administradores, no entanto, desempenham um papel fundamental na escolha da estratégia fiscal<sup>86</sup>, já que têm à disposição inúmeras hipóteses de como atingir os mesmos objetivos empresariais com uma melhor eficiência fiscal.

Em observação à importância de se ter por base questões fiscais, o planejamento tributário acabou por trilhar um caminho dentro do conselho de administração; algumas empresas delegam essa questão ao “diretor tributário”<sup>87</sup> que acaba por ter maior especialidade nessa área. Outras empresas acabam formando uma estrutura em que exista

---

<sup>84</sup> LUMANN, 1985, p. 168.

<sup>85</sup> Cfr. MINNICK, Kristina; NOGA, Tracy. Do corporate governance characteristics influence tax management?. *Journal of Corporate Finance*, v. 16, Issue 5, p. 703, dec. 2010.

<sup>86</sup> Ibid., p. 704..

<sup>87</sup> Optamos pela denominação de diretor, mas queremos fazer referência em sentido amplo aos gerentes e administradores.

uma comitê<sup>88</sup> de gestão fiscal (com funções consultivas) que auxiliam a tomada de decisões mais complexas.

Visto que parte das questões de gestão fiscal passa por assuntos de estruturação ou organização societária, é possível conceber que seja necessária regulação no sentido de utilizar as técnicas para o melhor aproveitamento para sociedade, atentando aos deveres gerais dos administradores (a quem compete as decisões de gestão da sociedade).

A governança corporativa exerce um papel fundamental no planeamento fiscal<sup>89</sup>, nomeadamente no que se refere à estruturação das empresas e à forma em que se busca economia fiscal, de modo que incentive os administradores a colocar em prática uma gestão fiscal eficiente, ponderando as melhores estratégias em curto e em longo prazo.

---

<sup>88</sup> Cfr. ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Governança das sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 2009, p. 104; e MINNICK; NOGA, 2010, p. 705.

<sup>89</sup> “*Governance plays an important role in tax management*” (Cfr. MINNICK; NOGA, op. cit. p. 717).

## **CAPITULO II – RESPOSABILIDADE CIVIL, DEVERES DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES E O PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO**

### **3.1 Apreciação geral da responsabilidade civil dos administradores**

A Lei das Sociedades por Ações do Brasil (Lei nº 6.404/1976) disciplina na Seção IV – Deveres e responsabilidades (que pertence ao Capítulo XII – Conselho de Administração e Diretoria da LSA brasileira) – que compreende os artigos 153 a 160, os padrões de comportamento dos administradores e suas responsabilidades<sup>90</sup>. Em Portugal, o Código das Sociedades Comerciais de Portugal (Decreto-Lei nº 262/1986) elenca em seu artigo 64 os deveres fundamentais dos administradores de sociedades comerciais.

O CSC (Decreto-Lei nº 262/1986) dispõe em seu artigo 72º, 1, os pressupostos da responsabilidade de membros da administração para com a sociedade pelos danos a esta causados por seus atos ou omissões desde que praticados sem observância dos deveres legais ou contratuais, salvo em caso que se prove que agiram sem culpa. Esses mesmos pressupostos estão presentes no Código Civil do Brasil no artigo 187 – “Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”; complementa o art. 187 estabelecendo que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” e, por fim, o art. 188 lista as hipóteses que não constituem atos ilícitos. O art. 925 do Código Civil brasileiro esclarece que “aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”, e completa o parágrafo único dizendo que “haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei”.

A obrigação civil corresponde a uma parte integrante do direito obrigacional. A prática de um ato ilícito tem como seu principal reflexo jurídico a obrigação que gera ao seu autor de reparar o dano causado<sup>91</sup>. Coutinho de Abreu diz que não há dificuldades relevantes em face da comum responsabilidade civil por fatos ilícitos e a responsabilidade dos administradores no que se refere aos pressupostos do “dano” e do “nexo de

---

<sup>90</sup> ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A* (e as ações correlatas). São Paulo: Saraiva, 2009, p. 112.

<sup>91</sup> GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 45.

causalidade”<sup>92</sup>, mas esclarece que devemos considerar, como ensina Antunes Varela<sup>93</sup>, o que corresponde ao dano real da sociedade e o dano patrimonial.

Dano real é a lesão jurídica que se reveste em destruição, subtração ou deterioração de certa coisa, material ou incorpórea, sendo importante para estabelecer a opção entre reconstituição natural ou por equivalente. Por sua vez, o dano patrimonial é o reflexo do dano real sobre a situação patrimonial do lesado, que “agrega tanto o dano emergente como o lucro cessante e se mede, em princípio, pela diferença entre a situação real actual da sociedade e a situação (hipotética) em que ela se encontraria se não tivesse ocorrido o comportamento lesivo”<sup>94</sup> e interessa no cálculo da indenização.

Quanto ao nexo de causalidade, segue-se a doutrina da causalidade adequada<sup>95</sup>. A ideia corresponde a considerar a causa de um prejuízo a condição que, em abstrato, mostra-se adequada a produzi-lo<sup>96</sup>, ou seja, o fato que deu origem ao dano só deixará de ser considerado causa adequada se sua origem for indiferente para verificação do dano, tendo sido provocado apenas por conjunturas extraordinárias que se sobreporiam a qualquer que seja o fato que deu origem (lícito ou ilícito)<sup>97</sup>.

No que consiste à ilicitude e culpa, devemos analisar a questão diante de suas especificidades<sup>98</sup> relacionadas com os deveres legais específicos e contratuais, deixando o lado subjetivo dos deveres gerais legais que se analisam diante do caso concreto.

### 3.2 Deveres gerais e deveres específicos

O poder de decisão discricionário que os administradores de sociedades detêm está limitado por deveres que têm por objetivo zelar pelo melhor interesse da sociedade, dos sócios e terceiros<sup>99</sup>. A doutrina costuma classificar esses deveres a que se sujeitam os administradores em deveres gerais e deveres específicos ou contratuais. Os primeiros

---

<sup>92</sup> ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*. Coimbra: Almedina, 2010, p. 7.

<sup>93</sup> VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2011. v. I.

<sup>94</sup> ABREU, op. cit., p. 8.

<sup>95</sup> ABREU, loc. cit.

<sup>96</sup> COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12ª edição. Coimbra: Almedina, 2009.

<sup>97</sup> ABREU, op. cit., p. 9.

<sup>98</sup> ABREU, loc. cit.

<sup>99</sup> RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *Responsabilidade civil dos administradores e diretores de sociedades anónimas perante os credores sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 65.

surgem da existência de direitos alheios ou de normas de proteção gerais; já os segundos surgem das obrigações previstas, de forma específica, na lei, estatutos e contratos.

Zela o artigo 72º, 1, do CSC que “os gerentes ou administradores respondem para com a sociedade pelos danos causados por actos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais”. Já o artigo 154, da LSA (Lei n.º 6.404/1976) dispõe que “o administrador deve exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhe conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas as exigências do bem público e da função social da empresa”. Daí, portanto, classificarmos os deveres gerais e específicos (contratuais ou legais).

Ainda podemos considerar como fontes de deveres dos administradores não apenas a lei e os estatutos, mas as deliberações da assembleia geral, as deliberações de outros órgãos da sociedade e os contratos firmados entre a sociedade e o administrador ou contratos de administração e gestão.

Para estabelecer uma ordem lógica de apresentação dos tópicos, optamos tratar dos temas não da maneira mais genérica para forma mais específica – comumente apresentada pela doutrina, mas de uma forma que procure destacar os deveres mais importantes aplicados no campo do planeamento tributário que, para nós, seriam os deveres gerais. Portanto, a escolha pela sequência de deveres em nada se relaciona com a sua posição metodológica, mas apenas pelo grau de importância no presente trabalho.

### 3.2.1 Deveres estatutários dos administradores

Embora a redação do art. 72, 1, do CSC traga a expressão deveres contratuais, o que pode ser levado à compreensão de deveres advindos da esfera privada, em nada se relacionam com contratos privados. Trata-se, portanto, de obrigações estatutárias, como pretendia o artigo 17, 2, do DL 49.385 que inspirou a redação do CSC e que em lugar de contratos, tratava de deveres estatutários<sup>100</sup>. Ainda, no que consiste a expressão contratual, prevista em diversas passagens no Código das Sociedades Comerciais, devemos compreendê-las como estatutárias.

---

<sup>100</sup> CORDEIRO, António Menezes. *Código das sociedades comerciais anotado: e o regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 278.

É certo que os estatutos das sociedades constituem uma fonte importante de deveres dos administradores – preenchendo lacunas deixadas pela legislação e modelando os interesses da sociedade para que os administradores executem suas atividades voltando-se aos objetivos traçados no estatuto<sup>101</sup>. É de se destacar, também, que a vontade privada dos sócios encontra limites, não pode criar situações nos estatutos que sejam contrárias à norma legal.

Os administradores devem ainda cumprir as deliberações válidas dos sócios ou acionistas de matérias de competência da Assembleia Geral e que exijam a sua execução em seguida<sup>102</sup> (e.g. deliberação sobre proposta de aplicação de resultados, aumento e redução do capital social, fusão, cisão, transformação etc.). Não se pode falar que as deliberações da Assembleia Geral são de cunho contratual, pois não há natureza contratual nessas deliberações<sup>103</sup>. A fonte das obrigações oriundas das deliberações encontra amparo na legislação e nos estatutos.

### 3.2.2 Deveres oriundos do contrato de administração ou de gestão

É importante destacar a possibilidade de surgirem deveres oriundos da relação entre a sociedade e o administrador ou empresa de gestão através de um contrato de administração ou de gestão<sup>104</sup>.

Os contratos de administração e de gestão de negócios são de natureza privada e não devem ser confundidos com o previsto na redação do artigo 72 do CSC que faz referência aos estatutos, embora esteja escrito: Obrigações Contratuais.

Na elaboração dos contratos de administração ou de gestão podem surgir alguns direitos ou obrigações específicas, não previstos no estatuto ou na legislação, como a regulação do local de trabalho, tempo de trabalho, as férias, utilização de benefícios oferecidos pela sociedade (e.g. carro, casa, avião...).

No caso de contrato de gestão (*management contract* em inglês ou *Betriebsführungsvertrag*, em alemão), que é firmado entre a sociedade e uma empresa de gestão para que esta possa gerir em nome próprio ou da sociedade contratante a tarefa de

---

<sup>101</sup> RAMOS, 2002, p. 67.

<sup>102</sup> BARREIROS, Filipe. *Responsabilidade civil dos administradores: os deveres gerais e a corporate governance*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010, p. 78.

<sup>103</sup> ABREU, 2010, p. 11.

<sup>104</sup> BARREIROS, op. cit., p. 79.

gestão desta, ainda que controvertido, não há dúvida da possibilidade jurídica de sua existência<sup>105</sup>. Trata-se apenas da transferência da administração corrente da sociedade. O administrador da sociedade administrada ou a própria sociedade administrada detém poderes de decisão estratégica, controle da execução do contrato e de aprovação do plano econômico da sociedade gestora<sup>106</sup>. O poder exercido pela sociedade gestora encontrará limites no contrato celebrado, nos estatutos e na própria lei.

Alerta Coutinho de Abreu<sup>107</sup> que a previsão de deveres contratuais, caso fizesse referência aos contratos privados, seria desnecessária, já que o artigo 406, 1, do Código Civil Português (CCP) determina que “O contrato deve ser pontualmente cumprido, e só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei”. Logo, não precisaria de uma previsão expressa no CSC determinando o cumprimento de um dever já previsto no Código Civil.

### 3.2.3 Deveres legais específicos

Os deveres dos administradores não estão sujeitos apenas à legislação societária, mas derivam também de outros ramos do direito a exemplo do direito civil, previdenciário, tributário etc. A LSA do Brasil e o CSC de Portugal contemplam diversos deveres específicos em um volumoso número de artigos esparsos. Muitos dos direitos específicos previstos na legislação têm por objetivo a persecução de obrigações de resultado<sup>108</sup>.

Na LSA podemos citar como exemplo a obrigação dos administradores cumprirem sem demora as formalidades complementares à constituição da sociedade (art. 99), a obrigação de manter registrado prontamente os atos de emissão e substituição de certificados, e de transferências e averbações nos livros sociais (art. 104, parágrafo único), a obrigação de estar presente à assembleia para atender a pedidos de esclarecimentos de acionistas (art. 134, §1º), o dever de convocar assembleia geral, nos casos e na forma previstos na LSA (arts. 123 e 132) etc.

Podemos elencar do CSC, em sua Parte Geral, a título exemplificativo: o dever de não praticar atos que excedam o objeto societário (art. 6º, nº 4); o dever de, em certas

---

<sup>105</sup> ABREU, 2009, p. 44.

<sup>106</sup> ABREU, loc. cit.

<sup>107</sup> Ibid., p. 11.

<sup>108</sup> ADAMEK, 2009, p. 183.



circunstâncias, não distribuir bens sociais aos sócios (art. 32 e 33); o dever de o gerente promover a declaração judicial de nulidade das deliberações dos sócios quando estiver ausente o órgão de fiscalização (art. 57, nº 4); o dever de outorgar a escritura pública de alteração do contrato de sociedade (art. 85, nº 4); entre muitos outros.

Fora do CSC e da LSA ainda podemos encontrar outras obrigações específicas em outros códigos ou leis esparsas. Um exemplo disso são os artigos 18 e 19 do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), que estabelecem que compete aos administradores a iniciativa de apresentar insolvência. Igualmente, há normas civis, tributárias e penais que responsabilizam os administradores<sup>109</sup>.

A responsabilidade civil dos administradores que cometerem ilícitos pela violação de um dever legal específico será de fácil aplicação. Coutinho de Abreu<sup>110</sup> aponta que a sociedade não terá dificuldade em provar a conduta do administrador que se afastou da conduta imposta pela norma, comprovando assim a ilicitude de sua ação ou omissão e o nexo de causalidade entre o ilícito e o dano. A culpa, nesses casos, será presumida e o administrador encontrará resistência em arguir alguma exclusão de ilicitude.

### 3.2.4 Deveres legais gerais

A conduta empresarial hodierna consiste na apreciação de diversas oportunidades em consonância com conjunturas específicas. Os administradores levam a cabo o exercício de sua função de decisão em um ambiente fortemente turbulento e de graves conotações econômicas e sociais<sup>111</sup> em que existem diversas variantes e condicionantes para sua atuação.

Elencar tantas probabilidades de como os administradores devam agir nessas diversas circunstâncias não apenas seria impossível, mas seria um desserviço às sociedades comerciais na medida em que vincularia os administradores a diversas situações, o que nem sempre seria, no caso concreto, a melhor opção para a sociedade empresarial. As legislações, pautadas pela observância dessas particularidades da vida societária, em vez de

---

<sup>109</sup> ABREU, 2010, p. 13.

<sup>110</sup> Ibid., p. 14.

<sup>111</sup> ALZAGA, José Maria Sarabia. El dirigente empresarial: un profesional con formación integral y flexible. *Revista de contabilidad e comercio*, v. XLIX, n. 193-196, p. 365, jun. 1986.

restringirem a atuação dos administradores, optaram por trilhar um caminho que permita aos administradores uma atuação mais aberta.

Como vimos anteriormente, as condutas dos administradores não são de toda sorte abertas. Há situações específicas na legislação, nos estatutos e em contratos celebrados com a sociedade a que os administradores devem obedecer. Essas situações têm por objetivo fazer com que os administradores, sem sombra de dúvidas, cumpram deveres e obrigações que, na maioria das vezes, têm caráter de resultado ou de cumprimento meramente formal. Por outro lado, o legislador foi feliz em perceber que há situações diversas que não poderiam ser elencadas em um rol fechado pela lei, daí se aproximando ao *common law*<sup>112</sup> ao preverem condutas mais abrangentes aos administradores. Essas situações legais criadas pelo legislador se apresentam como verdadeiras cláusulas gerais (ou deveres gerais abstratos) na previsão de países que adotam o sistema romano-germânico.

Corroborando com o exposto a doutrina norte-americana que aponta que os administradores devem ser: 1) obedientes aos estatutos, aos contratos e à lei; 2) diligentes e; 3) devem ser leais<sup>113</sup>. Dessas obrigações extraímos os deveres gerais, que estão presentes na legislação societária e se apresentam basicamente como deveres de cuidado (*duty of care*) e de lealdade (*duty of loyalty*). Há, todavia, um terceiro dever que é citado pela doutrina que é o dever de agir com boa-fé (*duty of good faith*), este é abordado em menor escala e muitas vezes é enquadrado como uma derivação do dever de cuidado ou do dever de lealdade.

A abordagem sobre esses deveres será importante, pois ajudará o presente estudo a aferir como se desenvolve a responsabilidade dos administradores diante de aspectos de planejamento tributário, bem como podemos utilizar o descumprimentos desses deveres para determinar uma justa causa para demissão, por exemplo.

#### **3.2.4.1 Deveres de cuidado**

A legislação portuguesa apresenta no artigo 64º do Código das Sociedades Comerciais os deveres fundamentais dos gerentes ou administradores da sociedade. O

---

<sup>112</sup> ABREU, 2010, p. 14.

<sup>113</sup> COX, James D.; HAZEN, Thomas Lee. *Cox & Hazen on corporations: including unincorporated forms of doing business*. 2. ed. New York: Aspen, 2003, p. 476. v. I.

número 1 do artigo mencionado, em sua alínea *a*), expressa normativamente o dever de cuidado<sup>114</sup>. Este artigo elenca que o administrador deva ter disponibilidade, competência técnica e conhecimento da atividade da sociedade, empregando a diligência de um gestor criterioso e ordenado.

No Brasil, o dever de diligência (*Sorgfaltspflicht* ou *Duty of Care*) está previsto no art. 153 da LSA. Apresenta uma regra em que o administrador deve exercer em suas funções o cuidado e diligência que um homem ativo e probo costuma empregar na administração de seus próprios negócios.

O *duty of care*<sup>115</sup> faz parte de um rol de deveres legais gerais. Em razão das diversas situações a que estão sujeitos os administradores seria impossível tipificar essas diversas conjunturas a que estão submetidos<sup>116</sup>, daí a necessidade de uma norma geral (cláusula-geral)<sup>117</sup>.

O debate em torno do dever de cuidado não tem a ver com a nomenclatura ou bitola adotada pelo legislador, mas com sua aplicação em um caso concreto. Isso porque cabe examinar no caso concreto as particularidades do comportamento que se poderia esperar do administrador diante da hipótese real. Devemos considerar as condutas sempre

---

<sup>114</sup> O CSC tem a seguinte redação: “**Art. 64.** 1 - Os gerentes ou administradores da sociedade devem observar: a) Deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado”. Em um exemplo de direito comparado, a LSA brasileira, em seu **artigo 153** preceitua que “O administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”. Menezes Cordeiro (CORDEIRO, António Menezes. Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades. *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66, n. 2, p. 446, 2006.) aponta que o art. 64 do CSC teve origem no *Aktiengesetz* §93 (1): “*Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden (...)*” reticências nossa. O § 93 (1) da AktG. descreve o comportamento de um gestor cuidadoso, por outro lado, desempenha uma dupla função, ao passo que descreve as ações de um gestor criterioso e em outro momento o responsabiliza nos termos do § 93 (2) da AktG. (Cf. LUTTER, Marcus; SCHMIDT, Karsten. *Aktiengesetz Kommentar*. 2. ed. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2010, p. 1262). A *Ley de sociedades anónimas* espanhola faz a exigência no artigo 127, 1, da LSA-Espanhola, “*los administradores desempeñaran su cargo com la diligencia de un ordenado empresário*”. Esse texto não dá ao administrador a condição de empresário, mas exige dele que comporta-se como se fosse (cf. ARROYO, Iganacio; EMBID, José Miguel. *Comentários a la ley de sociedades anónimas*: Real decreto legislativo 1.564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de sociedades anónimas. Madrid: Tecnos, 2001. p. 1325. v. II).

<sup>115</sup> Em análise sobre o tema, a literatura americana refere o seguinte: “*the corporate director also assumes a duty to act carefully in fulfilling the important tasks of monitoring and directing the activities of corporate management*” (THE AMERICAN LAW INSTITUT. *Principles of corporate governance: Analysis and recommendations*. St. Paul, Minn: ALI Publishers, 1994, p. 137). v. 1.

<sup>116</sup> ABREU, 2010, p. 20.

<sup>117</sup> BRITTO NETO, Claudio Orestes. Planeamento fiscal: opção ou obrigação dos administradores? *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, n. 4, ano 3, p. 2591, 2014.

aplicadas no contexto concreto<sup>118</sup>, considerando diversos aspectos como o tipo da sociedade, o objeto social, a dimensão, a especialidade do administrado etc.<sup>119</sup>.

Para clarear o tema e sua aplicação em relação ao planejamento tributário, convém tecer algumas considerações sobre o dever de cuidado.

O dever de cuidado tem origem na *law of negligence*<sup>120</sup>. O administrador quando assume o ônus de escolha entre ação ou omissão pode gerar algum risco de dano à sociedade, tem o dever moral de agir com cuidado ou seguir condutas que possam minimizar o risco de um dano. O dever moral de ter uma postura cuidadosa não é requisito de nenhuma ação em específico, pois qualquer ação pode gerar um risco de dano. Mas não basta simplesmente gerar o dano, é preciso que o dano seja resultado de uma ação irracional que a pessoa saiba ou deva saber que poderia ocasionar.

A estrutura do *law of negligence* se apoia em uma moral jurídica que pode resultar em uma responsabilidade civil. Essa moral jurídica diverge em dois pontos cruciais da moral individual. O primeiro é que uma ação moralmente contestável poderá ser considerada plenamente ou parcialmente imune diante da *law of negligence*. O exemplo mais comum é do magistrado que por razões político-legais está imune quando sua decisão, por negligência, causar danos, ainda que o descuido de sua decisão seja moralmente condenável.

O segundo ponto se refere a uma pessoa que atue de maneira que não seja moralmente censurável do ponto de vista social, mas pode, muito bem, ser responsabilizado nos termos da “*law of negligence*”. Os juízos morais de conduta de uma pessoa são normalmente baseados nas molas internas que parecem conduzir essa conduta.

No entanto, a norma que exige que a comunidade atue sob a lei de negligência representa um objetivo externo, em vez do que a do julgamento individual, bom ou ruim, do indivíduo em particular. Este princípio permite que os juízes possam decidir se a conduta do ator pode ser classificada em uma conduta de responsabilidade ao olhar a conduta dentro de uma norma da comunidade do que dentro de sua conduta individual. Assim, por exemplo, para determinar se um indivíduo em um determinado papel o realizou de uma forma que leva a responsabilidade nos termos da “*law of negligence*”, o indivíduo

---

<sup>118</sup> ABREU, 2010, p. 19.

<sup>119</sup> NUNES, 2012, p. 249.

<sup>120</sup> EISENBERG, Melvin Aron. The Duty of Care of Corporate Directors and Officers. *Pitt. L. Rev.*, n. 945, p. 945, 1989.

seria considerado não de acordo com suas próprias habilidades, mas de acordo com a conduta que se espera de uma pessoa razoável ou de uma pessoa prudente.

A imposição de responsabilidade onde não existe uma culpa moral é exemplificada pelo tratamento de um indivíduo que sofre com uma deficiência mental ou emocional, uma falta de inteligência, ou a falta de capacidade para julgamento. Um indivíduo que sofre alguma dessas deficiências será responsável se ele provocar uma lesão por conduta que não está em conformidade com o padrão de uma pessoa razoável, mesmo que ele estivesse fazendo o seu melhor, dadas as suas habilidades mentais e emocionais - ou seja, ele não sabia e nem deveria ter sabido que estava criando um risco de dano. A questão reside na dificuldade administrativa de distinguir entre uma incapacidade para exercer cuidado e um fracasso para exercer cuidado. No final, o objetivo de compensar o lesado é mais importante do que o objetivo de executar um sistema puramente baseado na culpa.

Coutinho de Abreu elenca que do dever de cuidado decorrem três outros deveres: “a) o dever de controlo ou vigilância organizativo-funcional, b) o dever de actuação procedimentalmente correcta (para tomada de decisões) e c) o dever de tomar decisões (substancialmente) razoáveis”<sup>121</sup>.

Melvin A. Eisenberg, por outro lado, aponta que o dever de moral de cuidado está agregado a quatro deveres que embora relativos ao *duty of care* são distintos<sup>122</sup>:

1) o dever dos administradores para monitorar razoavelmente ou supervisionar a realização de negócios da empresa, e, como corolário, para tomar as medidas necessárias para manter a par das informações que fluem para o conselho como resultado de procedimentos e técnicas de monitorização; 2) o dever de investigação - ou seja, o dever de acompanhar razoavelmente as informações que tenham sido adquiridas e possam causar preocupação; 3) o dever de empregar um processo de tomada de decisões razoáveis; 4) o dever de tomar decisões razoáveis.

No direito brasileiro, Marcelo Vieira Von Adamek esclarece que os desdobramentos do dever de cuidado (ou diligência) que foram estruturados pela doutrina estrangeira se aplicam ao direito brasileiro. Conseguimos extrair dos seus ensinamentos que o administrador no direito brasileiro<sup>123</sup>:

---

<sup>121</sup> ABREU, 2010, p. 20.

<sup>122</sup> EISENBERG, 1989, p. 948.

<sup>123</sup> ADAMEK, 2009, p. 135.

- i) deve ser ativo, comparecendo às reuniões de órgãos ao qual pertença, salvo escusa válida, e ter juízo crítico sobre os negócios sociais (dever de participar);
- ii) deve manter-se informado e buscar aconselhamento, quando as condições o permitam, em especial antes de tomar decisões relevantes (dever de buscar informações);
- iii) deve investigar denúncias que lhe sejam apresentadas, com consistência (dever de fiscalizar).

O American Law Institute's *Principles of Corporate Governance* expressa na seção 4.01 (a) que o administrador deve agir de uma forma que ele razoavelmente acredita ser no melhor interesse da sociedade e com a cuidado e razoabilidade que se espera de uma pessoa para o exercício desta função<sup>124</sup>.

Destaca-se que existe um debate se as legislações teriam deixado de lado a exigência de competências, formação teórica e experiência profissional, exigidas, normalmente, de todo administrador de empresa quando evidencia a necessidade de agir com o cuidado de um homem ativo e probo. Esse debate surge na medida em que atributos como honestidade, boa vontade e diligência não bastariam para um desempenho satisfatório das funções de administração de uma empresa<sup>125</sup>.

Uma análise do dever de cuidado dos administradores de sociedades deve começar com as funções que os administradores de sociedades estão obrigados a desempenhar e o conhecimento, competência e habilidades que se espera que tenham<sup>126</sup>.

No que concerna às funções dos administradores, antigamente os conselhos detinham muito poder para tomar as decisões da empresa. Atualmente, porém, percebeu-se que isso estava fora da realidade empresarial já que dificilmente os conselhos se reuniam mais de seis vezes ao ano, o que inviabilizava a gestão empresarial. As decisões acabavam por ser tomadas pelos executivos, que são as pessoas que de fato gerenciam os negócios e determinam as políticas negociais da empresa.

Competência consiste no conhecimento e aptidão desenvolvida por treinamento especial e experiência em uma profissão. Habilidade é uma forma especial de competência, definida como o resultado da aprendizagem e aptidão adquirida desenvolvida pela formação específica e experiência em um comércio de profissão.

No entanto, o debate sobre esse tema é secundário, ficando a doutrina majoritária focada na dificuldade que envolve o dever de cuidado na sua aplicação ao caso concreto.

---

<sup>124</sup> THE AMERICAN LAW INSTITUT, 1994, p. 138.

<sup>125</sup> ADAMEK, 2009, p. 124.

<sup>126</sup> EISENBERG, 1989, p. 945.

Neste ponto, procura a doutrina através das particularidades de cada caso concreto extrair o comportamento esperado do administrador em conjunturas semelhantes.

Modesto Carvalhosa<sup>127</sup> quando trata do dever de cuidado do administrador, esclarece que o padrão do dever de cuidado corresponde não apenas às ações do administrador, mas também às omissões. No entanto, o grau de negligência vai depender de diversos aspectos, que serão analisados como aspectos do dever de cuidado.

#### *3.2.4.1.1 O dever de controlo ou vigilância organizativo-funcional*

Dos desdobramentos do dever de cuidado, temos como primeira análise o dever de controlo ou vigilância organizativo-funcional. A denominação de controle é adotada por Coutinho de Abreu<sup>128</sup>, enquanto Eisenberg<sup>129</sup> prefere a denominação de monitoramento. Esse dever consiste em uma obrigação dos administradores adotarem critérios razoáveis de vigilância e controle dos negócios celebrados pela sociedade e “atenção à evolução económico-financeira da sociedade e ao desempenho de quem gere”<sup>130</sup>. Por consequência, os administradores devem tomar medidas razoáveis para se manter a par das informações que fluam para o conselho como resultado de procedimentos e técnicas de monitorização, sendo produzidas por eles mesmos ou solicitadas a terceiros.

No entanto, o dever de controle (ou monitoramento) não se satisfaz apenas, mas, também, através do acesso e da revisão das informações que são repassadas ao conselho e da participação dos administradores nas reuniões.

Desta maneira, se a sociedade amarga prejuízos em virtude de informações que foram ignoradas pelos administradores ou quando se teve acesso a tais informações e nada o fez, o administrador poderá ser responsabilizado pelos danos que isso possa causar à sociedade<sup>131</sup>.

O dever de vigilância, porém, não exige que o próprio administrador adquira todo tipo de informação nos mais diversos aspectos das atividades da sociedade. Não seria prático ou, do ponto de vista económico, viável o custo de determinadas informações em

---

<sup>127</sup> CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas*: Lei nº6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações das Leis nº 9.457, de 5 de maio de 1997 e nº 10.303, de 31 de outubro de 2001. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 153.

<sup>128</sup> ABREU, 2010, p. 19.

<sup>129</sup> EISENBERG, 1989, p. 948.

<sup>130</sup> ABREU, op. cit., p. 20.

<sup>131</sup> Ibid., p. 21.

relação ao possível ganho. Além disso, o excesso de informações com que os administradores teriam de lidar poderia afetar o rendimento em outras questões que realmente importam para a sociedade<sup>132</sup>. Portanto, faz parte do dever de controle e vigilância delegar<sup>133</sup> a tarefa de cuidar de determinadas informações para que o andamento da gestão não seja afetado com excessos.

O *The American Law Institute: Principles of Corporate Governance*<sup>134</sup> destaca na seção 4.01 (b) que salvo disposição em contrário por lei ou por uma norma da sociedade ou sujeita à decisão final do conselho de supervisão, os administradores, no exercício das suas funções (incluindo a função de identificar os assuntos que requeiram a atenção do conselho), podem delegar algumas funções para comitês do conselho, demais diretores, funcionários, peritos, ou de outras pessoas da sociedade ou que sejam contratadas por ela para exercer essa função. Um administrador pode confiar em tais comitês ou pessoas, em cumprir o dever com relação a qualquer função delegada, se a confiança está em conformidade com as normas e recomendações da sociedade.

O art. 405 do CSC trata da competência do conselho de administração e esclarece que “compete ao conselho de administração gerir as atividades da sociedade (...)”<sup>135</sup>. Mas o Código das Sociedades Comerciais também foi sensível ao que concerne à delegação, disciplinando o assunto no art. 407, 3: “O contrato de sociedade pode autorizar o conselho de administração a delegar num ou mais administradores ou um numa comissão executiva a gestão corrente da sociedade”.

A gestão corrente da sociedade (toda aquela que diz respeito à sociedade, com exceção do elencado no art. 406: *a*) escolha do presidente, *b*) cooptação de administradores, *c*) convocar assembleias gerais, *d*) prestar relatórios e contas anuais, *f*) prestação de cauções e garantias, *l*) deliberar sobre a mudança de sede e aumento de capital, *m*) tratar de projetos de fusão, cisão e de transformação da sociedade<sup>136</sup>; Coutinho de Abreu aponta, ainda, que devem ser excluídas da delegação as matérias indicadas nas seguintes alíneas do art. 406: *e*) aquisição, alienação oneração de bens imóveis, *g*) abertura ou encerramento de estabelecimentos ou de partes importantes destes, *j*) atuar no

---

<sup>132</sup> EISENBERG, 1989, p. 955.

<sup>133</sup> MAIA, Pedro. *Função e funcionamento do conselho de administração da sociedade anónima*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 247.

<sup>134</sup> THE AMERICAN LAW INSTITUT, 1994, p. 139.

<sup>135</sup> ABREU, 2009, p. 40.

<sup>136</sup> CORDEIRO, 2012, p. 1078.



estabelecimento ou cessação de cooperação duradora e importante com outras empresas<sup>137</sup>) pode ser delegada, dentro dos limites da lei, como determina o art. 407,3. Alternativamente, pode ser criada uma comissão executiva, ou seja, cria-se “um novo órgão da sociedade”, com competência concorrente à do conselho de administração. De outro modo, Maria Elisabete Ramos aponta que o conselho pode apenas efetuar uma divisão interna de tarefas, sem a necessidade de delegação de gestão corrente da sociedade<sup>138</sup>, com competência concorrente à do conselho de administração. De outro modo, Maria Elisabete Ramos aponta que o conselho pode apenas efetuar uma divisão interna de tarefas, sem a necessidade de delegação de gestão corrente da sociedade.

Desta maneira, cabe ao conselho determinar critérios de como as informações serão apreciadas e por quem elas serão analisadas. Por exemplo, uma decisão sobre a compra de um sistema informático não precisa ser apreciada com frequência pelo conselho e pode ser reavaliada a cada dois anos. Outras informações podem ser analisadas por pessoas delegadas pelo conselho. No entanto, uma informação sobre a viabilidade de determinado planejamento tributário deve ser analisada pelo conselho sempre que os resultados forem auferidos.

Quando ocorrer delegação da gestão da sociedade, os administradores não delegados terão sua responsabilidade excluída em relação aos negócios elaborados pelos delegados. Porém, serão responsáveis, de acordo com o art. 407, 8, que diz que

os outros administradores são responsáveis, nos termos da lei, pela vigilância geral da actuação do administrado ou administradores por atos ou omissões destes, quando, tendo conhecimento de tais atos ou omissões ou do propósito de os praticar, não provoquem a intervenção do conselho para tomar as medidas adequadas.

Deste modo, embora não sejam responsáveis diretamente pelos atos dos delegados, respondem quando não forem capazes de cumprir com o dever de vigilância<sup>139</sup>.

Portanto, cabe ao administrador exercer o dever de vigilância<sup>140</sup> tanto em relação às informações que recebe, como também em relação aos delegados pelo conselho de administração. Esse exercício permite que o administrador possa tomar as medidas

---

<sup>137</sup> ABREU, 2009, p. 41.

<sup>138</sup> RAMOS, 2002, p. 113.

<sup>139</sup> Ibid., p. 114.

<sup>140</sup> MAIA, 2002, p. 279.

possíveis para evitar danos à sociedade e, conseqüentemente, isentar-se de responsabilidade quanto a não observância do dever de vigilância ou monitoramento<sup>141</sup>.

#### *3.2.4.1.2 O dever de investigação*

Esse aspecto do dever de cuidado é abordado por Eisenberg<sup>142</sup> e consiste em uma divisão do dever de controle. O dever de investigação consiste em acompanhar as informações que tenham sido adquiridas e que possam causar preocupação para a sociedade.

O dever de investigação pode ser desencadeado a partir das informações obtidas pelo exercício regular do dever de monitoração ou, mesmo, por informações que cheguem aos administradores de maneira fortuita.

Assim, se o administrador tiver acesso a informações que possam gerar dano à sociedade, deverá investigar e acompanhar a informação e, se for o caso, agir em tempo para evitar que ela possa gerar qualquer dano à sociedade. O administrador só não pode simplesmente não fazer nada diante das informações que obtiver.

#### *3.2.4.1.3 O dever de atuação procedimentalmente correta (para tomada de decisões)*

Os dois últimos componentes do dever de cuidado envolvem cuidados no desempenho da função de tomada de decisões. Como em muitas outras áreas do direito, as regras que regem esta área têm um procedimento e um elemento substantivo. O elemento processual diz respeito ao processo de tomada de decisões e, mais especificamente, à maneira pela qual um conselheiro ou diretor deve se informar antes de tomar uma decisão. O elemento substantivo diz respeito à qualidade da própria decisão.

O elemento processual que rege a tomada de decisões pelos administradores é baseado no princípio geral de que eles devem usar a ideia de um cuidado razoável. Esse cuidado razoável consiste no dever de o administrador se informar adequadamente, relativo a uma ação proposta antes de tomar uma decisão<sup>143</sup>.

---

<sup>141</sup> COX; HAZEN, 2003, p. 488.

<sup>142</sup> EISENBERG, 1989, p. 956.

<sup>143</sup> Ibid., p. 958.

O devido cuidado na tomada de decisões procedimentalmente corretas vai depender de uma variedade de considerações. Essa tomada de decisões não é uniforme e, tampouco, um *standard* geral. Boa parte da doutrina classifica que devem ser considerados os seguintes elementos: i) o tipo de atividade exercida pela empresa, bem como sua dimensão e importância; ii) os recursos disponíveis aos administradores; iii) o momento e as circunstâncias que envolveram a tomada de decisão; iv) a importância da decisão; v) o tempo de que se dispõe para decidir; vi) a confiança do administrador em análises e recomendações dos subordinados; vii) o custo envolvido em relação aos benefícios que possam ser obtidos; viii) demais particularidades relevantes que envolvam a tomada de decisão.

Decisões de negócios devem, por vezes, ser feitas com pressa considerável. O dever de buscar informações razoáveis poderia levar semanas para estarem disponíveis e poderiam não valer se o risco de renunciar caso o prejuízo fosse maior do que a própria negociação em que os administradores estivessem compelidos a atuar em uma questão de horas. O tempo realisticamente disponível pode obrigar a assumir riscos, que podem incluir não só o risco relacionado com as consequências econômicas de uma transação proposta, mas também o risco de não ter todos os fatos relevantes referentes à transação antes da decisão.

No entanto, quando há a possibilidade de se obter informações e, como destaca Coutinho de Abreu<sup>144</sup>, os administradores podem responder para com a sociedade pelos danos oriundos das decisões que não teriam tomado ou não deveriam ter sido tomadas se tivessem utilizado informações razoavelmente disponíveis.

Esse processo consiste em o administrado obter o máximo de informações que lhe estejam disponíveis para que possa ponderar e tomar uma decisão adequada e razoável<sup>145</sup>.

Filipe Barreiros<sup>146</sup> assevera que os administradores devem decidir de acordo com as informações de que disponham. Essas informações devem ser obtidas de maneira profissional e cuidada, para que habilitem os administradores a tomarem uma decisão esclarecida sobre os fatos.

Portanto, o dever de atuação procedimentalmente correta que consiste no processo de elaboração de uma decisão para o administrador “deve ser esclarecido, rigoroso,

---

<sup>144</sup> ABREU, 2009, p. 41.

<sup>145</sup> BARREIROS, 2010, p. 59.

<sup>146</sup> Ibid., p. 60.

equilibrado, razoável, ponderado, adequado e ajustado às circunstâncias em concreto”<sup>147</sup>. O dever do administrador estará sempre pautado na conjuntura negocial, no entanto, deverá sempre observar os pressupostos da decisão para que ela se aproxime ao máximo da ideal.

#### 3.2.4.1.4 O dever de tomar decisões (substancialmente) razoáveis

Em contraste com o elemento processual da tomada de decisões pelos administradores, que se baseia no princípio geral da razoabilidade, o elemento substancial diz respeito à qualidade das decisões. Existe certa liberdade de “discricionariedade empresarial” nas decisões dos administradores. Essa liberdade permite que os administradores analisem elementos como conveniência e oportunidade das decisões, desde que respeitando os limites da lei, dos estatutos e dos contratos<sup>148</sup>.

Não há previsão expressa de que excluam da gestão empresarial erros e más-escolhas. No entanto, o dever de cuidado exige do administrador a “diligência de um gestor criterioso e ordenado”; dentro deste aspecto, o administrador está obrigado a adotar decisões substancialmente razoáveis<sup>149</sup>.

Espera-se do administrador que saiba o que não se pode ou não deve ser feito em determinadas circunstâncias. Quando o administrador ultrapassa o limite da discricionariedade e acaba cometendo um erro grave, este erro é caracterizado como culpável, seja por imperícia ou imprudência, gerando um ilícito e conseqüente violação do dever de diligência.

Não há violação do dever de cuidado quando administrador não toma a melhor decisão, mas é preciso que essa decisão seja compatível com os interesses da sociedade e seja justificada a razão de sua escolha<sup>150</sup>. Só há, então, violação quando o administrador viola o limite da discricionariedade empresarial e toma decisões que não são razoáveis.

A jurisprudência tem entendido no sentido de afastar a responsabilidade dos administradores quando se tratar da análise do mérito e da oportunidade da decisão<sup>151</sup>. Não pode o juiz analisar a gestão para saber se as decisões tomadas foram acertadas ou não.

---

<sup>147</sup> BARREIROS, 2010, p. 60.

<sup>148</sup> RIBEIRO, Renato Ventura. *Dever de diligência dos administradores de sociedades*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2006, p. 230.

<sup>149</sup> ABREU, 2010, p. 22.

<sup>150</sup> RIBEIRO, op. cit., p. 231.

<sup>151</sup> ADAMEK, 2009, p. 128.

Porém, se ficar provado que as escolhas foram tomadas de maneira intempestiva, sem a devida observância aos deveres mínimos de cuidado, ele poderá ser responsabilizado. Coutinho de Abreu<sup>152</sup> aponta dois critérios que obrigam os administradores a respeitarem para que suas decisões sejam consideradas substancialmente razoáveis: a) não dissipar o patrimônio social; b) evitar riscos desmedidos.

No que se refere ao primeiro grupo (não dissipar o patrimônio social), está aqui uma exigência de que o administrador não utilize os recursos da empresa em ações que não irão trazer retorno financeiro para ela. Isto quer dizer que o administrador deve utilizar o patrimônio da empresa para o desenvolvimento empresarial da sociedade, não devendo desperdiçar recursos em condutas que se sabe ou deveria saber que não trarão benefício algum para a sociedade.

Já o segundo ponto envolve o risco empresarial. Neste caso, o administrador deve ponderar sempre as eventuais consequências da tomada de decisões importantes, ou seja, aquelas que podem influenciar em grande escala a “saúde” da empresa. Assim, o administrador deveria evitar ações que possam colocar em risco o patrimônio da empresa, como, por exemplo, fazer investimentos de risco que envolva um valor considerável do patrimônio social e que possa colocar a sociedade em estado de insolvência caso não dê o retorno esperado.

Evidentemente que a gestão empresarial lida com riscos e isso faz parte do “risco empresarial”. Mas o que não se pode conceber é que as decisões tomadas por seus administradores coloquem a empresa em tal risco que possa desequilibrar suas finanças.

O CSC em seu art. 64, 1, a) faria referência a “competência técnica” quando trata do dever de tomar decisões razoáveis. Assim, o administrador deveria possuir conhecimentos apropriados para o cargo que exerce. No entanto, Coutinho de Abreu<sup>153</sup> aponta que no campo da responsabilidade civil, a competência técnica é um pressuposto da culpa, não da ilicitude em si. A questão está mais voltada para a ilicitude do ato do que propriamente para a capacidade técnica do administrador.

Portanto, serão culposos os fatos quando a diligência do administrador não for observada (culpa em abstrato) e serão ilícitos os atos que desrespeitem o dever de

---

<sup>152</sup> ABREU, 2010, p. 22.

<sup>153</sup> Ibid., p. 23.

cuidado<sup>154</sup>. Assim, o texto do art. 64, 1, a) do CSC trata de uma responsabilidade tanto em sede de ilicitude como de culpa.

#### **3.2.4.2 O dever de agir com boa-fé**

O dever de agir com boa-fé, como aponta Caetano Nunes<sup>155</sup>, é remetido à ideia de estado subjetivo dos administradores. Seria um desprezo consciente das responsabilidades enquanto administrador para com os deveres que possui com a sociedade.

Boa-fé exige honestidade subjetiva. Honestidade subjetiva, por sua vez, requer vários tipos de sinceridade. Um administrador deve acreditar sinceramente que sua conduta é no melhor interesse da sociedade, que todas as ações que toma durante sua gestão são verdadeiras e que sua conduta está dentro do comportamento decente<sup>156</sup>.

Não é suficiente, contudo, que um gerente atue honestamente no sentido de que ele atue com sinceridade. Muitas pessoas adotam sistemas de crenças que lhes permitam concluir sinceramente que a sua conduta moralmente é adequada.

Uma falta grosseira dos deveres de cuidado e vigilância poderia constituir um indício desse estado subjetivo do administrador que acarretaria em uma violação do dever de agir com boa-fé<sup>157</sup>. Ou seja, esse desprezo do administrador com seus deveres seria de tal forma intencional que ele estaria agindo de má-fé.

Eisenberg<sup>158</sup>, diferentemente, considera que a violação do dever de agir com boa-fé pode ser analisada por uma bitola objetiva. Bastaria, para tanto, que uma pessoa razoável fosse colocada no lugar do administrador e analisasse se estaria a desprezar suas responsabilidades.

Na prática, os elementos objetivos no direito societário são mais importantes que os subjetivos. Melvin A. Eisenberg<sup>159</sup> aponta que há três elementos objetivos básicos de boa-fé em direito corporativo, que são fundados sobre o significado de boa-fé no uso comum, como refletido nos dicionários; sobre o significado de boa-fé desenvolvido em

---

<sup>154</sup> ABREU, 2010, p. 23.

<sup>155</sup> NUNES, 2012, p. 287.

<sup>156</sup> EISENBERG, Melvin Aron. *The duty of good Faith in corporate law*. 31 Del. J. Corp. L. 1, 2006, p. 22.

<sup>157</sup> NUNES, op. cit., p. 288.

<sup>158</sup> NUNES, loc. cit.

<sup>159</sup> EISENBERG, loc. cit.

diversos órgãos de direito, incluindo a legislação societária; e com base em expectativas razoáveis dos acionistas e da sociedade em geral.

Em primeiro lugar<sup>160</sup>, o dever de boa-fé em direito das sociedades exige que o administrador não viole as normas aceitas aplicáveis ao exercício da atividade. Este elemento reflete as expectativas da sociedade e está em conformidade com um significado padrão de boa-fé no uso comum: o cumprimento das normas de decência.

Em segundo lugar<sup>161</sup>, o dever de boa-fé em direito das sociedades exige do administrador que não viole normas básicas de *corporate governance* geralmente aceitas. Este elemento reflete a constituição da corporação.

Em terceiro lugar<sup>162</sup>, o dever de boa-fé em direito societário requer que o administrador deva ter fidelidade a seu escritório. Este elemento reflete as expectativas razoáveis dos acionistas e está em conformidade com uso padrão, que inclui a fidelidade ao seu dever ou obrigação.

Está bem estabelecido que os administradores devam agir de boa-fé. Embora esse padrão de conduta seja usualmente tratado como um aspecto do dever de cuidado, na verdade, é um dever distinto.

O dever de boa-fé que tem sido objeto de análise se limita apenas, em parte, porque muitas vezes foi dobrado para o dever de cuidado: um desenvolvimento pleno do sentido do dever de boa-fé, na medida em que o imposto vai além da obrigação de não agir de uma maneira conscientemente ilegal. No entanto, o dever de agir de boa-fé é um dever básico e não implica as questões de risco e similares levantadas pelo dever de cuidado. É uma questão ligada ao próprio administrador e em relação às exigências que a conduta de agir exige dele em situações semelhantes<sup>163</sup>.

### **3.2.4.3 Deveres de lealdade**

A mais tradicional divisão do direito societário que envolva padrões de conduta dos administradores se divide em dever de cuidado (*duty of care*) e dever de lealdade (*duty of loyalty*). O dever de cuidado, como já visto, diz respeito às normas de conduta e de

---

<sup>160</sup> EISENBERG, 2006, p. 23.

<sup>161</sup> EISENBERG, loc. cit.

<sup>162</sup> Ibid.

<sup>163</sup> EISENBERG, Melvin Aron. *The divergence of standards of conduct and standards of review in corporate law*. 62 Fordham L. Rev. 437, 1993, p. 450.

avaliação aplicáveis aos administradores em suas ações ou omissões que não envolvam seu próprio interesse. O dever de lealdade diz respeito às normas de conduta e de avaliação aplicáveis aos administradores quando suas ações ou omissões envolvem interesses próprios.

Melvin A. Eisenberg<sup>164</sup> classifica as ações do dever de cuidado como condutas ou omissões desinteressadas e as referentes ao dever de lealdade como ações ou omissões de interesse próprio.

António Menezes de Cordeiro<sup>165</sup> aponta que o dever de lealdade encontra três áreas em comum: Direito Civil, Laboral e Direito Societário. No Direito Civil, o dever de lealdade encontra abrigo em três características: a) lealdade como dever acessório; b) lealdade como dever próprio; e c) lealdade como especial coloração de quem atua em negócio alheio. No Direito Laboral, o dever de lealdade está relacionado com o dever de o empregado zelar pelos interesses da entidade empregadora. Já no Direito Societário, a lealdade pode se configurar em relação aos acionistas entre si, entre os acionistas e a sociedade e entre os administradores e a sociedade. Para nosso estudo, vamos analisar a relação do dever de lealdade dos administradores em face à sociedade.

No Brasil, o tema é abordado pelo art. 155, *caput*, da LSA. O texto traz a seguinte redação: “O administrador deve servir com lealdade”. Esse dever de lealdade (*Treupflicht*, em alemão ou *duty of loyalty*, em inglês) constitui um padrão de comportamento que deve ser observado pelos administradores em suas condutas no caso concreto<sup>166</sup>.

Em Portugal, o dever de lealdade encontra assento no art. 64, 1, b), do CSC e tem como redação a seguinte: “Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores”.

O entendimento judicial atual de lealdade em direito empresarial se encaixa com concepções de lealdade que já existem em outras esferas sociais<sup>167</sup>. No cumprimento do

---

<sup>164</sup> EISENBERG, 1993, p. 438.

<sup>165</sup> CORDEIRO, 2006, p. 470.

<sup>166</sup> ADAMEK, 2009, p. 154.

<sup>167</sup> O dever de lealdade presente na LSA-Espanhola está presente no art. 127, 1 na parte final “Los administradores desempeñaran su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal”. De acordo com a doutrina espanhola, esse dever é, na verdade, uma vedação de o administrador adotar determinadas condutas em relação à sociedade, além de um dever de fidelidade com a empresa. (ARROYO; EMBID, 2001, p. 1326).



dever de lealdade, os administradores devem agir em benefício de sua empresa e de seus acionistas. Este dever exige uma devoção afirmativa para os interesses da empresa. No entanto, há também outro elemento: a lealdade também exige um respeito apropriado para as decisões da empresa e de seus acionistas em contextos onde a empresa e os acionistas têm legitimidade para tanto<sup>168</sup>. Em outras palavras, os diretores devem olhar para os interesses da empresa e dos acionistas, não podendo enganar, manipular ou fazer falsas promessas aos acionistas para atingir seus objetivos.

Coutinho de Abreu<sup>169</sup> aponta cinco pontos que condizem com uma conduta que respeite o dever de lealdade dos administradores: a) comportar-se com correção quando contratam com a sociedade (*fairness*); b) não concorrer com a sociedade (*competition with the Corporation*); c) não utilizar em benefício próprio oportunidades negociais da sociedade (*taking of corporate opportunities*); d) não se aproveitar com interesse próprio de informações da sociedade (*inside trading*); e) não abusar da sua posição enquanto administrador .

O dever de se comportar com equidade em relação aos negócios celebrados com a sociedade diz respeito a um dever legal específico. Ou seja, há determinados negócios que são vedados pelo próprio código e que os administradores não podem celebrar com a sociedade sob pena de nulidade.

O dever de não concorrência também é um dever legal específico. Nos termos do art. 398, nº 3, do CSC, “os administradores não podem, sem autorização da assembleia geral, exercer, por conta própria ou alheia, atividade concorrente com a da sociedade”. O art. 428, nº 1, do CSC, diz que “os diretores não podem, sem autorização do conselho geral, exercer qualquer outra atividade comercial, por conta própria ou alheia, ou ser membros de órgão de administração ou fiscalização de qualquer sociedade”.

O art. 398, nº 4, que remete ao art. 254, nº 2, do CSC, estabelece como atividade concorrente com a da sociedade qualquer atividade abrangida no objeto dela, desde que esteja sendo exercida por ela ou o seu exercício tenha sido deliberado pelos sócios.

---

<sup>168</sup> GOLD, Andrew S. *The new concept of loyalty in corporate law*. *UC Davis Law Review*, v. 43, p. 462, 17 may 2009.

<sup>169</sup> ABREU, 2010, p. 26-27.

Coutinho de Abreu<sup>170</sup> aponta que quando a sociedade exercer de fato atividade que não encontre guarida no seu objeto social, o administrador deverá zelar pelo dever de não concorrer com ela, embora não encontre respaldo na literalidade da lei.

Cabe, ainda, estabelecer a diferença entre atividade concorrente por conta própria e atividade concorrente por conta alheia. A primeira faz referência ao estabelecido no art. 254, n° 3, do CSC que diz que

no exercício por conta própria inclui-se a participação, por si ou por interposta pessoa, em sociedade que implique assunção de responsabilidade ilimitada pelo gerente, bem com a participação de, pelo menos, 20% no capital ou nos lucros de sociedades em que ele assuma responsabilidade limitada.

Já no caso de atividade concorrente por conta alheia, o administrador atua no interesse de outro sujeito<sup>171</sup>.

No entanto, a obrigação de não concorrência não é absoluta e poderá cessar quando a assembleia deliberar autorização<sup>172</sup>. Essa autorização pode se dar por presunção, quando a atividade exercida pelo administrador é anterior ao exercício de suas funções na sociedade e continua no exercício ou quando, havendo conhecimento dos sócios do exercício da atividade concorrente por mais de 90 (noventa) dias, nada é feito. Isso é o que se pode extrair dos arts. 254, n° 4 e 398, n° 4, ambos do CSC.

Soveral Martins<sup>173</sup> entende que os atos isolados de concorrência não desrespeitam o dever de não concorrer com a sociedade. Por exemplo, o administrador atua em uma empresa que tem como objeto social a venda de imóveis, mas o próprio administrador tem um imóvel de sua propriedade e deseja vendê-lo; caso o faça, não violará o dever de não concorrer com a sociedade, pois se trata de um caso pontual e isolado.

Já o dever de não utilizar em benefício próprio oportunidades negociais da sociedade diz respeito à vedação de o administrador utilizar em seu próprio interesse oportunidades que surjam para a sociedade, que esta as declare sua intenção ou quando outras pessoas o procurem como administrador para oferecer propostas negociais. As oportunidades só não serão exclusivas das sociedades quando elas forem oferecidas ao

---

<sup>170</sup> ABREU, 2010, p. 29.

<sup>171</sup> Ibid., p. 30.

<sup>172</sup> RAMOS, 2002, p. 135.

<sup>173</sup> MARTINS, Alexandre Soveral. O exercício de actividades concorrentes pelos gerentes de sociedades por quotas. *Boletim da Faculdade de Direito*, p. 332, 1996.

administrador enquanto pessoa, não no exercício de seu cargo ou quando a sociedade as liberar para uso do administrador<sup>174</sup>.

Em alguns casos, a violação do dever de não utilizar em benefício próprio oportunidades negociais da sociedade poderá ser confundido com o dever de não concorrência. No entanto, neste mesmo contexto, um administrador que renuncia à sua posição de administrador para aproveitar-se de uma oportunidade de negócio sem cair no disposto do que trata o dever de concorrência, embora não pratique concorrência com a sociedade, terá quebrado o dever de lealdade e de não se aproveitar de oportunidades de negócios da sociedade<sup>175</sup>.

É dever dos administradores não utilizar em benefício próprio meios ou informações da sociedade<sup>176</sup>. Assim, é vedado aos administradores, salvo com autorização da sociedade, que ele utilize meios (instrumento, espaço físico, mão de obra etc.) da sociedade em proveito próprio ou faça uso de informações que digam respeito à sociedade para se beneficiar delas<sup>177</sup>.

Por fim, para finalizar as obrigações dentro do dever de lealdade, está o dever de o administrador não abusar da sua posição ou estatuto. Normalmente, esse ponto se refere à lisura do administrador quando celebra negócios da sociedade com terceiros, não lhe sendo permitido receber de terceiros incentivos que possam colocar em causa o seu julgamento<sup>178</sup>.

### **3.3 A *business judgment rule***

A responsabilidade civil dos administradores de sociedades empresariais é regida pelos artigos 153 a 160 da Lei de Sociedades por Ações no Brasil (LSA)<sup>179</sup> e em Portugal pelos artigos 71 ao 84 do Código das Sociedades Comerciais (CSC)<sup>180</sup>.

---

<sup>174</sup> ABREU, 2010, p. 32.

<sup>175</sup> Ibid., p. 33.

<sup>176</sup> A LSA-Espanhola no art. 127, 2, estabelece que os administradores “*deberán guardar secreto sobre las informaciones de carácter confidencial, aun después de cesar en sus funciones*”. Neste contexto, os administradores além de não poderem utilizar as informações que tenham obtido na sociedade, devem guarda-las em segredo, mesmo depois de terem encerrado o exercício de suas funções. Essa conduta faz parte de um desdobramento do dever de lealdade dos administradores. (ARROYO; EMBID, 2001. p. 1328).

<sup>177</sup> ABREU, op. cit., p. 33.

<sup>178</sup> Ibid., p. 35.

<sup>179</sup> A Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976 trata sobre o tema da responsabilidade civil dos administradores, dividindo o tema em deveres e ações de responsabilidade.

Tanto o CSC de Portugal quanto a LSA do Brasil estabelecem situações em que os administradores sejam excluídos de uma eventual ação de responsabilidade. É o que consta da previsão do art. 72, nº 2, do CSC, em Portugal e do art. 159, §6º, da LSA, no Brasil. O art. 72, nº 2, do CSC diz que “A responsabilidade é excluída se alguma das pessoas referidas no número anterior provar que actuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial”.

O art. 159, §6º, da LSA, diz que “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”.

Embora os textos sejam bem diferentes, observa-se que existe um elemento em comum que é a exclusão da responsabilidade quando o administrador observa determinados critérios. A ideia dessa exclusão de responsabilidade dos administradores surgiu nos Estados Unidos da América no século XIX e tinha por objetivo potencializar o empreendedorismo da atuação dos administradores, evitando que os tribunais pudessem interferir no mérito de suas atuações enquanto administradores<sup>181</sup>.

Deste modo, o mérito das decisões dos administradores não será objeto de análise dos tribunais quando se basearem em critérios de razoabilidade, apenas partindo de um ponto limitado quando a decisão for considerada irracional<sup>182</sup>.

O elemento substancial das ações dos administradores, que diz respeito à qualidade das decisões, é regido por uma regra especial de proteção – a *business judgment rule*. Esta regra tem quatro condições ou pressupostos, das quais três são as condições para a sua aplicação<sup>183184</sup>.

As decisões que desrespeitem os deveres de lealdade ou deveres específicos legais, estatutários ou contratuais dos administradores, não se submetem à apreciação da regra da *business judgment rule*. Assim, a exclusão da responsabilidade pela *business judgment rule* só é aplicada quando há liberdade de escolha do administrador, quando sua decisão se baseia na discricionariedade inerente ao seu cargo.

---

<sup>180</sup> Decreto-Lei nº 262/86, de 2 de setembro.

<sup>181</sup> Nesse sentido ABREU, 2010, p. 37; COSTA, Ricardo. *Responsabilidade dos administradores e a business judgment rule*. Reformas do Código das Sociedades. Coimbra: Almedina, 2007, p. 52; RIBEIRO, Júlio César de Lima. A transposição da business judgment rule para o regime da responsabilidade civil de administradores em Portugal e no Brasil. *Revista dos Tribunais*, ano 102, v. 937, p. 393, nov. 2013.

<sup>182</sup> ABREU, loc. cit.

<sup>183</sup> EISENBERG, 1989, p. 959.

<sup>184</sup> ABREU, op. cit., p. 38.

Os deveres legais específicos, sejam eles previstos na lei, nos estatutos ou nos contratos, são deveres de cunho vinculativo, não há margem de discricionariedade dos administradores<sup>185</sup>. O dever de lealdade, de acordo com Ricardo Costa, é um dever de cunho absoluto, pois não dá margem à sua violação, pois exige um dever de cumprimento restrito de acordo com a postura pessoal do administrador<sup>186</sup>. Acrescenta-se, ainda, o dever de agir com boa-fé nas condutas junto à sociedade para que seja aplicada a regra do julgamento. Assim, *prima facie*, o administrador teria de observar não apenas os dever de lealdade e as regras específicas, mas, também, o *duty of good faith*.

Em primeiro lugar, é preciso que uma decisão seja tomada. Ou seja, é preciso uma ação comissiva por parte do administrador para que possa ser analisada dentro da *business judgment rule*<sup>187</sup>. Então, por exemplo, se ele deixa de executar um estudo de planejamento tributário para adotar em sua empresa e isso causa um prejuízo, essa omissão não poderá ser objeto da proteção especial da lei.

É preciso observar que o poder de decisão dos administradores está amparado na discricionariedade empresarial que é inerente ao cargo que exerce dentro dos limites legais, estatutários e contratuais. Então, quando não se adota uma decisão observando a discricionariedade empresarial, considerando a viabilidade ou não da decisão, não se está sendo omissos quanto aos deveres de administração, pelo contrário, está atuando dentro do padrão esperado de um administrador. A questão não toma o mesmo rumo quando o administrador é omissos em relação aos seus próprios deveres enquanto administrador, deixando de exercer suas funções inconscientemente ou por ignorância, ou, quando fere o dever de agir com boa-fé, deixa de agir deliberadamente. Nesta hipótese, não se aplica a regra da *business judgment rule*<sup>188</sup>.

Em segundo lugar, a *business judgment rule* só será aplicada se o administrador não estiver financeiramente interessado no resultado da conduta que adotou<sup>189</sup>. Coutinho de Abreu<sup>190</sup> é mais abrangente e trata da questão como conflito de interesse, ou seja, o administrador (ou terceiros ligados a ele) não pode estar em situação de conflito de interesses com a sociedade.

---

<sup>185</sup> ABREU, 2010.

<sup>186</sup> COSTA, 2007, p. 69.

<sup>187</sup> EISENBERG, 1989, p. 959.

<sup>188</sup> COSTA, op. cit., p. 81.

<sup>189</sup> EISENBERG, loc. cit.

<sup>190</sup> ABREU, op. cit., p. 38.

Em terceiro, o elemento procedimental do dever de cuidado que rege as decisões dos administradores deve ser observado. Isto é, a *business judgment rule* só é aplicável se o administrador tiver razoavelmente se informado sobre a decisão<sup>191</sup>. Esse elemento é importante, pois obriga que os administradores estejam bem informados sobre os caminhos que devem guiar na empresa, ainda que a decisão não ocorra com o resultado esperado.

O dever de se informar continua fazendo parte do conteúdo do dever de cuidado imposto aos administradores. Ricardo Costa<sup>192</sup> aponta que o administrador deva observar um conteúdo mínimo suficiente do dever de cuidado para que possa tomar uma decisão informada e não irracional. Deste modo a ação deve estar pautada no dever geral de cuidado quanto à obtenção de informações. Ainda que a decisão do administrador se encaminhe para um resultado negativo, sua decisão deverá ter sido pautada em um dever de estar bem informado.

Chegamos agora ao coração da *business judgment rule*. Se um administrador toma uma decisão desinteressada, razoavelmente informada, a qualidade da decisão não será revista em conformidade com o padrão normal de razoabilidade, mas em vez disso, estará sujeita apenas a uma avaliação excepcionalmente limitada<sup>193</sup>. Isso se dá em virtude de não se poder tomar como um padrão geral do dever de cuidado para impor responsabilidade aos administradores por suas decisões. Isto porque algumas decisões que tragam resultados indesejados não podem ser qualificadas como não razoáveis<sup>194</sup>.

Essa razoabilidade tem a ver com razoabilidade econômica. De acordo com Coutinho de Abreu, “o princípio da racionalidade econômica significa a consecução de um dado fim com o mínimo dispêndio de meios (princípio da economia dos meios), ou a consecução, com dados meios, do máximo grau de realização do fim (princípio do máximo resultado)”<sup>195</sup>.

Assim, a *business judgment rule* se apresenta como uma limitação da responsabilidade a que os administradores estariam sujeitos. Para que seja aplicada, é preciso que o administrador prove que não agiu de maneira irracional, respeitando os demais deveres de cuidado, sobretudo no que diz respeito à razoabilidade das decisões.

---

<sup>191</sup> EISENBERG, 1989, p. 959.

<sup>192</sup> COSTA, 2007, p. 71.

<sup>193</sup> EISENBERG, op. cit., p. 960.

<sup>194</sup> Ibid., p. 963.

<sup>195</sup> ABREU, 2010, p. 45.

### CAPÍTULO III – CONSEQUÊNCIA E RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES PELO PLANEJAMENTO TRIBUTÁRIO

#### 4.1 Casos de inexistência de responsabilidade

O administrador no exercício de suas funções atua como representante da sociedade e no exercício regular de suas funções ele exterioriza a vontade social perante terceiros, agindo como se fosse a própria sociedade<sup>196</sup>.

Essa noção de que o administrador quando atua dentro do seu exercício regular estaria representando a figura societária e não a si próprio, resulta que ele não pode ser responsabilizado pessoalmente quando atua dentro desses termos<sup>197</sup>, mesmo que ao final acabe gerando prejuízo a terceiros.

Neste mesmo sentido, não se pode falar em responsabilidade dos administradores quando não se verifica os pressupostos presentes no art.72, 1, CSC<sup>198</sup>. Ou seja, o administrador agiu observando as regras gerais e dentro do que se espera de sua conduta enquanto administrador.

Adamek esclarece:

A noção antagonônica da expressão “ato regular de gestão” deve compreender-se logicamente na expressão antitética “ato irregular de gestão”, como verso e reverso da mesma moeda. E, como necessariamente os únicos parâmetros válidos para aferição da regularidade do ato do administrador devem ser encontrados na lei ou no estatuto (ato-norma), segue-se que irregular será o ato de gestão praticado com violação da lei ou do estatuto; também o será o ato praticado fora dos limites das atribuições de seu cargo, já que semelhante atuação, por evidente, contrastará igualmente com a lei e com o estatuto.<sup>199</sup>

Podemos compreender, portanto, que ato irregular de gestão será todo aquele ato que resultar da infração de dever legal do administrador, seja ele qual for (legal, estatutário ou contratual).

---

<sup>196</sup> ADAMEK, 2009, p. 211.

<sup>197</sup> Nesse sentido: “Não têm os terceiros, contra os diretores, ação alguma baseada em atos ou operações praticadas por estes, dentro de suas atribuições ou poderes. Contudo, podem os terceiros ter direitos a demandar contra a companhia, nunca contra os administradores por ato praticado na gestão da sociedade” (PARANÁ, Tribunal de Justiça, Ap. 584/89, 4ª Câmara Civil, Relator: Des. Wilson Reback, 1990).

<sup>198</sup> ABREU, 2010, p. 49.

<sup>199</sup> ADAMEK, op. cit., p. 212.

A responsabilidade do administrador também inexistente no caso de aplicação da *business judgment rule*.

O art. 72, 3, CSC estabelece que os administradores não são responsáveis pelos danos resultantes de uma deliberação colegial quando não tiverem participado ou tiverem sido voto vencido.

No caso do administrador que participa da deliberação colegial, ele não será responsabilizado quando vota em sentido contrário da decisão que possa gerar dano. Menezes de Cordeiro<sup>200</sup> esclarece que o administrador que for voto vencido deve, no prazo de cinco dias (como estabelece a parte final do art. 72, 3, CSC), lavrar seu voto no livro de atas, sendo importante que o faça antes de se ter concretizado qualquer dano advindo da decisão colegial. Coutinho de Abreu<sup>201</sup> entende que o administrador não pode se abster da decisão para que fique isento de responsabilidade, é preciso que vote em sentido contrário ao que foi decidido.

A não participação do administrador consiste quando ele não está presente e nem se faz representar no molde tradicional (presencialmente), conforme o art. 410, 5, do CSC; não vota por correspondência (art. 410, 7, CSC); e, por fim, não participa também o administrador que não se faz presente ou representado por meios telemáticos (art. 410, 8, CSC).

Da redação do art. 72, 3, CSC, poderíamos entender que a mera não participação do administrador na deliberação ilícita ou danosa bastaria para excluir sua responsabilidade, independentemente de o administrador ter violado ou não o seu dever legal de participar ou se fazer representar nas deliberações. Porém, não deve ser esse o entendimento, uma vez que o administrador que não exerce o direito/dever de oposição, responde solidariamente pelos atos que resultarem em danos<sup>202</sup>.

Deste modo, o administrador não participante não deve executar uma deliberação nula (art. 412, 4, CSC) – sendo obrigado a promover a declaração de nulidade (art. 412, 1, CSC). Já no caso de uma deliberação anulável, cabe ao administrador tentar evitar a execução e promover a respectiva suspensão judicial e anulação<sup>203</sup>. Quando a deliberação não padecer de vícios (nula ou anulável), mas se demonstrar danosa, o administrador que

---

<sup>200</sup> CORDEIRO, 2012. p. 280.

<sup>201</sup> ABREU, 2010, p. 50.

<sup>202</sup> ABREU, loc. cit.

<sup>203</sup> Id., 2009, p. 127.



não tiver participado, deve desencorajar os demais administradores para não executarem ou, em caso de já estar sendo executada, tentar atenuar os efeitos danosos<sup>204</sup>.

O administrador também não responde civilmente quando estiver cumprindo decisões da assembleia geral, quando deva obediência a essa deliberação<sup>205</sup>. O art, 72, 5, CSC diz que “a responsabilidade dos gerentes ou administradores para com a sociedade não tem lugar quando o acto ou omissão assente em deliberação dos sócios, ainda que anulável”. Essa redação não deve ser interpretada como um salvo-conduto para o administrador executar medidas ilegais, mesmo que por deliberação da assembleia.

Quando se tratar de decisão ilegal, fora do âmbito dos poderes da assembleia geral ou de outro órgão de administração, é dever do administrador resistir ao cumprimento do ato, sob pena de tornar-se responsável<sup>206</sup>, como é o caso de decisões que extrapolem o objeto social (art. 6º, 4, CSC)<sup>207</sup>. Coutinho de Abreu<sup>208</sup> entende que o administrador não deve executar ações advindas de deliberações quando passíveis de anulação, pois se assim o fizer e a ação for anulada, será responsabilizado.

Os administradores também não devem executar deliberações quando ocorrem alterações substanciais das circunstâncias que possam gerar danos. Caso o executem, podem ser responsabilizados por saber ou dever saber que tal ação resultaria em um dano para a sociedade. Por outro lado, as decisões das assembleias que tiverem sido determinadas ou condicionadas pelos administradores não os desresponsabilizam, uma vez que agiram com preterição do dever de cuidado com as informações que passaram à assembleia<sup>209</sup>.

## 4.2 Fatos extintivos de responsabilidade

No direito português, a sociedade pode renunciar ao direito de indenização (art. 74, 2, CSC). Já no Brasil, as leis societárias brasileiras não regulam de maneira clara a

---

<sup>204</sup> ABREU, 2010, p. 51.

<sup>205</sup> ADAMEK, 2009, p. 213.

<sup>206</sup> Ibid., p. 214.

<sup>207</sup> ABREU, op. cit., p. 53.

<sup>208</sup> ABREU, loc. cit.

<sup>209</sup> Ibid., p. 52.

renúncia à ação social ou à transação que envolva a responsabilidade civil dos administradores<sup>210</sup>.

Em Portugal, o Código das Sociedades Comerciais impõe vários critérios para que o a renúncia possa ocorrer. É preciso a maioria dos votos válidos (os sócios-administradores ficam proibidos de votar) e, para além disso, é preciso não ter votação em contrário igual ou superior a 10% dos votos válidos. Para completar, é preciso que a sociedade emita de forma expressa o desejo de renunciar ao direito de indenização derivado de um fato determinado<sup>211</sup>.

A doutrina no Brasil aponta que a renúncia à pretensão de responsabilizar o administrador por danos causados à sociedade não pode ocorrer, pois os administradores não teriam amparo legal para agir desta forma no interesse de terceiros e ou em interesse próprio e, por outro lado, à assembleia geral não compete ignorar práticas ilícitas dos administradores e renunciar ao exercício da pretensão de responsabilizar os administradores pelos danos causados em virtude dessa prática<sup>212</sup>. A doutrina aponta cinco razões para que a renúncia não seja admitida na realidade brasileira. Em primeiro lugar, porque a única hipótese de exoneração decorre apenas da aprovação das demonstrações financeiras e das contas (LSA, art. 134, §3º). Em segundo lugar, porque retiraria dos sócios/acionistas o direito de propor ação social *ut singuli* por substituição derivada (art. 159, §4º, LSA). Em terceiro lugar, porque quando há um ato ilícito, a lei só confere ao magistrado o poder de perdoar o administrador e, ainda assim, sempre embasado nos pressupostos da responsabilidade e da boa-fé. Em quarto lugar, porque o patrimônio social é garantia dos credores (CC, art. 391; e CPC, art. 591). E em quinto lugar, porque a finalidade de qualquer sociedade é a produção e partilha de lucros sociais, e a renúncia do direito à indenização seria um ato lesivo ao patrimônio<sup>213</sup>.

A transação, por sua vez, consiste em um contrato em que a sociedade e um ou mais administradores de forma preventiva ou posterior terminam uma controvérsia relativa à responsabilidade dos administradores para com a sociedade mediante concessões recíprocas (art. 1248, CCiv). Em Portugal, a transação (judicial ou extrajudicial) depende

---

<sup>210</sup> ADAMEK, 2009, p. 283.

<sup>211</sup> ABREU, 2010, p. 57.

<sup>212</sup> ADAMEK, op. cit., p. 284.

<sup>213</sup> Ibid., p. 285.

de deliberação dos sócios, devendo obedecer aos mesmos requisitos de voto a ser declarado de forma expressa e determinada<sup>214</sup>.

No Brasil, a transação é admitida, mas é preciso observar alguns critérios: *a)* não pode ser celebrada antes que exista conflito na relação; *b)* é necessário que existam concessões recíprocas; *c)* a transação só pode tratar de direitos patrimoniais privados, não podendo incidir sobre direitos indisponíveis nem prejudicar direitos de terceiros; *d)* a transação tem caráter restritivo, abrangendo apenas o que foi expressamente tratado nela (art. 843, CC)<sup>215</sup>. A lei societária brasileira, no entanto, é silenciosa quanto à necessidade de consulta da Assembleia Geral para que se possa proceder à celebração da transação. Adamek<sup>216</sup> entende que a consulta à assembleia geral deve ser feita.

### **4.3 Responsabilidade Civil dos Administradores**

Os administradores de sociedades comerciais são responsáveis pelos atos que adotam na administração da sociedade, como já visto anteriormente. No entanto, a responsabilidade dos administradores recai perante três categorias de sujeitos: a sociedade, os credores sociais e os terceiros em geral<sup>217</sup>.

#### **4.3.1 Responsabilidade para com a sociedade**

A responsabilidade civil dos administradores perante a sociedade é caracterizada por um equilíbrio entre os poderes que o administrador possui e as atribuições legais, estatutárias e contratuais impostas a ele.

A responsabilidade dos administradores para com a sociedade decorre do art. 72, 1, do CSC (em Portugal) que destaca que os administradores respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados por seus atos ou omissões quando praticados em preterição dos deveres legais ou contratuais, salvo quando provarem que procederam sem culpa. No Brasil, a responsabilidade dos administradores perante a sociedade encontra abrigo legal no art. 158, LSA e estabelece que os administradores responderão pelos atos

---

<sup>214</sup> ABREU, 2010, p. 58.

<sup>215</sup> ADAMEK, 2009.

<sup>216</sup> Ibid., p. 285.

<sup>217</sup> SERENS, Manuel Couceiro Nogueira. *Notas sobre a sociedade anónimas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997, p. 92.

praticados quando agirem dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo ou com violação da lei ou do estatuto.

Deste modo, tanto na legislação lusitana quanto na brasileira, há responsabilidade do administrador por ter participado pessoalmente do ato causador do dano, ainda que seja por meio telemático, por correspondência ou por representante, desde que a decisão tenha partido dele<sup>218</sup>.

A ação social de responsabilidade dos administradores em face da sociedade depende de deliberação dos sócios (art. 75, 1, CSC) e pode ser decidida por maioria simples dos votos válidos, ficando o administrador-sócio que esteja envolvido na ação de responsabilidade impedido de votar (art. 75, 1, 3, CSC)<sup>219</sup>.

Se a deliberação tomar espaço na assembleia geral, é preciso que conste na convocatória o tema em questão de forma expressa e transparente. A exceção seria na conjuntura da aprovação de contas de exercício, momento em que pode ser proposta a ação de responsabilidade quando reprovadas as contas<sup>220</sup>.

Quando ocorrer a deliberação pela autorização da propositura da ação, a sociedade terá seis meses para fazê-lo. Quanto à representação da sociedade, os sócios poderão deliberar um representante especial ou um ou mais sócios que possuam pelo menos 5% do capital e poderão requerer a representação especial em juízo<sup>221</sup>.

Em princípio cabe à sociedade através dos sócios deliberarem pela propositura da ação. No entanto, há espaço para que o sócio ingresse com ação de responsabilidade quando a sociedade delibera pela não propositura da ação ou quando delibera pela propositura não ingressa com ela no prazo de seis meses (caráter subsidiário da ação social)<sup>222</sup>.

Em último caso, quando nem a sociedade e nem os sócios ingressarem com ação de responsabilidade contra o administrador em favor da sociedade, os credores sociais subrogam-se no direito de ingressar com a ação quando o aumento do patrimônio for essencial ao cumprimento dos créditos devidos<sup>223</sup> (art. 78, 2, CSC).

---

<sup>218</sup> SERENS, 1997, p. 93.

<sup>219</sup> ABREU, 2010, p. 60.

<sup>220</sup> ABREU, loc. cit.

<sup>221</sup> SERENS, op. cit., p. 94.

<sup>222</sup> ABREU, loc. cit.

<sup>223</sup> Ibid., p. 66.

#### 4.3.2 Responsabilidade perante os credores sociais

Vimos que os credores sociais podem sub-rogar-se no direito de cobrar dos administradores quando a sociedade ou os sócios não o fazem. No entanto, os administradores também são responsáveis para com os credores sociais quando descumprem as disposições legais, estatutárias e contratuais destinadas à proteção dos credores sociais<sup>224</sup>.

A violação que enseja a ação dos credores sociais em relação aos administradores é tão somente restrita à inobservância dos gestores em relação às normas de proteção dos credores sociais presentes nos estatutos e na lei.

Nesta hipótese, existe uma responsabilidade direta dos administradores para com os credores sociais, sendo uma ação autônoma e diferente da sub-rogação da ação da sociedade<sup>225</sup>.

#### 4.3.3 Responsabilidade perante os sócios e terceiros em geral

Os administradores respondem diretamente não apenas em relação à sociedade e aos credores sociais, mas também por danos causados diretamente aos sócios e aos terceiros em geral. Em relação aos terceiros, não é preciso que eles tenham relação preexistente com a companhia (contratantes, empregados, fornecedores da companhia etc.), mas também com aqueles que não mantêm uma relação direta (investidores do mercado de capitais e o público em geral)<sup>226</sup>.

O dano causado pelo administrador tem de incidir diretamente no patrimônio do sócio ou terceiro. O dano reflexo em relação à sociedade não tem vez em relação à ação direta dos sócios e dos terceiros. Neste caso, caberia ação da própria sociedade ou nas hipóteses de sub-rogação dos credores sociais.

---

<sup>224</sup> SERENS, 1997, p. 99.

<sup>225</sup> ABREU, 2010, p. 72.

<sup>226</sup> ADAMEK, 2009, p. 204.

## 5 CONCLUSÃO

A noção de eficiência é algo que deve ser buscado por qualquer empresa. Ninguém pode ser censurado por buscar eficiência e, dentro dos limites legais, buscar reduzir os tributos e planejar seus negócios levando em consideração questões tributárias.

Muitas vezes o próprio ordenamento jurídico apresenta opções de economia fiscal, com caminhos mais vantajosos para determinadas estruturas empresariais ou empresas que adotem posturas procuradas pelo estado.

Assim, também cabe à empresa a escolha sobre onde quer ser tributada quando tem a discricionariedade de escolha sobre onde quer se instalar, inclusive levando em consideração fatores como incentivos fiscais ou financeiros ou onde a tributação seja menor.

Esse direito à eficiência se alia com a liberdade de gestão fiscal e consiste em um direito fundamental da ordem jurídica<sup>227</sup>. Aliomar Baleeiro<sup>228</sup> destaca que não há violação da lei, pois ao contribuinte é livre a eleição de atos jurídicos e instrumentos que, do ponto de vista tributário, sejam mais interessantes.

As empresas têm, portanto, liberdade para gerir seus negócios da maneira mais eficiente e que melhor lhes aprouver economia fiscal, desde que respeite os pressupostos legais para tanto. Vencido o debate em torno da legitimidade e da liberdade da empresa em adotar um comportamento de poupança tributária, é necessário desenvolvermos o tema e passarmos a compreender essa realidade empresarial com os deveres impostos aos administradores.

O dever de cuidado impõe ao administrador que observe certos pressupostos quando decidir em nome da sociedade. Assim, em face desse dever legal, não basta apenas ao administrador agir com presteza e labor, não se omitindo ou provocando retardamentos; importa que ele atue em defesa dos interesses da sociedade impostos pela lei e pelos estatutos.

Compete ao administrador a escolha que atenda da melhor maneira ao chamado triplo centro de interesses da empresa<sup>229</sup>: os interesses dos sócios, da própria organização e dos que nela trabalham ou com ela negociam.

---

<sup>227</sup> ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Planejamento Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 77.

<sup>228</sup> BALEEIRO, Aliomar. *Clínica fiscal*. Salvador: Progresso, 1958, p. 62.

<sup>229</sup> ANDRADE FILHO, op. cit., p. 79.

O administrador pauta o exercício de suas funções pela busca da finalidade da sociedade e pelo desenvolvimento da atividade prevista no objeto social. Neste sentido, o administrador procura um resultado positivo em favor do patrimônio social. Porém, essa busca não pode violar os estatutos ou a lei.

Quando se impõem obrigações, deveres aos administradores, busca-se estabelecer condutas esperadas de um gestor eficiente. A eficiência empresarial deve ser compreendida como instrumento de busca do melhor custo/benefício para a empresa. No entanto, a eficiência supera a ideia de economicidade, passando a representar, em âmbito das relações de direito privado, a busca de melhores processos econômicos para a empresa<sup>230</sup>.

A eficiência contempla, neste contexto, o planejamento tributário. No universo empresarial atual, nenhuma ação pode ser compreendida sem que exista um sistema de freios e contrapesos (*check and ballances*). Esse papel acabou sendo preenchido pelos princípios gerais de governação corporativa.

O dever de cuidado impõe ao administrador que ele seja diligente com os fins da sociedade, mas que observe as normais legais, estatutárias e os princípios gerais da “*corporate governance*”. A compreensão do dever de diligência imposta ao administrador nos faz chegar à lógica de que em prol da eficiência e em busca de melhores resultados para a empresa, o administrador está obrigado a adotar medidas de planejamento tributário.

Essa obrigação, no entanto, não consiste sempre em um planejamento tributário em concreto, mas que o administrador seja capaz de levar em consideração aspectos tributários em suas decisões e amparado no dever de cuidado seja capaz de determinar a viabilidade econômica e se um planejamento tributário é adequado para a natureza do negócio a ser realizado. Age não apenas em conformidade com a lei o administrador que adota uma postura eficiente quanto ao planejamento tributário, age em prol da persecução dos fins da empresa e no melhor interesse da sociedade e dos sócios.

É evidente que o planejamento adotado pelos administradores encontra limites não apenas na legislação, mas nas próprias circunstâncias da economia e de gestão fiscal do próprio Estado. Quando a escolha tiver sido pautada em observância dos deveres legais, a responsabilidade do administrador poderá ser afastada.

Só não será afastada a responsabilidade do administrador quando ele tratar com omissão o planejamento tributário e deixar de levar em consideração aspectos fiscais na

---

<sup>230</sup> ANDRADE FILHO, 2009, p. 79.

realidade da empresa. Esta situação, por si só, já gera uma quebra do dever de cuidado do administrador. No entanto, em especial, autoriza a sociedade a proceder com ação de responsabilidade em face do administrador pelo dano que possa ter resultado da inobservância dos deveres legais, afastando-se, nesta hipótese, a aplicação da *business judgment rule*.

As ações aplicáveis aos administradores no âmbito da responsabilidade pelo planejamento tributário são de competência da sociedade, observando os critérios legais podendo ser propostas pelos sócios subsidiariamente ou pelos credores sociais em sub-rogação. Não cabe, no entanto, ação direta dos sócios, de credores sociais ou de terceiros quanto à inobservância do planejamento tributário, visto que o tema trata da discricionariedade empresarial e o dano é absorvido pela sociedade.

Uma empresa que busque planejar sua tributação visa diminuir a carga fiscal suportada, refletindo positivamente nos resultados. Para que isso ocorra é preciso fazer uso dos corretos enquadramentos tributários e neste sentido cabe aos administradores a escolha de como melhor proceder.

Podemos depreender do trabalho exposto que não se trata apenas de uma mera opção dos administradores em considerar os reflexos fiscais das suas ações tomadas em relação às empresas. O dever de cuidado aplicado ao planejamento tributário torna uma mera faculdade em uma obrigação de todo administrador que seja diligente. A omissão neste aspecto gera descrédito dos administradores e poderá provocar danos à sociedade por não ter seguido o caminho do menor ônus fiscal.

A observância do dever de cuidado não implica, necessariamente, que o administrador tenha de analisar opções de economia fiscal. Existem casos em que o custo para obtenção de informações pode superar a economia que seria obtida. Ainda assim, age diligentemente o administrador que optou por não proceder ao planejamento tributário em virtude de questões em que não seria eficiente o planejamento. O administrador não pode se omitir, mas tão somente pode observar critérios de eficiência empresarial com base no dever de cuidado quando opta por proceder ou não planejamento tributário.



## BIBLIOGRAFIA

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de direito comercial – Volume II: Das sociedades*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

\_\_\_\_\_. *Da empresarialidade* (as empresas no direito). Coimbra: Almedina, 1999a.

\_\_\_\_\_. Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social. In: ABREU, J. M. Coutinho de et al. *Reformas do código das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2007.

\_\_\_\_\_. *Do abuso de direito: ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*. Coimbra: Almedina, 1999b.

\_\_\_\_\_. *Governança das sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 2009.

\_\_\_\_\_. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*. Coimbra: Almedina, 2010.

ADAMEK, Marcelo Vieira von. *Responsabilidade civil dos administradores de S/A* (e as ações correlatas). São Paulo: Saraiva, 2009.

ALZAGA, José Maria Sarabia. El dirigente empresarial: um profesional com formacion integral y flexible. *Revista de contabilidade e comércio*, v. XLIX, n. 193-196, jun. 1986.

ANDRADE FILHO, Edmar Oliveira. *Planejamento Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ARROYO, Ignacio; EMBID, José Miguel. *Comentários a la ley de sociedades anónimas: Real decreto legislativo 1.564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de sociedades anónimas*. Madrid: Tecnos, 2001. v. II.

BALEEIRO, Aliomar. *Clínica fiscal*. Salvador: Progresso, 1958.

BARREIROS, Filipe. *Responsabilidade civil dos administradores: os deveres gerais e a corporate governance*. Coimbra: Wolters Kluwer Portugal, 2010.

BRITTO NETO, Claudio Orestes. Planejamento fiscal: opção ou obrigação dos administradores? *Revista do Instituto de Direito Brasileiro*, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, n. 4, ano 3, 2014.

CARVALHOSA, Modesto. *Comentários à lei de sociedades anônimas: Lei nº6.404, de 15 de dezembro de 1976, com as modificações das Leis nº 9.457, de 5 de maio de 1997 e nº 10.303, de 31 de outubro de 2001*. São Paulo: Saraiva, 2003.

CAVALI, Marcelo Costenaro. *Cláusulas gerais antielusivas: reflexões acerca de sua conformidade constitucional em Portugal e no Brasil*. Coimbra: Almedina, 2006.

COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de direito tributário brasileiro*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1999.

\_\_\_\_\_. Uma introdução à filosofia do Direito, inclusive do Direito Tributário. *Direito Tributário em Questão*, Porto Alegre, n. 7, 2011.

CORDEIRO, António Meneses. *Código das sociedades comerciais anotado: e regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

\_\_\_\_\_. Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades. *Revista da Ordem dos Advogados*, n. 2, ano 66, 2006.

CORREIA, Luís Brito; VENTURA, Raúl. Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas. *Boletim do Ministério da Justiça*, nº 192 a 195, Lisboa, 1970.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. *Direito das obrigações*. 12. ed. Coimbra: Almedina, 2009.

COSTA, Ricardo. *Responsabilidade dos administradores e a business judgment rule*. Reformas do Código das Sociedades. Coimbra: Almedina, 2007.

COURINHA, Gustavo Lopes. *A cláusula geral anti-abuso no direito tributário: contributos para sua compreensão*. Coimbra: Almedina, 2009.

COX, James D.; HAZEN, Thomas Lee. *Cox & Hazen on corporations: including unincorporated forms of doing business*. 2. ed. New York: Aspen, 2003, p. 476. v. I.

CREPALDI, Silvio Aparecido. *Planejamento tributário: teoria e prática*. São Paulo: Saraiva, 2012.

EISENBERG, Melvin Aron. The divergence of standards of conduct and standards of review in corporate law. *Fordham L. Rev.*, n. 62, p. 437, 1993.

\_\_\_\_\_. The duty of good Faith in corporate law. *Del. J. Corp. L.*, n. 31, p. 1, 2006.

\_\_\_\_\_. The Duty of Care of Corporate Directors and Officers. *Pitt. L. Rev.*, p. 945, 1989.

GAMA, João Taborda. *Acto elisivo, acto lesivo: notas sobre a admissibilidade do combate à elisão fiscal no ordenamento jurídico português*. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

GOLD, Andrew S. The new concept of loyalty in corporate law. *UC Davis Law Review*, v. 43, p. 17, May 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GRECO, Marco Aurélio. *Planejamento tributário*. 3. ed. São Paulo: Dialética, 2011.

LUMANN, Niklas. *Sociologia do Direito II*. Tradução: Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

LUTTER, Marcus; SCHMIDT, Karsten. *Aktiengesetz Kommentar*. 2. ed. Colônia: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. *Curso de Direito Tributário*. 26. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao planejamento tributário*. São Paulo: Malheiros, 2014.

MAIA, Pedro. *Função e funcionamento do conselho de administração da sociedade anónima*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

MAMEDE, Gladston. *Blindagem patrimonial e planejamento jurídico estratégico*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

\_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Direito Empresarial*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012. v. 1.

MARTINS, Alexandre Soveral. O exercício de actividades concorrentes pelos gerentes de sociedades por quotas. *Boletim da Faculdade de Direito*, 1996.

MINNICK, Kristina; NOGA, Tracy. Do corporate governance characteristics influence tax management? *Journal of Corporate Finance*, v. 16, Issue 5, December 2010.

NABAIS, José Casalta. A liberdade de gestão fiscal das empresas. *Revista Fórum de Direito Tributário*, Belo Horizonte, ano 5, n. 29, p. 55-78, set./out. 2007.

\_\_\_\_\_. *Alguns aspectos da tributação das empresas*. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. v. III.

\_\_\_\_\_. *Contratos fiscais*. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

\_\_\_\_\_. *Introdução ao Direito Fiscal das Empresas*. Coimbra: Almedina, 2013.

\_\_\_\_\_. *O dever fundamental de pagar impostos: Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo*. Coimbra: Almedina, 1998.

NEVES, António Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

NOVOA, César García. *El concepto de tributo*. Buenos Aires: Marcial Pons Argentinas, 2012.

NUNES, Pedro Caetano. *Dever de gestão dos administradores de sociedades anónimas*. Coimbra: Almedina, 2012.

OLIVEIRA, António Fernandes de. *A legitimidade do planeamento fiscal, as cláusulas gerais anti-abuso e os conflitos de interesse*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

PARANÁ, Tribunal de Justiça, Ap. 584/89, 4ª Câmara Civil, Relator: Des. Wilson Reback, 1990.

RAMOS, Maria Elisabete Gomes. *Responsabilidade civil dos administradores e diretores de sociedades anónimas perante os credores sociais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

RIBEIRO, Júlio César de Lima. A transposição da business judgment rule para o regime da responsabilidade civil de administradores em Portugal e no Brasil. *Revista dos Tribunais*, ano 102, v. 937, nov. 2013.

RIBEIRO, Renato Ventura. *Dever de diligência dos administradores de sociedades*. São Paulo: Editora Quartier Latin do Brasil, 2006.

SANCHES, José Luís Saldanha. *Os limites do planeamento fiscal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

SERENS, Manuel Couceiro Nogueira. *Notas sobre a sociedade anónimas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

THE AMERICAN LAW INSTITUT – Principles of corporate governance: Analysis and recommendations. *ALI Publishers*, v. 1, St. Paul, Minn., 1994.

TORMENTA, Júlio. *As sociedades gestoras de participações sociais como instrumento de planeamento fiscal e os seus limites*. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo. *Planejamento tributário: elisão abusiva e evasão fiscal*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2012.

VARELA, Antunes. *Das obrigações em geral*. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2011. v. I.

XAVIER, Alberto. *Direito tributário internacional do Brasil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.