

FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

RESPONSABILIDADE CIVIL DE ADMINISTRADORES E
SÓCIOS PERANTE CREDORES

Hendel Sobrosa Machado

Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais,
na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

COIMBRA

2013

Agradecimentos

Esta dissertação de mestrado só foi possível com o apoio de diversas pessoas. De início, agradeço à compreensão dos meus sócios, César e Paulo, os quais permitiram-me ter a tranquilidade e tempo para realizar os estudos necessários. Agradeço aos colegas de mestrado pelo alto nível dos debates académicos, que se estenderam além dos muros da Universidade de Coimbra. Agradeço sobretudo ao Professor Doutor Jorge Manuel Coutinho de Abreu, o qual foi o exemplo académico por sua pesquisa, ética e autenticidade, e cuja orientação ajudou a iluminar este trabalho. Também agradeço, por fim, à família e aos amigos pelo apoio incondicional e pela compreensão à minha ausência nestes dois anos. Obrigado.

Abstract

A master thesis that works on a systematic approach on directors and shareholders liability towards creditors. Comparing several law systems from European (with some special emphasis on the portuguese legislation) and American experiences, develops a feasible system to Brazilian corporate liability laws. Nevertheless, the liability model is also compatible to most of the western law as it clearly defines the borders of directors liability and the directors duty to care about creditors interests on the break of insolvency.

Abstrato

Tese de mestrado que trabalha com uma visão sistemática da responsabilidade de administradores e sócios para com os credores. Comparando alguns sistemas legais da Europa (com ênfase especial na legislação portuguesa) e experiências americanas, desenvolve um sistema possível para as regras de responsabilidade no Brasil. Não obstante, o modelo de responsabilidade adotado também é compatível com a maior parte das legislações ocidentais, pois claramente define os limites da responsabilidade dos administradores e seu dever de observar os interesses dos credores nas proximidades da insolvência.

Abreviaturas

Ac.	- Acórdão
AktG.	- Aktiengesetz
CC	- Código Civil
Cfr.	- Confira
CIRE	- Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
Cit.	- Citado
CMVM	- Comissão de Mercados e Valores Mobiliários
CPC	- Código de Processo Civil
Crn.	- Conforme
CSC	- Código de Sociedades Comerciais
CVM	- Código de Valores Mobiliários
DL	- Decreto Lei
IDET	- Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho
L	- Lei
LSA	- Lei de Sociedades por Ações
Op.	- Obra
STJ	- Superior Tribunal de Justiça
V	- Vide
ZIP	- Zeitschrift für Wirtschaftrecht

INDÍCE

1. INTRODUÇÃO 9

2. COMPOSIÇÃO DO CRÉDITO E VINCULAÇÃO DA SOCIEDADE 11

2.1. CRÉDITO VOLUNTÁRIO E INVOLUNTÁRIO 11

2.2. REPRESENTAÇÃO E VINCULAÇÃO 15

2.2.1. DELEGAÇÃO DE PODERES 20

2.3. CREDORES E TERCEIROS 21

3. OS DEVERES DOS ADMINISTRADORES 23

3.1. DEVER DE CUIDADO 26

3.1.1. DEVER DE INFORMAÇÃO 28

3.1.2. A BUSINESS JUDGMENT RULE 30

3.1.2.1. A BUSINESS JUDGMENT RULE COMO CRITÉRIO DE CONDUTA 32

3.1.2.2. NATUREZA OBJETIVA DA BUSINESS JUDGMENT RULE 37

3.2. DEVER DE LEALDADE 38

3.2.1. DEVER DE LEALDADE E INTERESSES NA SOCIEDADE 41

3.2.2. INTERESSE SOCIAL E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA 43

4. DEVER DOS ADMINISTRADORES DE CONSIDERAR OS INTERESSES DOS CREDORES 50

4.1. PONDERAÇÃO DE INTERESSES E A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DOS CREDORES 50

4.2. A INVERSÃO DOS RISCOS DO NEGÓCIO EM SOCIEDADES PRÓXIMAS DA INSOLVÊNCIA 52

4.3. REGRAS DE PROTEÇÃO DOS CREDORES NAS PROXIMIDADES DA INSOLVÊNCIA 55

4.4. JURISPRUDÊNCIA E A CONDUTA DOS ADMINISTRADORES 59

4.5. CONSTRUÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DO DEVER DOS ADMINISTRADORES PERANTE OS CREDORES 61

4.5.1. *TERMO INICIAL DO DEVER* 61

4.5.2. *NATUREZA REPARATÓRIA DO DEVER* 62

4.5.3. *CRITÉRIO DE CONDUTA - A BUSINESS JUDGMENT RULE COMO CRITÉRIO DE ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES AO CONSIDERAR OS INTERESSES DOS CREDORES* 65

4.5.4. *ÔNUS DA PROVA* 67

5. A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES PERANTE OS CREDORES SOCIAIS 69

5.1. *A ADMINISTRAÇÃO DE SOCIEDADES NO BRASIL* 69

5.1.1. *RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES NO BRASIL* 73

5.2. *CARACTERÍSTICAS DA RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES* 76

5.2.1. *CRITÉRIOS OBJETIVOS DA RESPONSABILIDADE* 76

5.2.2. *BOA-FÉ* 78

5.2.3. *CULPA IN ACEPTANDO* 80

5.2.4. *FRAUDE AOS CREDORES* 81

5.3. *RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES POR DANOS AOS CREDORES* 82

5.3.1. *ABUSO DE PODER DE REPRESENTAÇÃO* 82

5.3.2. *CONFLITOS DE INTERESSE* 83

5.3.3. *DEVER DE VIGILÂNCIA (CULPA IN VIGILANDO)* 84

5.3.4. *RESPONSABILIDADE NA DISTRIBUIÇÃO DE DIVIDENDOS* 86

5.3.5. *RESPONSABILIDADE POR NEGÓCIOS DE RISCO NAS PROXIMIDADES DA INSOLVÊNCIA* 87

5.4. *AÇÕES JUDICIAIS* 89

5.4.1. *AÇÃO POR DANO DIRETO* 89

5.4.2. *AÇÃO POR DANO INDIRETO* 90

5.5. *SOLIDARIEDADE ENTRE ADMINISTRADORES* 92

5.6. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA SOCIEDADE 93

5.7. PESSOAS EQUIPARADAS AOS ADMINISTRADORES 94

5.7.1. ADMINISTRADORES NÃO EXECUTIVOS 94

5.7.2. SHADOW DIRECTORS 95

5.7.3. RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADE DOMINADA 96

6. RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS 98

6.1. PERSONALIDADE JURÍDICA E AUTONOMIA PATRIMONIAL 98

6.2. SÓCIOS DE CONTROLE 101

6.2.1. CONTROLE CONCENTRADO 102

6.2.2. GRUPOS SOCIETÁRIOS E DOMINAÇÃO 105

6.3. RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS PERANTE CREDORES 107

6.3.1. COAÇÃO DE ADMINISTRADOR (ABUSO DE PODER) 108

6.3.2. DESVIO DE INTERESSE 109

6.3.3. LIQUIDAÇÃO DE COMPANHIA PRÓSPERA 110

6.3.4. CULPA IN ELIGENDO 111

6.3.5. DEVER DE VIGILÂNCIA 114

6.4. POSSIBILIDADE DE AÇÃO POR CREDOR CONTRA OS SÓCIOS 114

6.5. SÓCIOS MINORITÁRIOS 116

6.6. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA 117

6.6.1. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO BRASIL 119

6.6.2. PRESUNÇÃO DE CONTROLE 123

*6.7. DEFINIÇÃO DE QUADROS PARA A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA
126*

6.7.1. FRAUDE AOS CREDORES 127

6.7.2. AUSÊNCIA DE AUTONOMIA PATRIMONIAL 129

6.7.3. SUBCAPITALIZAÇÃO E DESCAPITALIZAÇÃO PROVOCADA 129

*6.8. RESPONSABILIDADE DA SOCIEDADE DOMINANTE ENQUANTO SÓCIA CONTROLADORA
134*

6.8.1. CONTROLE DE FATO E DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA 137

6.9. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DOS SÓCIOS 140

6.10. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PARA ADMINISTRADORES 142

7. CONCLUSÃO 144

8. BIBLIOGRAFIA 146

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil dos administradores e sócios pode ser estudada de diversas formas. A doutrina procura sistematizar o instituto, de modo que cada administrador e sócio responda por seus atos da forma mais adequada. Entre os doutrinadores, há quem organize o sistema de responsabilidade com base na função exercida¹. Outros diferenciam entre obrigações de proteção ao capital social e obrigações de funcionamento orgânico da sociedade². Sobre a natureza das obrigações, pode-se dividi-las em obrigações de objeto jurídico e de realização do objeto material. Dentre outras possibilidades, este trabalho se concentrará no modelo que divide as obrigações entre deveres específicos e deveres gerais³.

Além do objetivo de sistematizar as responsabilidades para o nível de estudo, há de se compreender que as mesmas fazem parte de um sistema. Este sistema é regido por princípios gerais e por normas específicas. Os deveres gerais são os princípios que devem nortear a atuação dos administradores. Eles não prevêm atos específicos, mas buscam conduzir os administradores a prossecução dos interesses da sociedade. Os deveres específicos obrigam os administradores a prática ou abstenção de atos definidos em lei. Esta diferença terá influência nas possibilidades de provas e defesas dos réus nos processos de responsabilidade.

¹ Frè G, L'organo amministrativo nelle società anonime. Roma : Soc. Editrice del Foro italiano; 1938 p. 226 et seq.; Minervini G. *Gli amministratori di società per azioni*. Milano: Giuffrè; 1956, p. 182; Franzoni M. *La responsabilità civili degli amministratori di società di capitali* in La responsabilità degli amministratori e dei sindaci. 1994, p. 8. Apud Ramos, MEG. Responsabilidade civil dos administradores e directores de sociedades anónimas, p. 74 et seq.

² Ferri G. *Manuale di diritto commerciale*. 2010, p. 398. Apud Ramos, MEG, op. cit.

³ Bonelli F. *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*. 1992, p. 2 et seq. Este último modelo também é seguido por Franzoni, op. cit.

Há de se compreender que existe um modelo sistemático comum às diversas legislações, com pequenas diferenças. Isto ocorre porque o mercado busca as soluções mais seguras e céleres para a boa governança das sociedades. Para isso, há de se ter segurança jurídica sobre as responsabilidades que administradores e sócios estão sujeitos. Esta segurança é importante para a análise econômica de investimentos, escolhas de formatos empresariais e controle dos abusos de direito. Vê-se que há maior divergência legal na delimitação dos deveres específicos. Entretanto, mesmo quando não prescritos na em lei, estes podem ser interpretados como existentes nas várias legislações, pois têm base nos mesmos princípios gerais.

Esta obra analisa as questões atinentes ao crédito empresarial, desde seu fulcro econômico até as regras de vinculação. Após conceber a formação do crédito, vê-se os deveres gerais dos administradores. Não cumpridos tais deveres, há de ser apurada a responsabilidade, desde sua forma genérica até a específica. O sistema deve ser coeso para responsabilizar cada pessoa por seus atos. Portanto, haverão responsabilidades que são atinentes a administradores, sócios, ou ambos.

Este trabalho também debate excessos que são cometidos, como o abuso da figura da desconsideração da personalidade jurídica e suas repercussões práticas. O uso de soluções excepcionais como regra é uma via perigosa que pode gerar desequilíbrios nos investimentos em empresas de certos setores, o que tende a prejudicar economia como um todo.

2. COMPOSIÇÃO DO CRÉDITO E VINCULAÇÃO DA SOCIEDADE

Neste capítulo, veremos como os administradores vinculam a sociedade frente aos credores. Analisaremos a composição do crédito do ponto de vista dos credores, destacando as espécies de créditos e garantias. Explicar-se-á como se forma o vínculo creditício entre credor e sociedade e a diferença conceitual entre credor e terceiro. Este substrato teórico será importante para entendermos porque os credores deverão ser protegidos em certas situações e não nas demais.

2.1. CRÉDITO VOLUNTÁRIO E INVOLUNTÁRIO

Uma distinção pertinente para a teoria económica do direito⁴ será sobre a diferença na qualidade dos credores por sua voluntariedade. Existirá *ex ante* a composição do crédito e justificará, tanto nos quesitos legais quanto nos quesitos ponderativos⁵, até que ponto este credor poderá ir para satisfazer seus créditos. Esta característica será analisada com a ótica no credor⁶.

Credor voluntário é aquele que sabia ou deveria saber sobre as condições da sociedade e os riscos do crédito. Possuirá condições de obter as informações necessárias para tomar uma decisão economicamente razoável, poderá requerer garantias reais ou fiduciárias, inclusive sobre o patrimônio dos sócios. Exemplo destes credores voluntários

⁴ Coase, RH. "The nature of the firm." (*economica* 4.16). 1937, pp. 386-405., desenvolveu neste artigo uma doutrina que justificará as regras de responsabilidade limitada com base na análise econômica do direito. Sobre esta doutrina, se desenvolveu escola nos EUA e Austrália. Sobre esta, refere Farrar JH. *Frankenstein Incorporated or Fools' Parliament? Revisiting the Concept of the Corporation in Corporate Governance*. *Bond Law Review*. 1998. Apud Duarte D. Aspectos do levantamento da personalidade colectiva nas sociedades em relação de domínio: contributo para a determinação do regime da empresa plurissocietária. Coimbra: Almedina; 2007, p.163.

⁵ Duarte D. 2007, op. cit. p.164 e seq.

⁶ E terá implicações na análise das situações de desconsideração da personalidade jurídica.

serão os investidores, os bancos e as seguradoras - inclusive sobre o seguro de crédito⁷.

Nos contratos voluntários é comum que uma prévia análise da situação financeira da contraparte seja feita na confecção do contrato.

A separação entre os credores voluntários e involuntários vincular-se-á à capacidade de assunção dos riscos do negócio de terceiro. O voluntário assume este risco porque acredita na negócio, enquanto o involuntário não terá a opção de não arriscar.

Embora seja esta a concepção geral, o estado será um credor involuntário ao qual possuirá garantias legais da satisfação do seu crédito⁸, não tendo as mesmas limitações dos demais credores involuntários⁹. Os demais credores involuntários não terão poder de barganha frente a sociedade.

Ao contratar com a sociedade, os credores deverão verificar os riscos do negócio. Negocia-se tendo ciência somente do modelo de negócio que impera atualmente na sociedade contratante. A partir da assinatura do contrato, o credor não deverá ter maiores ganhos, motivo pelo qual seu crédito pode apenas se reduzir¹⁰.

Ainda no momento pré-contratual, o credor voluntário deverá ter acesso a informação acurada e suficiente para viabilizar o negócio. Declarações e omissões feitas na fase pré-contratual podem ensejar a responsabilização do sócio ou administrador que

⁷ O objeto básico do seguro de crédito é a cobertura financeira dos negócios das empresas, mitigando seus riscos. Atuam sobre o pressuposto de terem uma maior capacidade técnica e equipe especializada para fazer a análise de risco de crédito para as empresas.

⁸ Com a possibilidade de editar as próprias leis, poderá estabelecer regimes de responsabilidade específica de sócios e administradores frente ao estado. Estes regimes não serão o foco desta obra. Sobre este tópico, já referi na obra "Aspectos tributários da lei de falências e recuperação judicial", Hendel Machado (2007).

⁹ Mülbart, PO. A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection - Or a High-Level Framework for Corporate Creditor Protection (SSRN Scholarly Paper No. ID 883625). New York: Social Science Research Network, Rochester; 2006. p. 370.

¹⁰ Mülbart, PO. 2008, op. cit. p. 371.

proferiu as falsidades ou omitiu dados¹¹. Com base nestes dados, o credor decidirá contratar com a sociedade, situação em que saberá dos riscos atuais, mas não terá acesso a riscos futuros.

Se os riscos futuros são imprevisíveis¹², há por certo três ocasiões em que tais riscos vão levar a empresa à insolvência e, conseqüentemente, diminuir o valor do crédito dos credores: (I) situações de mercado, como o aumento dos custos de produção, queda do mercado e negócios malsucedidos; (II) comportamento oportunista e de risco pelos administradores e sócios ligados à falta dos cumprimentos dos padrões de conduta requeridos pelo dever de lealdade e dever de cuidado, distribuição de dividendos acima dos lucros da empresa, assunção de estratégia comercial de alto-risco¹³, o pagamento antecipado de crédito de longo prazo quando não houver necessidade para tal e puser em risco a estabilidade financeira da empresa ou a reaquisição de ações pela empresa¹⁴; e (III) por ocasiões imprevisíveis de mercado, como crises económicas ou setoriais, variação de custo de crédito ou falências de terceiros que possam prejudicar diretamente a consistência económica da sociedade.

Os créditos voluntários e involuntários serão constituídos em diferentes formas contratuais. O credor voluntário terá maior capacidade de barganha, o que lhe permitirá escolher garantias creditícias. É o caso de garantias reais, como o penhor, a hipoteca ou a fiança. Esse poder de barganha da parte também deve ser considerado quando da

¹¹ Bainbridge, SM. *Abolishing Veil Piercing*. (SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network), 2000, p. 52. Apud, Mülbart PO. 2008, op. cit. p. 371. Tal responsabilização dependerá de prova.

¹² Keynes JM. *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda*. Lisboa: 1936.

¹³ Ao menos o aumento considerável de risco inicial da empresa, como a troca de garantias por créditos voláteis, continuar a negociar nas proximidades da insolvência quando não houver possibilidade razoável de evitá-la. Mülbart PO. 2008., op. cit., p. 372. lembra que não são quaisquer negócios nas proximidades da insolvência que aumentarão o risco que a empresa já sofre.

¹⁴ Mülbart PO. 2008., op. cit., p. 371-372 cita Enriques, L, Macey, JR. "*Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules*". (Cornell Law Review 86) 2001 2000, p.1165-68.

avaliação dos meios de satisfação do crédito à *posteriori*. Estas garantias são importantes em situações de pouco oportunismo, o qual se reflete em pequenas perdas da sociedade por atuar abaixo dos padrões médios de conduta¹⁵.

De forma geral, os riscos dos credores involuntários serão similares aos dos voluntários.¹⁶ A grande diferença será que o credor involuntário normalmente não terá maiores garantias. Sua garantia contratual será, em tese, o cumprimento do contrato e a solvência da empresa. Este credor raramente poderá optar por formas de garantias reais. Quando não houverem outras garantias, será tratado por “credor quirografário”. As diferentes qualidades de credores podem refletir no concurso de créditos, em um primeiro momento durante a vida da sociedade e posteriormente nos casos de falência¹⁷.

Há três formas de garantir um contrato: conseguir garantias reais, avalistas ou contratar um seguro de crédito. Desde a obtenção de informações até o contrato de seguro de crédito¹⁸, estas garantias tem um custo financeiro que estarão acessíveis a poucos credores e sociedades¹⁹. Essas garantias dependerão do poder de barganha do futuro credor.

Teoricamente admite-se que o credor voluntário, por ter capacidade jurídica de se precaver, não deveria estar amplamente coberto pelos institutos de responsabilização dos administradores ou sócios. Assim sendo, perante atos lícitos, suas justificativas para

¹⁵ Mülbert, PO. 2006., op. cit., p. 378.

¹⁶ Mülbert PO. 2008., op. cit., p. 373.

¹⁷ Mais informações sobre concurso de credores na falência podem ser encontradas em Machado, H. Aspectos Tributários da Lei de Falências. UFRGS, 2007.

¹⁸ Os riscos de crédito empresarial podem ser cobertos pelos seguros de crédito. Dentre os riscos seguráveis, figuram os de falência, mora, rescisão injustificada e alguns riscos de natureza política. Trata-se de alternativa de alto custo para credores e sociedade. Os recentes desenvolvimentos econômicos levam a crer que os seguros de créditos são avalizadores de risco. Para maior substrato teórico, ver Mulbert, p. 380 e ss.

¹⁹ Mülbert, PO. A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection - Or a High-Level Framework for Corporate Creditor Protection (SSRN Scholarly Paper No. ID 883625). New York: Social Science Research Network, Rochester; 2006. p. 379.

pleitear a desconsideração da personalidade jurídica para satisfazer seus créditos junto aos sócios deveriam ser menos amplas²⁰. Os atos ilícitos ainda sujeitariam os agentes às suas devidas responsabilidades.

Outrossim, os credores voluntários poderiam utilizar-se das regras de responsabilidade dos administradores, sócios e desconsideração da personalidade jurídica frente inclusive a atos lícitos. Entretanto, deverão estar dentro das possibilidades estudadas dentro desta obra. Há corrente doutrinal que entenda pela responsabilidade irrestrita frente aos credores involuntários²¹, porém sem êxito.

2.2. REPRESENTAÇÃO E VINCULAÇÃO

Os administradores terão poderes de representação da sociedade. A representação integra os poderes executivos. A princípio, todos os administradores executivos terão os mesmos poderes, na forma que serão todos representantes da sociedade²².

A sociedade vincula-se por atos jurídicos de seus órgãos de administração e representação. A lei determina como funciona a representação²³, inclusive perante terceiros. Entretanto, não se pode confundir a representação orgânica com as regras gerais de representação. Sequer a representação será idêntica à vinculação, embora se

²⁰ Duarte D. Aspectos do levantamento da personalidade colectiva nas sociedades em relação de domínio: contributo para a determinação do regime da empresa plurissocietária. Coimbra: Almedina; 2007. p. 164.

²¹ Hansmann H., Kraakman R. The End of History of Corporate Law. 2000. [Harvard.edu]. p. 34-36. cita obra que defende a abolição da responsabilidade limitada Hansmann H, Kraakman R. Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts. Yale Law Journal. 1991. p. 1879 et seq. Para outra visão, ver também Mendelson N. A Control-Based Approach to Shareholder Liability. 2001. p. 2.

²² Há momentos em que os poderes de representação podem ser perdidos por um administrador. Por exemplo, quando este integrar comissão de auditoria em Portugal (art. 423-B e ss.), conforme destaca Abreu JMC. Curso de direito comercial: Das sociedades. Coimbra: Almedina; 2011. p. 597.

²³ Em Portugal, nos arts. 192º, 1, 252º, 1, 405º, 2 do CSC, inclusive na representação perante terceiros (art. 431º, 2). No Brasil, arts. 1060, 997 do Código Civil.

confunda na maior parte dos casos. Em situações excepcionais, órgão deliberativo interno, fiscal ou os próprios sócios poderão ter poderes de representação específicos²⁴.

Os atos de vinculação podem ser não escritos²⁵ ou escritos. A vinculação por atos escritos dependerá da assinatura dos administradores, podendo ser acompanhado da referência expressa ao cargo ou à vinculação da empresa²⁶. Esta interpretação mais ampla tende a evitar problemas formais²⁷, embora haja dissidência. Em geral, os créditos serão escritos, seja na forma de contratos, títulos de crédito e suas respectivas garantias.

A empresa poderá ser representada por administrador único ou múltiplos. Quando houver mais de um administrador, deverá ser adotado um método de representação, o qual pode ser disjunto ou conjunto (podendo este último exigir representação majoritária ou minoritária). A forma de representação poderá estar prescrita em lei ou estatuto²⁸.

Na representação disjunta, todos os administradores representam a sociedade, isoladamente. Isto não impede que mais de um possa subscrever o ato, mas implica em aceitar que apenas um administrador seja o suficiente para vincular a sociedade. Estima-se que esta solução ofereça maior agilidade nos processos vinculativos da sociedade em detrimento de maior segurança interna²⁹.

Na representação conjunta, mais de um administrador deverá representar à sociedade no ato. A representação conjunta dará maior segurança interna aos atos, pois estará vigorando o dever de fiscalização dos atos³⁰. Poder-se-á exigir qualquer número de administradores, até o limite da composição societária (porém, as legislações nacionais

²⁴ Abreu JMC. 2011. op. cit. p. 584 et seq.

²⁵ Tácitos ou expressos - art. 217 do Código Civil de Portugal.

²⁶ Arts. 260, 4 e 409, 4 do CSC.

²⁷ Abreu JMC. 2011. op. cit., p. 587 et seq. nomeia exemplos nos quais pode-se presumir tacitamente a qualidade de administrador.

²⁸ Abreu JMC. 2011. op. cit., p. 589.

²⁹ Idem.

³⁰ Idem.

podem determinar limites mínimos e máximos, tanto para atos específicos como para a generalidade destes). Podem também ser estabelecidas regras diversas conforme a natureza do ato vinculativo a ser praticado.

A exemplo, pode o estatuto exigir a representação de todos os administradores para vincular a sociedade em casos de alienação de património, porém estabelecer que os contratos normais da atividade objeto da empresa possam ser vinculantes com a representação disjunta.

As regras de vinculação não são regras de proteção aos credores, mas de proteção à sociedade frente a um abuso de representação por parte dos administradores. Entretanto, tem relevância sobre os créditos da sociedade pelo fato de poder ser oposta aos credores. A questão essencial é determinar quando as regras de vinculação são oponíveis aos credores.

No Brasil, elas poderão ser opostas aos credores em três situações³¹: (I) quando a limitação de poderes estiver escrita ou averbada no registro da sociedade; (II) quando o terceiro souber da limitação de poderes; ou (III) quando a operação for estranha aos negócios da sociedade.

A vinculação no Brasil é presumivelmente disjuntiva, mas os estatutos podem prever a conjunção³². Em Portugal, a regra geral é de vinculação conjuntiva é que a maioria dos administradores vincule a sociedade³³, podendo o estatuto definir número menor para a vinculação. A vinculação a menor decorre da primeira directiva da união europeia em sociedades³⁴. Entretanto as regras estatutárias de redução de poderes dos

³¹ Art. 1.015, parágrafo único do Código Civil Brasileiro.

³² Art. 1.015 do Código Civil Brasileiro.

³³ Sociedade por quotas, art. 261, 1. Sociedade anónima, art. 408, 1 do CSC.

³⁴ 68/151/CEE, art. 9^a, 3.

administradores são inoponíveis a terceiros, tendo apenas efeitos internos³⁵. Nestas circunstância, somente as regras que aumentem os poderes dos administradores - e, por conseguinte, reduzam o quorum vinculativo - são oponíveis a terceiros³⁶ - categoria em que se insere a maior parte dos credores.

Porém, mesmo pela vertente que julga como não oponível a terceiros, a cláusula que determine a conjunção majoritária reforçada ou integral terá eficácia interna. Esta eficácia estará ligada à responsabilidade civil dos administradores por abuso de poderes de representação³⁷. Na sociedade por quotas, esta mesma cláusula terá plena eficácia³⁸.

Sob o sistema de vinculação conjuntiva, um ato insuficiente pode ser ratificado à *posteriori*³⁹. Os efeitos práticos destes são importantes para a responsabilidade dos administradores. Todos que ratificarem estarão por aprovar o ato, podendo ser responsabilizados. Da mesma forma, o ato ratificado ensejará a responsabilidade solidária da sociedade⁴⁰.

Uma cláusula que não disponha sobre os poderes gerais de representação será inoponível perante terceiros na união europeia. Exemplos são as cláusulas que atribuam poderes especiais de vinculação para “atos de mero expediente” ou para

³⁵ Previstas no nº 2 do mesmo artigo 9, cfr. Martins AS. Os Poderes de Representação Dos Administradores de Sociedades Anónimas. Coimbra: Coimbra Editora; 1998. p. 106 et seq.

³⁶ Abreu JMC. 2011., op. cit., p. 590.

³⁷ Capítulo 5.3.1.

³⁸ Abreu JMC. 2011., op. cit., p. 592. Santo JE. Sociedades por quotas e anónimas: vinculação: objecto social e representação plural. Coimbra: Almedina; 2000. p. 477-495. Martins AS., op. cit., p. 482.

³⁹ Arts. 261, 1 e 408 1 do CSC. Abreu JMC. 2011., op. cit., p. 602, o qual defende a liberdade de forma, podendo a ratificação ser inclusive tácita, devendo apenas subscrever a ratificação os gerentes que não o fizeram. De outra senda, Martins AS, op. cit., 1998, p. 124., Ventura R. Responsabilidade civil dos administradores de sociedades por quotas: estudo comparativo dos direitos alemão, francês, italiano e português. Lisboa: 1970. p. 191. e Santo JE., op. cit., p. 473, entendem que deva ter a mesma forma exigida para o ato ratificado. Domingues PT. A vinculação das sociedades por quotas no Código das sociedades comerciais. Coimbra: Coimbra Editora; 2004. p. 300, entende que a maioria dos gerentes deve ratificar o ato, incluindo os que já subscreveram.

⁴⁰ Ver capítulo 5.7.

“administradores-delegados”⁴¹, as quais terão eficácia meramente interna⁴². Por outro lado, cláusulas subjetivas - como a que reduza o quorum se um administrador específico representá-la - são aceitas como oponíveis a terceiros⁴³. No Brasil, não há distinção na lei, sendo ambas oponíveis quando constarem no contrato social.

A princípio, todos os atos praticados pelos administradores inseridos dentro do que a lei lhes atribui vinculam a sociedade. Há poucas circunstâncias constantes no contrato social que poderão ser oponíveis a terceiros, como as cláusulas subjetivas de vinculação, os limites do objeto social (depende de prova)⁴⁴. Frente a sócios e administradores, as cláusulas estatutárias são oponíveis⁴⁵.

Da mesma forma, as deliberações dos sócios e de órgãos das sociedades serão inoponíveis a terceiros, mesmo quando limitem o poder de vinculação dos administradores. Resumidamente, quando sócios ou administradores tiverem o dever de conhecer a deliberação, não poderão ser considerados terceiros⁴⁶.

⁴¹ Seguindo a 1ª diretiva, Portugal incluiu o Art. 409, 1 ao CSC.

⁴² Martins AS., op. cit., p. 376 et seq. destaca que, se as delegações fossem oponíveis a terceiros, o terceiro teria de solicitar a copia de todas as atas da sociedade, que provassem a delegação de um administrador e a eventual não substituição. Por ser uma situação complicada na prática, é mais simples que a eficácia destas delegações seja tão-somente interna. De acordo, Coutinho de Abreu (2011, p. 597). Santo JE., op. cit., p. 492. dá soluções alternativas.

⁴³ Abreu JMC. 2011., op. cit., p. 594 et seq. A inoponibilidade tem base nas directivas supracitadas.

⁴⁴ No caso das sociedades anónimas e por quotas, somente poderá ser oposta se o terceiro não poderia ignorar que o negócio não interessava ao objeto social da empresa e os sócios não tiverem ratificado o ato. Dependerá de prova. Abreu JMC. 2011., op. cit., p. 194 et seq. Domingues PT., op. cit., p. 288 et seq. reconhece que a prova necessária não será de fácil obtenção. Como destaca Bonelli F. Gli amministratori di S.P.A.: dopo la riforma delle società. Giuffrè, Milano: 2004. p. 91., que, conforme. art. 2384 do C. Civil Italiano, tal prova do conhecimento poderá ser reconhecida pela presunção de que o terceiro deveria conhecer. É o que ocorre nos casos em que o terceiro é sócio, ex-sócio, administrador ou ex-administrador (por exemplo), nos quais se presume que o conhecimento fosse detido.

⁴⁵ Mesmo quando credores, não serão terceiros para tal efeito. É um sacrifício que não se justifica. Cfr. Ventura R., op. cit., p. 173. Martins AS., op. cit. p. 191. Abreu JMC. 2011., op. cit., p. 609 excetua os sócios não-fundadores ou não-participantes das alterações estatutárias que criaram as regras limitadoras dos poderes de vinculação.

⁴⁶ De forma mais detalhada, Abreu JMC, 2011, op. cit., p. 611-612, analisa todos os aspectos.

Quando a cláusula de vinculação for oponível, ao credor restará somente a opção de interpor ação direta contra administrador que vinculou a sociedade com base na responsabilidade advinda da não observância dos limites do mandato⁴⁷.

2.2.1. DELEGAÇÃO DE PODERES

Funções podem ser delegadas a administradores específicos. Entretanto, o encargo especial não excluirá a competência dos outros administradores⁴⁸. Importa dizer que, por mais que um administrador esteja encarregado de função específica, aos outros caberá a fiscalização do seus atos. De outra senda, os demais administradores permanecem com poderes de vinculação sobre a área delegada, salvo disposição estatutária ou decisão de órgão em sentido contrário.

Entende-se que a delegação apenas estende os deveres do administrador⁴⁹. Desta forma, o administrador encarregado de uma função específica será presumivelmente culpado pelos atos tomados neste âmbito.

As leis, entretanto, não especificam como deverá funcionar a troca de informação dentro dos conselhos e diretorias. A definição do funcionamento orgânico será gerida por cada sociedade de forma específica. Sobre o controle financeiro, há quem entenda que seja mais relevante para os administradores sem função específica⁵⁰.

A solução da União Europeia em dispor que cláusulas objetivas não possam ser opostas frente aos terceiros tem o viés de oferecer maior segurança jurídica aos contratos

⁴⁷ Ver capítulo 3.5.1.

⁴⁸ Art. 407 do CSC.

⁴⁹ Nunes PC. Dever de gestão dos administradores de sociedades anónimas, Teses. Coimbra: Almedina; 2012. p. 514.

⁵⁰ Idem, p. 510 et seq. cita Eisenberg, MA. *The Structure of the Corporation: a Legal Analysis*. (Washington, D.C.: Beard Books) 2006, p. 164-211 e Hefermehl, W, Spindler G. *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz Bd. 3 Bd. 3*. Münchener Kommentar zum Aktiengesetz. München: Beck, 2004. §91.

estabelecidos no seu âmbito. É uma lição que o judiciário brasileiro poderia utilizar-se para estabelecer critérios. Entretanto, o próprio judiciário português é confuso ao adotar a concepção de que basta a assinatura de um administrador para vincular a sociedade - i. é, adota a representação por disjunção mesmo quando vigora a conjunção⁵¹.

No debate, há a oposição entre a proteção aos terceiros de boa-fé contra a segurança jurídica interna da empresa (e as formas de controle de atos eleitas por esta ou dispostas em lei). Por mais que se admita que as disposições estatutárias apliquem-se só no âmbito de responsabilidades internas, parece-nos evidente que a lei aplicar-se-á a todos⁵². E se assim não fosse, as leis sequer possibilitariam a vinculação através da conjunção.

2.3. CREDITORES E TERCEIROS

As legislações utilizam-se de termos para designar os sujeitos de direitos específicos. No que tange ao nosso interesse, credores e terceiros são os termos usuais e aos quais referenciaremos no âmbito desta obra.

Os credores serão todos aqueles com os quais a sociedade tem créditos exigíveis. Já os terceiros serão todos os sujeitos que não integram a sociedade. Dos terceiros exige-se o conhecimento da lei, não dos estatutos ou decisões internas da empresa contraparte. Diversas vezes as qualificações se sobreporão. Porém, não sempre.

Sócios ou administradores podem ser credores, mas serão considerados terceiros? Há doutrina que responde positivamente a esta pergunta. Entende que o sócio ou administrador, quando credor, não está atuando em nome da sociedade, condição que fará com que seja terceiro. Especialmente sob o efeito da 1ª diretiva sobre sociedades,

⁵¹ Abreu JMC. 2011., op. cit., p. 599. nota 325, destaca alguns acórdãos e doutrina que defendem esta ideia.

⁵² Neste sentido, grande parte da doutrina, conforme idem, p. 599 et seq. Martins AS., op. cit., p. 118. Oliveira AC. Scientia Iuridica: revista trimestral portuguesa e brasileira. Braga: U.M; 1951. p. 477 e outros.

afirma-se que a mesma visa estabelecer critérios seguros e céleres para a contratação com as sociedades, independente do sujeito⁵³.

Entretanto, os sócios e administradores não devem ser considerados terceiros na verificação de oponibilidade de cláusulas estatutárias⁵⁴. Há na directiva uma presunção⁵⁵ de desconhecimento do estatuto. Porém, esta presunção não é verdadeira para administradores e sócios, pois estes conhecem ou devem conhecer o conteúdo do estatuto social. Aos administradores, especialmente, tem estes o dever de lealdade em cumprir com os estatutos e observar seus poderes, de modo que tal presunção é oposta ao seu dever.

Podemos concluir que as disposições que aduzam direitos a terceiros muitas vezes não serão extensíveis aos sócios e administradores na qualidade de credores. Da mesma forma, nem todos os terceiros serão credores. Embora as terminologias se entrelacem em muitos casos, não tem o mesmo significado.

⁵³ Posição defendida por Domingues PT., op. cit., p. 293 et seq.

⁵⁴ Ventura R., op. cit., p. 173. Martins AS., op. cit. p. 191., Abreu JMC, 2011., op. cit., p. 609.

⁵⁵ Bonelli F., op. cit., p. 91. já refere sobre as presunções de conhecimento e desconhecimento de cláusulas estatutárias.

3. OS DEVERES DOS ADMINISTRADORES

Os deveres dos administradores podem divididos entre legais genéricos e específicos⁵⁶. Estes deveres terão natureza fiduciária⁵⁷. Enquanto a maioria da doutrina entende que ambas as espécies de deveres conduzem a responsabilidade de mesma natureza, Menezes Cordeiro⁵⁸ entende os deveres gerais são obrigacionais, enquanto os específicos conduzirão à responsabilidade delitual.

Os deveres dos administradores são considerados contratuais quando advindos da relação de administração. Isto não dependerá da linha adotada na concepção da relação de administração, pois, se considerarmos a posição contratualista, serão os deveres previstos neste contrato e, por conseguinte, no estatuto. De outra senda, se considerarmos a relação de administração como designação unilateral por parte da sociedade, ainda assim deve se interpretar como “deveres legais contratuais” os previstos no estatuto, o qual é inúmeras vezes referenciado como “contrato social”⁵⁹.

⁵⁶ Em Portugal, Abreu JMC, Responsabilidade Civil dos Administradores. 2ª ed. Coimbra: Almedina; 2010. Na Itália, Bonelli F. *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*. Milão: Giuffrè; 1992. p. 4. Na Espanha, Llebot O. Los deberes de los administradores de la SA. Madrid; 1996; e Velasco E, El poder de decisión en las sociedade anonimas. 1982, 501 et seq.

⁵⁷ Dignam A & Lowry J. *Company law*. 7th ed. Core Text Series. Oxford: University Press; 2012. p. 273, 300. Salomão Filho C. O novo direito societário. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores; 2006. p. 169. Barreiros F. Responsabilidade civil dos administradores: os deveres gerais e a corporate governance. Lisboa: Wolters Kluwer Portugal-Coimbra Editora; 2010. p. 40.

⁵⁸ Cordeiro AM. Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais. Lisboa: LEX; 1997. p. 494.

⁵⁹ Interpretação apresentada por Abreu JMC. Responsabilidade civil dos administradores de sociedades. Coimbra: Almedina; 2010. p. 43. Destaca ainda aspectos relativos a antiga redação do artigo em Portugal.

Deveres dos administradores estão prescritos em diversos sistemas legais, a exemplo de Brasil⁶⁰, Portugal⁶¹, Espanha⁶², Alemanha⁶³, Itália⁶⁴ e Estados Unidos⁶⁵. A precursora influência norte-americana na matéria foi notável⁶⁶.

A doutrina majoritária⁶⁷ admite a existência do dever de lealdade e do dever de cuidado, pois ambos são fundamentais a boa governação das sociedades. Estes deveres têm conteúdo regulador de conduta, orientações de comportamento e princípios gerais de ética⁶⁸ no desenvolvimento da atividade empresarial.

A essência da fixação de deveres de natureza ética tem o viés de equacionar uma desproporção existente entre os fins econômicos e poderes jurídicos de administradores e sócios. Portanto, os detentores do poder terão de cumprir com deveres jurídicos de natureza ética e respeitar a separação patrimonial.⁶⁹

⁶⁰ Lei das Sociedades por Ações brasileira, artigos 153º (dever de cuidado), 155º (dever de lealdade), 151º (sigilo) e 157º (informar-se).

⁶¹ Código de Sociedades Comerciais, artigo 64º.

⁶² Ley de Sociedades Anónimas (26/2003), artigo 127º.

⁶³ Aktengesetz, artigo 93º, parágrafos 2 e 3.

⁶⁴ art. 2380º, nº 1, e art. 292º do Codice Civile. Vide Bonelli F, op. cit. 2004. p. 323.

⁶⁵ Há previsão legal, vide The American Law Institute. Principles of Corporate Governance: Analysis and recommendations. Vol. I, 1994. Há normatização dos deveres no UK Companies Act 2006, secção 10 Dignam A, op. cit., 2012. p. 331.

⁶⁶ Esta influência já foi devidamente estudada por outros autores, a exemplo de Abreu JMC, op. cit. 2010, p. 14 et seq., Caetano Nunes *Corporate Governance*. Almedina: Coimbra; 2006. p. 17 et seq. e Barreiros F., op. cit. 2010, p. 38 et seq.

⁶⁷ Há doutrinadores que fazem diversas formulações dos deveres ao incluir os seguintes deveres: de diligência (Barreiros F., op. cit.); de cumprir com o interesse social (Frazão A. Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As. Rio de Janeiro: Renovar; 2011.); de agir dentro dos poderes; promover o sucesso da companhia; julgamento independente; e de não aceitar benefícios de terceiros (Dignam A, op. cit., p. 333 et seq.). Entretanto, dentro destas formulações em três ou mais deveres encontram-se preceitos que estão já incluídos no deveres gerais de cuidado e lealdade. Nos exemplos dados, o dever de diligência, agir dentro dos poderes e de promover o sucesso da companhia podem ser incluídos no dever de cuidado. O dever de lealdade se desdobrará também nos deveres de não aceitar benefícios de terceiros, fazer julgamento independente e observar o interesse social.

⁶⁸ Barreiros F., op. cit. p. 37.

⁶⁹ Salomão Filho C. O novo direito societário. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores; 2006. p. 69.

A observância dos deveres gerais no Brasil é fraca, dado uma descrença da doutrina sobre a utilidade destes deveres. Como consequência, não há grande incidência de ações de responsabilidade de administradores com base em deveres gerais⁷⁰, o que dá grande liberdade ao atuar dos administradores neste país.⁷¹ As sociedades costumam configurar-se com um poder concentrado no sócio controlador, fazendo com que exista uma interpretação da organização social a partir da estrutura da separação de poderes⁷².

Doutrina e jurisprudência brasileiras demonstram ceticismo para reconhecer os deveres dos administradores. Em oposição, a doutrina internacional tem reforçado os deveres de administradores e sócios para que o atuar dos detentores de poder seja economicamente responsável. Trata-se de um desequilíbrio que deve ser corrigido.

Os deveres de lealdade e cuidado devem ter importância primária para a responsabilização de administradores e sócios perante a própria sociedade. Somente em circunstâncias específicas aplicar-se-ão para a responsabilidade perante os credores⁷³.

São regras que referem a deveres negativos do administrador. Mesmo quando há imposição positiva, o critério de conduta será limitado de forma negativa.⁷⁴

⁷⁰ O superior tribunal de justiça julgou poucos casos cuja argumentação remeta aos deveres gerais. Nestes, a maior parte do debate serviu-se acerca da legitimidade ativa de acionistas minoritários. A estes, o tribunal vota pela ilegitimidade. Há uma manutenção das relações de poder dentro das sociedades.

⁷¹ Salomão Filho C., op. cit., cita Esterbrook F., Fishcel D. The economic structure of corporate law. Cambridge: Harvard University; 1991, p. 94 et seq.

⁷² Salomão Filho C. op. cit., 2006 p. 71.

⁷³ Vide capítulo 4.

⁷⁴ Salomão Filho C., op. cit. cita Frontini PS. "Responsabilidade dos administradores em face da nova lei das sociedades por ações." *Revista de Direito Mercantil, Nova Série, Ano XVI* 26, 1977; Carvalhosa, MSB. *Comentários a Lei de Sociedades Anônimas*. São Paulo: Saraiva; 2009, p. 229; Guerreiro JAT. "Responsabilidade dos administradores de sociedades anônimas." em *Revista de Direito Mercantil, Industrial, Econômico e Financeiro* 42; 1981,p. 73. Guerreiro defende que a definição do objeto social e do interesse social são as únicas restrições a liberdade administrativa.

3.1. DEVER DE CUIDADO⁷⁵

O dever de cuidado está intimamente conectado à competência do administrador, o qual deve ter o conhecimento (*know-how*⁷⁶) suficiente para poder tomar as decisões relevantes da sociedade de modo coerente, prudente e informado. Este dever tem a função de zelar pelo interesse social⁷⁷, expressão do interesse comum dos sócios e do interesse da companhia.

O dever de cuidado foi amplamente desenvolvido EUA (Duty of Care)⁷⁸, com importantes avanços na Alemanha sob o nome de dever de diligência⁷⁹. A legislação portuguesa imporá a responsabilidade dos membros da administração de tomar decisões de forma criteriosa e ordenada (CSC, art. 64, 1,a)⁸⁰, no mesmo sentido que será na legislação brasileira (LSA, art. 153)⁸¹. Embora as redações legais tenham diferença, é possível e recomendável que seja feita a mesma leitura para os institutos.

⁷⁵ Poderá ser encontrado na doutrina também sobre a nomenclatura de dever de diligência, caso em que comportará a mesma gama de deveres.

⁷⁶ Dignam A & Lowry J. op. cit., p. 359 lembram que a Secção 174(1) do Companies Act (2006) prevê o dever dos administradores de exercitarem suas tarefas com cuidado, habilidade e diligência, o que significará dizer (174(2)) que serão exercidos por pessoa que tenha o conhecimento geral, habilidade e experiência para a função.

⁷⁷ Ramos, MEG. Responsabilidade civil dos administradores e directores de sociedades anónimas perante os credores sociais. Coimbra: Coimbra Editora; 2002. p. 99, destaca o entendimento da doutrina italiana, cujo o “último objetivo de uma gestão diligente é a realização do interesse social”. Não deve ser confundido com o interesse social da comunidade onde a empresa tem sede.

⁷⁸ Carvalhosa SMB. Comentários à Lei de Sociedade Anónimas, 2003, v. III, p. 265, afirma que a concepção do dever de cuidado norte-americano terá influência direta na postura adotada pelo legislador brasileiro, o que verifica-se inclusive do uso da expressão no artigo. Dignam A & Lowry J. op. cit. 2012, p. 359 et seq.

⁷⁹ Frazão A., op. cit., 2011. p. 330, entende que o padrão do comerciante criterioso e ordenado adotado terá influência direta do modelo alemão para o dever de diligência.

⁸⁰ Código de Sociedades Comerciais português, art. 64, 1:

“Deveres Fundamentais: 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;

⁸¹ Lei das Sociedades por Ações brasileira, “Art. 153. 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.”

Nos EUA, a redação atual do dever de cuidado tem por base os mesmos conceitos de do gestor com conhecimento, habilidade e experiência que já existia desde o Insolvency Act de 1986. Neste último, o conceito idêntico era utilizado para definir uma conduta negligente dentro de casos de “*wrongful trading*”⁸². Pode-se inferir que tal concomitância conceitual tem o viés de dar a mesma solução jurídica para o dever de cuidado perante a sociedade e perante os credores sociais.⁸³

O dever de diligência estará desvinculado da noção de *bonus pater familias*, um padrão que fora utilizado anteriormente⁸⁴. A responsabilidade dos administradores pelo cumprimento do dever de cuidado será limitada pela *business judgment rule*⁸⁵. Dentro da expressão do dever de cuidado, esta regra estipula que o administrador cuidadoso e diligente agirá com base em um processo decisório razoável e, preferencialmente, chegará a uma decisão razoável.

A partir da inserção da *business judgment rule*, o dever de cuidado passa a ser visto como simples dever de agir com cuidado (*act with care*). Na etimologia inglesa, divergir dos significados de “cuidar de” (*care for*) ou de vigiar (*take care of*) os interesses alheios⁸⁶. Sendo assim, cumprir com o dever de cuidado será agir com razoabilidade, o que não implica em observar fielmente aos interesses dos sócios.

⁸² Dignam A., op. cit. 2012, p. 361.

⁸³ Destacam-se também referências legais dos § 70 (1) da lei austríaca, art. 129, 5 da lei holandesa, sec. 172 do Companies Act (2006) do Reino Unido e de alguns estados dos EUA. Cfr. o capítulo 4.

⁸⁴ Ribeiro RV. *Dever de diligência dos administradores de sociedades*. Quartier Latin; 2006, p. 217, percebe que há uma tendência ao abandono do critério com base na concepção do “bonus pater familias” em sua análise do direito comparado.

⁸⁵ Sobre a *Business judgment rule*, cfr. capítulo 3.1.2. Cebriá LH. El Deber de Diligente Administración En El Marco de Los Deberes de Los Administradores Sociales. La Regla Del Buen Juicio Empresarial.” *Revista de Derecho Mercantil* . 2009, p. 116), cita BAUMS, Bericht der Regierungskommission Corporate Governance, Colonia, 2001, LUTTER, Die Business Judgment Rule und ihre praktische Anwendung, ZIP, 28 2009, pp. 841 e ss, FLEISCHER, Die Business Judgment Rule: Vom Richterrecht zur Kodifizierung, ZIP 25, 204, pp. 685 e ss.

⁸⁶ Johnson L. Rethinking Judicial Review of Director Care. *Del. J. Corp.* 1999;24(787). Em sentido contrário, Nunes PC. Dever de gestão dos administradores de sociedades anônimas, Teses. Coimbra: Almedina, 2012. p. 493-494, entende que será impossível desassociar os deveres de cuidado e vigilância do cuidado ao interesse de outrem.

Em essência, o dever de cuidado será cumprido quando o processo decisório for informado, investigado e chegar a uma decisão razoável⁸⁷, o que é compatível com o critério de gestor criterioso e ordenado⁸⁸.

Há autores que entendem que ao dever de cuidado estarão incorporadas regras técnicas⁸⁹, inclusive de gestão da pessoa coletiva. Sobre a competência, certo é que o administrador deva conhecer a atividade e ter competência técnica adequada à função exercida⁹⁰. O nível de exigência dos administradores será, até certo âmbito, proporcional ao seu conhecimento: se exigirá mais do administrador técnico do que do administrador não-executivo. Relativamente aos administradores técnicos, haverá uma exigência especial de cuidado com a sua área de atuação e função, o que não derogará dos demais a função de vigilância sobre as decisões do administrador especializado.

Entretanto, sopesa-se o fato de que o judiciário não está preparado para julgar as melhores técnicas empresariais. Alias, possivelmente sequer deva fazê-lo...

3.1.1. DEVER DE INFORMAÇÃO

O administrador estará incumbido de informar-se adequadamente antes de tomar qualquer decisão. Exige-se que adote as medidas necessárias para evitar decisões erradas que possam trazer danos à sociedade e a terceiros. O administrador também terá o dever de investigar os erros ou omissões na informações obtidas. Quando necessário, a

⁸⁷ Construção Estadunidense

⁸⁸ Critérios comuns da legislação Portuguesa e Alemã.

⁸⁹ Caetano Nunes, *Corporate Governance*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 473, o qual cita também SEMLER, Johannes, "Die Unternehmensplanug...", 1983, p. 13.; LUTTER, Marcus, "Unternehmensplanug..." 1991, p. 251; e MONTEIRO, Jorge Sinde, *Responsabilidade...* p. 388

⁹⁰ Termos que podem ser verificados do art. 64 do CSC Português.

assistência investigativa deverá ser solicitada⁹¹. Este dever deriva-se diretamente do dever de cuidado, sendo parte integrante deste.

O nível de informação requerido estará diretamente ligado ao acesso à informação e limitado pelo tempo. O processo de investigação da informação também será afetado pelo tempo; quanto maior for o espaço temporal para a tomada da decisão, melhor deverá ter sido o processo investigativo.

Embora a exigência de que seja obtida a informação adequada a decisão, as variáveis (acuidade e tempo) dificultam a apreciação prática do dever. O que pode-se dar certeza é que o administrador que tomar uma decisão desinformada estará descumprindo com o dever de cuidado. Também é certo que, sem as informações básicas ao negócio, também o dever será violado. As decisões desinformadas ou sem o nível mínimo de informação serão presumivelmente irrazoáveis⁹².

Do contrário, sempre que o administrador cumprir com o processo investigativo, perante terceiros serão presumidos a diligência e o cumprimento ao dever legal⁹³. A análise a respeito do que será uma informação “suficiente” é de difícil verificação pelo judiciário, permitindo-se a este determinar o descumprimento do dever frente a informação falsa ou tomada de decisão desinformada.

O dever de cuidado não excluirá o dever de agir. O administrador deverá gerir a empresa através da tomada de decisões. Neste sentido, o dever principal do administrador está ligado à tomada de decisão (dever positivo), enquanto o dever principal do supervisor será de não-omissão (dever negativo). Omitir-se de decidir quando

⁹¹ Cebriá LH. 2009, op. cit., p. 94. Sobre estes, ainda há a possibilidade de reconhecer-se como parte do dever de informação a certificação da suficiência da informação (LLEBOT MAJÓ, Los deberes de los administradores, p. 66) e o direito dos administradores de requisitar informações adicionais (VELASCO SAN PEDRO, La informacion en el consejo de administracion..., p. 342)

⁹² A exceção a esta presunção serão as decisões de rotina, sobre as quais a coleta de informação poderá ser suprimida.

⁹³ Cebriá LH. 2009, op. cit., p. 95.

há suficiência de informações poderá também ser aspecto avaliado em ações de responsabilidade.

3.1.2. A *BUSINESS JUDGMENT RULE*

A *business judgment rule* deriva-se da presunção de cuidado e lealdade “segundo a qual se estima que os administradores de uma sociedade, quando tomam uma decisão empresarial, fazem-na com uma base informada, de boa-fé e com a certeza que a ação tomada vai de acordo com os melhores interesses da companhia”⁹⁴. Assim sendo, não será eximido de responsabilidade o administrador que “seja tão imprudente a ponto de ser inexplicável, de forma que nenhuma pessoa bem motivada e minimamente informada teria feito”⁹⁵.

A *business judgment rule* definirá então qual será o padrão de negligência grave⁹⁶. Não será qualquer decisão que poderá ser protegida por esta regra, sendo importante delimitar o âmbito de aplicação. Destaca-se, primeiramente, que deve haver uma margem de discricionariedade empresarial⁹⁷ para que o administrador faça uso desta excludente de responsabilidade⁹⁸.

⁹⁴ Definição dada pela Suprema Corte de Delaware no caso *Aronson v. Lewis*, 1984. “in making a business decision the directors of a corporation acted on an *informed basis*, in *good faith* and in the honest belief that the action was taken in *the best interest of the company*.”

⁹⁵ Trecho da mesma decisão *Aronson v Lewis*, de onde lê-se: “one that is so blatantly imprudent that it is inexplicable, in the sense that no well-motivated and minimally informed person could have made it.”

⁹⁶ Cebriá LH. 2009, op. cit., p. 118, cita os casos *Technicolor*, *Chevron* e *Aronson vs. Lewis*.

⁹⁷ Ramos MEG., op. cit., p. 85. e Frada MAC. A *Business Judgment Rule* no quadro dos deveres gerais dos administradores. *Jornadas - Sociedades Abertas, Valores Mobiliários e Intermediação Financeira*. 2007. p. 222. Obras citadas em Bernardino DIM. *Causas de exclusão da responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas*. Coimbra: 2010.

⁹⁸ No Brasil, a excludente de responsabilidade encontra-se no art. 159 §6 “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.”

A regra é uma tentativa de encontrar equilíbrio entre discricionariedade empresarial frente aos deveres dos administradores, como forma de proteger os interesses da sociedade, dos sócios, dos credores e outros terceiros⁹⁹.

Os administradores têm deveres gerais e deveres específicos, como visto acima. Os deveres legais específicos tendem a estar fortemente ligados à imperatividade normativa, ou seja, leis que não podem ser desaplicadas. Torna-se difícil, se não impossível, fazer a defesa de administradores em actos que violem tais preceitos, pois não há margem de discricionariedade para o seu cumprimento.¹⁰⁰

Portanto, parece-nos que a *business judgment rule* seja aplicável primariamente aos deveres legais gerais. Destaca a doutrina que a norma em questão tem sua génese no direito norte americano, sendo, por isso extremamente vinculado ao dever de cuidado¹⁰¹, sendo este o qual há maior discricionariedade para as decisões do órgão de administração. Neste âmbito, parece inegável a aplicação do dispositivo.

Considerando que o dever de tomar decisões informadas faz parte do dever de cuidado, violação neste aspecto não possibilitará a defesa do acto administrativo. Entretanto, se a violação estiver vinculada a outra faceta do dever de cuidado (ou mesmo a respeito da qualidade da informação), o administrador poderá basear sua defesa neste preceito.

Quanto ao dever de lealdade, parece-nos não ser eximível da responsabilidade o administrador que violá-lo. Neste aspecto, há conexão directa entre a lealdade e a não

⁹⁹ Cebriá LH. 2009, op. cit. p. 120, lembra que Dooley MP. Two models of corporate governance. Bus L 43. 1992. pp. 461 et seq. adverte que nem autoridade nem accountability deverão ser exclusivas em uma empresa, pois cada qual tem sua própria importância.

¹⁰⁰ Abreu JMC. Responsabilidade civil dos administradores de sociedades. Coimbra: Almedina; 2010. p. 46.

Silva, AS, Alves CF, Vitorino A, Cunha JA, Monteiro MA. Livro Branco Sobre Corporate Governance em Portugal. Lisboa: 2006. p. 57.

Costa R. Responsabilidade dos administradores e business judgment rule, Coimbra: Almedina; 2006. p. 68.

¹⁰¹ "Duty of Care", doutrina dos EUA, The American Law Institute, Principles of corporate governance: analysis and recommendations, ALIP, St. Paul, Minnessota, 1994, em seu parágrafo 4.01 e citado por E. Normay Vasey, On Corporate Codification: A Historical Peek at the Model Business Corporation Act and the American Law Institute Principles Through the Delaware Lens, 2011.

existência interesse pessoal, radicando-se especificamente do dever de não actuar em conflito de interesses, devendo o administrador se abster de votar em caso de existência de interesse pessoal¹⁰². Esta abstenção não deverá ser considerada como acto omissivo ou sujeita de sanção, pois não será uma tomada de decisão. Trata-se mero exercício do dever de lealdade, encontrando-se do administrador dentro da proteção conferida pela regra.

Se o administrador com interesse convergente¹⁰³ participar da decisão, entendemos que este não estará necessariamente violando o dever de lealdade. Decorre que a violação dever tal configura-se na vontade de lesar os interesses da empresa, o que não estará presente. De qualquer forma, como analisado acima, o administrador que participar desta decisão não poderá amparar-se na *business judgment rule*, encontrando-se, portanto, fora do *safe harbour* que a lei proporciona.

De certa forma, os legisladores optam pela utilização de um critério padrão e objetivo para a exclusão de responsabilidade civil dos administradores neste dispositivo, não abarcando os aspectos subjetivos inerentes aos factos¹⁰⁴. Independente dos aspectos suscitados, uma violação do dever de lealdade não terá racionalidade empresarial, pois pressupõe o dolo por parte do agente. Este aspecto, individualmente, é capaz de negar a aplicação da *business judgment rule* ao dever de lealdade, restando esta por fim aplicável essencialmente ao dever de cuidado.

3.1.2.1. A BUSINESS JUDGMENT RULE COMO CRITÉRIO DE CONDUTA

¹⁰² Costa R. Responsabilidade dos administradores e business judgment rule, Coimbra: Almedina; 2006.

¹⁰³ Diferenciando da expressão “conflito de interesses”, onde está presente o carácter antagónico. Os interesses convergentes existem quando o interesse da empresa administrada encontra-se na mesma direção do interesse do administrador.

¹⁰⁴ Costa R. Responsabilidade dos administradores e business judgment rule, Coimbra: Almedina; 2006. p. 86.

A experiência jurídica de Portugal com a aplicação da *business judgment rule* é ínfima¹⁰⁵; no Brasil é quase irrisória, não oferecendo parâmetros para a avaliação nas cortes. Processualmente, deve ser feita a prova de existência dos factos violadores, de danos suscetíveis de reparação e o nexo causal caberá aos credores¹⁰⁶. Formada a prova da responsabilidade civil, será presumida a culpa dos administradores, que terão a obrigação de constituir prova da excludente de responsabilidade.

Caberá aos administradores a prova de que actuaram de modo informado, sendo esta de fácil constituição, pois será positiva. Porém, a prova de actuação independente deverá ser constituída de forma negativa, i.é, o administrador terá de provar que tomou a sua decisão isenta, exaurindo todas as possíveis conexões com os beneficiados dos da decisão contestada. Por fim, deverá ainda provar que a decisão considerou os interesses da sociedade e não foi irracional, o que também será uma prova negativa, bastando a apresentação de uma *ratio* econômica para que o requisito seja admitido. A exclusão da responsabilidade com fulcro na *business judgment rule* será confirmada se os administradores conseguirem provar estes três aspectos.

Se o administrador provar que actuou de forma legal, segundo os critérios de exclusão de responsabilidade, estará livre de culpa¹⁰⁷ pela falta de reprovabilidade da

¹⁰⁵ Sua primeira aparição deu-se antes mesmo da inserção do nº 2 do art. 72 na legislação nacional, com a reforma de 2006, através da utilização dos seus princípios para a formação da convicção do julgador. Trata-se do caso Multidivisão - Meios e Tecnologias de Comunicação S.A., julgado pela 3ª VC de Lisboa, em 2003. Nesta, foi avaliada a conduta dos administradores de uma S.A., tendo o juiz recorrido a *business judgment rule* para resolver a pretensão indenizatória. Embora não responsabilize os administradores, vetou futuros negócios da empresa que pudessem levar a uma situação de insolvência, destacando que “estava a consagrar no seu julgamento uma limitação da sindicabilidade do mérito das decisões empresariais, de acordo com as lições da *business judgment rule*” Caso analisado por Caetano Nunes, *Corporate Governance*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 9, Ricardo Costa, op. cit., p. 61 e D.I. Magalhães Bernardino, op. cit.

¹⁰⁶ Art. 72, nº 1 do CSC. No Brasil não há norma específica de provas em processos de responsabilidade civil de administradores, motivo pelo qual quem deverá provar será o interessado em constituir o direito.

¹⁰⁷ Sobre a culpa, é importante destacar que a lei em Portugal presume a culpa do administrador. Esta presunção encontra-se presente no art. 72, nº1³³, enquanto nos EUA há a presunção de inocência e presunção de boa-fé. Em sentido diverso advoga P. Pais de Vasconcelos, *Business Judgment Rule, deveres de cuidado e lealdade, ilicitude e culpa* e o art. 64 do Código de Sociedades Comerciais. DSR, Ano 1, vol. 2, 2009. No Brasil não há tal presunção de culpa.

conduta¹⁰⁸. O efeito da queda da responsabilidade pelo quesito ilicitude faz com que decaia sequencialmente a culpa do agente¹⁰⁹.

O ônus da prova de violação do “bom julgamento negocial” será dos credores. Estes deverão provar que o administrador infringiu a *business judgment rule*, fez negócios irracionais que lhes causou prejuízos diretos ou indiretos¹¹⁰. Em Portugal há presunção de culpa do administrador frente a sociedade¹¹¹, mas não para com os credores.

A base para esta diferença é que não haveria um dever dos administradores para com os credores. Entretanto, isto não será verdade, pois haverá o dever dos administradores em observar os interesses dos credores na proximidade da insolvência¹¹².

O prejuízo indireto pode ser exemplificado pela tomada de ações inconsequentes que levam uma empresa a insolvência, impedindo a satisfação do crédito. O dano direto será de mais difícil verificação, uma vez que dependerá de uma atitude irracional do administrador em não pagar o crédito, sem a prévia existência de danos para a sociedade. Entretanto, podem haver justificativas economicamente razoáveis para a decisão de não pagar o credor, restringindo a responsabilidade pela aplicação da *business judgment rule*. Se não conseguirem constituir seu direito, os administradores deverão ser julgados conforme os deveres gerais de administração, que além de mais exigentes, possibilitarão aos juízes maior discricionariedade.

Vistos os pressupostos legais e aplicabilidade da *business judgment rule*, será de incumbência do judiciário decidir sobre a exclusão da responsabilidade dos administradores nos casos concretos com base nas provas fornecidas. Deverá o juiz

¹⁰⁸ Varela JMA. Das obrigações em geral. Coimbra: Almedina; 2000. p. 562 e ss.

¹⁰⁹ Costa R. Responsabilidade dos administradores e business judgment rule. Coimbra: Almedina; 2006. p. 77.

¹¹⁰ Cfr. infra 5.4.

¹¹¹ A presunção não se aplicará aos arts. 78 e 79 do CSC. Miguel Pupo Correia, Sobre a Responsabilidade por Dívidas Sociais dos Membros dos Órgãos da Sociedade, in ROA, ano 61 (Abril 2001), p. 667.

¹¹² Vide capítulo 4.

analisar os fatos, ficando este com a obrigação de tomar uma decisão *ex post*, i.é, assentada em eventos já ocorridos. Assim sendo, deverá lembrar que o administrador tomou a decisão com base em eventos futuros, que podiam ou não se concretizar. O antagonismo entre o momento de decisão do administrador, anterior aos efeitos (*ex ante*) e o julgamento pelo tribunal, posterior aos fatos (*ex post*) será importante no debate¹¹³.

O juiz deverá remontar as circunstâncias sob as quais a decisão foi tomada, o que nem sempre será uma tarefa simples. Inexperiência e desconhecimento empresarial dos juízes, não avaliza que seja sua incumbência fazer esta crítica *a posteriori* (*second-guessing*). Haverá a necessidade de reconstituição material das decisões¹¹⁴. Entretanto, não deverá o judiciário ser transformado em uma espécie de conselho de administração de “última instância”¹¹⁵.

Neste sentido, é relevante a experiência nos Estados Unidos da América, onde as decisões dos administradores passaram a ser reiteradamente questionadas em tribunal pela sociedade, os sócios¹¹⁶ ou seus credores. Tal situação gerou a perda relativa de autonomia do órgão de administração das sociedades, prejudicando seu desempenho no mercado. A falta de utilidade prática da norma, que até o momento não foi invocada frente ao Supremo Tribunal de Justiça, faz com que haja contestação à necessidade da regra¹¹⁷.

¹¹³ Triem F. Judicial schizophrenia in corporate law: confusing standard of care with the business judgment rule. ALR, 2007;24:32.

¹¹⁴ Abreu JMC. Responsabilidade civil dos administradores de sociedades. Coimbra: Almedina; 2010.

¹¹⁵ Costa R. Responsabilidade dos administradores e business judgment rule, Coimbra: Almedina; 2006. p. 54.

¹¹⁶ Idem; inclusive é mais incisivo e chega a falar em possível esvaziamento dos poderes dos administradores, transferindo-lhes em última análise para os sócios.

¹¹⁷ Governo das Sociedades Anónimas: Propostas de Alteração do CSC (Consulta pública 1/2006) CMVM. 2006, p. 18. Abreu JMC. última op. cit, também contesta a necessidade desta regra.

A estrutura da *business judgment rule* encontrada dos EUA¹¹⁸ possui modelo baseado na racionalidade, embora exista a menção clara ao dever de boa-fé (*good faith*¹¹⁹). Os requisitos para que seja considerado preenchido o dever são os de falta de interesse pessoal, com a informação suficiente segundo a avaliação do diretor e no julgamento racional em prol dos interesses da empresa. Estes requisitos foram, de certa forma, importados para o direito português, que também adotará esta estrutura mais objetiva.

Em sentido diverso formou-se a estrutura da *business judgment rule* na Alemanha, onde o modelo adotado tem base na boa-fé, afirmando que “não há incumprimento do dever quando, perante uma decisão empresarial, o membro da direção pôde crer razoavelmente que actuava com base em informação adequada para o bem da sociedade”¹²⁰. A base do julgamento encontrar-se-á na própria crença por parte do administrador de ter tomado a correta decisão. Não obstante, refere-se que a doutrina alemã foi diretamente influenciada pela jurisprudência de Delaware¹²¹.

No Brasil, o preceito básico para a exclusão de responsabilidade dos administradores também é fundado na boa-fé, porém em estrutura mais ampla: não há o requisito de informação, porém tão-somente a actuação em boa-fé e conforme os interesses da

¹¹⁸ ALI, Principles of corporate governance: analysis and recommendations, em seu parágrafo 4.01 e citado por E Normay Vasey, On Corporate Codification..., op cit.:

A director or officer who makes a business judgment in good faith fulfills the duty under this Section if the director or officer:

is not interested (as defined) in the subject of the business judgment;
is informed with respect to the subject of the business judgment to the extent the director or officer reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and
rationally believes that the business judgment is in the best interest of the corporation.

¹¹⁹ *Duty of Good Faith* acabou sendo tratado como parte do *duty of care* pela doutrina estadunidense, sendo considerado por Griffith S. Good Faith Business Judgment: A Theory of Rhetoric in Corporate Law Jurisprudence. Duke Law Journal. 2005;55:1–73. apenas como uma argumento de retórica judiciária, não como padrão de conduta substantiva. Conforme Vasconcelos PP. Business judgment rule, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais em *Direito Das Sociedades Em Revista*, vol. 2. Coimbra: Almedina, 2009.

¹²⁰ par 93, (1), 2º frase da AktG. Tradução por Costa R. Responsabilidade dos administradores e business judgment rule, Coimbra: Almedina; 2006. p. 63.

¹²¹ Vasconcelos PP. A participação social nas sociedades comerciais. Coimbra: Almedina; 2006. p. 51.

companhia¹²². A margem de discricionariedade judicial acaba por ser ampla, pois o preceito básico em ambos os casos acaba por ser de foro íntimo do administrador, situação que o requisito de boa-fé gera. Sobrepõe-se a existência do dever de informação como uma parte do dever de cuidado. Por isto, deve ser estendido à aplicação da *business judgment rule*, a qual exigirá um atuar informado, segundo os interesses da sociedade e com boa-fé.

3.1.2.2. NATUREZA OBJETIVA DA *BUSINESS JUDGMENT RULE*

Business judgment rule existe como padrão objetivo da desresponsabilização dos administradores, permitindo-lhes ter noção de que condutas são possíveis dentro dos seus deveres gerais. Impõe-se sobretudo um *modus operandi* para que os administradores possam actuar com liberdade, bastando cumprir os três requisitos. O espírito da lei ainda facilita a vinculação jurídica em caso de danos produzidos por actuação ilícita dos administradores, buscando evitar a apreciação de mérito da gestão, ao qual os tribunais não estão preparados.

Verifica-se ainda que há uma tendência doutrinal em Portugal de desvinculação da *business judgment rule* dos princípios de boa-fé. Neste sentido, perde-se o contacto com outras legislações, como a alemã ou brasileira, nas quais a boa-fé é requisito essencial do dispositivo. Esta construção jurídica decorre do pretexto de seguir a doutrina do Delaware, porém ignora que este mesmo tribunal (assim como outros tribunais dos EUA) tem como parte integrante (não autónoma) dos seus requisitos o dever de boa-fé.

Entretanto, entendemos que essa desvinculação também poderá ser positiva. A *business judgment rule* como regra subjetiva faz com que a efetiva responsabilização de

¹²² Art. 159, § 6º da Lei de Sociedades por Ações, 6.404/76: “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.”

administradores com base na violação dos deveres de cuidado se torne escassa. Sobretudo, a falta de critérios objetivos que determinem os atos lícitos dos administradores (e a *business judgment rule* é, em essência, uma regra de exclusão de ilicitude) pode tornar a jurisprudência muito casuística, além de não permitir aos próprios administradores saber se estão a atuar dentro da lei ou não. O critério da racionalidade econômica e a exclusão da necessidade de avaliar a boa-fé são lições que podem ser absorvidas pelos demais ordenamentos.

3.2. DEVER DE LEALDADE

O dever de lealdade permeia todo o sistema jurídico aplicável às sociedades comerciais, sendo de certa forma a norma fundamental e base de controle das relações intra-societárias¹²³, Trata-se de dever fundamental à administração e gerência. O dever de lealdade está previsto em diversas legislações¹²⁴. Este dever entende-se prioritariamente como o dever de agir de acordo com os interesses sociais, estendendo-se sobre outros deveres específicos.

O dever de lealdade desdobra-se em outros deveres que lhe são derivados. É o caso da proibição de agir em conflito de interesses¹²⁵. Este é um dever objetivo, no qual a simples atuação conflituosa presumirá a culpa, havendo inversão do ônus da prova. Entretanto, é aceitável, na legislação brasileira, a contratação com a empresa desde que dentro das condições equitativas de mercado¹²⁶. A aplicação desta exceção remete aos

¹²³ I.é, todos os administradores e gerentes, em certo senso, devem ser leais aos interesses da empresa, não podendo utilizar-se de conhecimentos adquiridos pela sua posição para obter vantagem pessoal ou para outrem.

¹²⁴ No Brasil, está previsto no art. 155 da LSA. Em Portugal, no art. 64, nº 1, alínea b do CSC.

¹²⁵ art. 156 da LSA brasileira. Portugal, art. 410 do CSC.

¹²⁶ Art. 156, §1

princípios gerais da *business judgment rule*, excluindo a responsabilidade com base num atuar “economicamente razoável”.

Os quesitos observados para a responsabilidade civil do administrador em Portugal, no que tange ao dever de liberdade, são claros. O administrador que deixar de agir observando os interesses da sociedade, bem como os interesses de longo prazo dos sócios e interesses relevantes à continuidade da empresa poderá ser responsabilizado.

A legislação portuguesa difere das demais pelo fato do dever de lealdade ser desvinculado do princípio geral de boa-fé¹²⁷. Coutinho de Abreu entende que não seja a via adequada, pois extensa e a interdependência de manifestações. A relação de fidúcia é a expressão mais constante entre as legislações, pois presume a confiança especial outorgada ao administrador pela sociedade. Também aqui haverá uma separação entre os interesses exclusivos dos sócios e os interesses da sociedade.¹²⁸

O dever de lealdade se estende sobre alguns outros deveres específicos deste derivados. Dentre eles, costuma existir (I) o impedimento da atuação com conflito de

¹²⁷ A boa fé está prevista no art. 762,2 CCiv Portugues. Alguns doutrinadores tentam reconduzir o entendimento do dever de lealdade à boa-fé.

Silva, AS, Alves CF, Vitorino A, Cunha JA, Monteiro MA. Livro Branco Sobre Corporate Governance em Portugal. Lisboa: 2006. p. 53, 57. Refere à confiança e fidúcia.

Dias GF. Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil (Após a Reforma Do Código Das Sociedades Comerciais). Coimbra: Coimbra Editora; 2006, p. 43

Cordeiro AM. Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais. Lisboa: LEX; 1997. (2007) o. 828, 831. Alusão à confiança e relação fiduciária (2009, p. 829 830).

Oliveira AP. A Responsabilidade Civil Dos Administradores Nas Sociedades Em Relação de Grupo. Coimbra: Almedina; 2007. p. 127

Salomão Filho C. O novo direito societário. 3 ed. São Paulo: Malheiros Editores; 2006. p. 169. também vê a relação fiduciária como essencial do dever.

¹²⁸ Abreu JMC. Curso de direito comercial: Das sociedades. Coimbra: Almedina; 2011. CSC Comentado, °. 743. Ver, em esp., Frada MAC., op. cit., p. 209 et. seq., que distingue o dever de lealdade do dever de cuidado por aquele representar um “efeito imediato e directo da natureza da relação” fiduciária e, portanto, como “consequência de uma valoração heterónima (ex lege) da ordem jurídica.

Abreu JMC. Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social. IDET. Colóquios 3. Reformas do Código das Sociedades. Coimbra: Almedina; 2007. nt. 16, p. 23.

Nunes PC., op. cit., p. 87 - posição heterogênea: boa fé, tutela da confiança e relação fiduciária.

Leitão AM. Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais. Teses. Coimbra: Coimbra Editora; 2009. p. 664, mesma linha acima.

interesses¹²⁹ (II) o impedimento de negócios com a sociedade ou sem o seu consentimento¹³⁰, (III) não exercer concorrência sem autorização da sociedade¹³¹, (IV) não abusar de informação privilegiada ou pública da sociedade, (V) mantendo o sigilo sobre a mesma¹³², (VI) o dever de não usufruir de vantagens de terceiros¹³³ e (VII) não aproveitar oportunidades de negócio da companhia¹³⁴. As legislações podem prever outros deveres específicos.¹³⁵

Esta lista de deveres não é exaustiva, pois podem ser observados outros deveres não previstos que derivam do dever geral de lealdade¹³⁶. A exemplo, nos Reino Unido há a previsão de que o administrador deva julgar as situações de forma independente¹³⁷.

O dever de lealdade é aplicável a certos interesses na sociedade. Quem for o detentor de interesse legítimo poderá exigir a responsabilidade civil dos administradores com base neste dever. Embora a maior parte do dever de lealdade aplique-se a relação entre administração e sociedade, alguns deveres específicos derivados terão relevância para a relação com credores e terceiros.

¹²⁹ Na lei brasileira, o administrador não pode atuar em conflito de interesses (art. 156). No Reino Unido, está previsto na secção 175, 177 e 182 do Companies Act 2006, a qual especifica o dever de declarar o conflito de interesses. Em Portugal, haverá restrição ao direito de voto quando houver conflito de interesse (art. 410º, 6)

¹³⁰ No Brasil, o art. 156 da LSA prevê estas situações. Em Portugal, encontra-se nos arts. 397º e 428º.

¹³¹ A legislação Portuguesa é mais estrita neste tópico (art. 254, 1, 398º, 3, 428º). Apesar de não poder atuar em conflito de interesses, no Brasil poderá participar da administração de concorrente contanto que tenha autorização da assembleia geral (art. 147, §3º).

¹³² Art. 155 §1 e seguintes da LSA. Em Portugal, Arts. 449º, 450º do CSC e 378º CVM.

¹³³ Art. 154, §2º, c) da LSA. DIGNAM & LOWRY (2012, p. 382-383).

¹³⁴ Art. 155, I da LSA.

¹³⁵ Cfr. Abreu JMC. 2007., op. cit. desenvolve esta listagem (CSC Comentário p. 743ss), com estudos sobre os deveres p. 31 et seq. A esta soma-se a previsão que exige do administrador neutralidade perante ofertas públicas de aquisição, cfm. art. 181º, 2, d, e 182º,1, do CVM, a qual não é repetida do Brasil. Conferir também o capítulo 5.3.2.

¹³⁶ Abreu JMC. Responsabilidade civil dos administradores de sociedades. Coimbra: Almedina; 2010. trata do dever de não aproveitar oportunidades de negócio da sociedade para proveito próprio ou pessoas a si ligadas, salvo com consentimento.

¹³⁷ Sec. 173 do Companies Act de 2006.

3.2.1. DEVER DE LEALDADE E INTERESSES NA SOCIEDADE

Os interesses que o administrador deve priorizar são os “interesses da sociedade” e os “interesses de longo prazo dos sócios”. Deverá ainda ponderar sobre “interesses de outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, como os seus trabalhadores, clientes e credores”.¹³⁸

Os administradores deverão - no exercício de suas funções - considerar o interesse da empresa. Este interesse é de difícil caracterização, mas remete a um equilíbrio entre interesses externos como os interesses pessoais dos sócios, dos administradores e de outros agentes. Deverão, portanto, privilegiar os diversos interesses atinentes à sociedade, como o interesse comum dos sócios, dos trabalhadores e demais “stakeholders relacionados com a sociedade”¹³⁹.

A doutrina dominante em Portugal acredita na necessidade de hierarquizar esses interesses. O administrador “gestor criterioso e ordenado”, ao avaliar o interesse da sociedade, deverá ter em conta esta hierarquia. Priorizará os interesses dos sócios - preferencialmente de longo prazo a evitar o investimento especulativo¹⁴⁰-, deixando em segundo plano os interesses dos demais sujeitos¹⁴¹.

¹³⁸ Maiores detalhes em Abreu JMC (2007, p. 39 e 2011 p. 299)

¹³⁹ Definição dada por Fátima Gomes (2005, p. 566), concentrada no comportamento violador da lealdade. Cfm. Abreu JMC, (p. 742ss do CSC em Comentário).

¹⁴⁰ Vasconcelos PP. Business judgment rule, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais em *Direito Das Sociedades Em Revista*, vol. 2. Coimbra: Almedina, 2009, p. 20; Triunfante, ALL. A Tutela Das Minorias Nas Sociedades Anónimas: Quórum Deconstituição e Maiorias Deliberativas (e Autonomia Estatutária). Coimbra: Coimbra Editora; 2005. p. 64; Almeida AP. Sociedades Comerciais. 4 ed. Coimbra: Coimbra Editora; 2006. p. 103, e outros.

¹⁴¹ Abreu JMC. 2007., op. cit., p. 43. e 2009., op. cit., p. 304 et. seq.

Na doutrina anglo-saxônica, este espectro do dever é conhecido como o “dever de promover o sucesso da companhia”¹⁴². Para tal, os administradores devem promover “*enlightened shareholder value*”, lembrando que o valor das ações da empresa se vincula ao bom relacionamento da companhia com seus *stakeholders*. No Reino Unido há quadro legal que possibilita que se considere os interesses globais da companhia¹⁴³. Neste artigo, há o uso da expressão “good faith”, em uma referência ao “duty of good faith”, o qual pode ser considerado como sinônimo do dever de lealdade¹⁴⁴.

Esta secção 172 do Companies Act de 2006 remete a um somatório de fatores aos quais os administradores devem observar: (I) ponderar as consequências de qualquer decisão a longo termo; (II) os interesses dos funcionários da empresa; (III) desenvolver o relacionamento de negócios da companhia com os fornecedores, consumidores e outros; (IV) o impacto das operações da companhia no meio-ambiente; (V) ser desejável que a empresa seja conhecida por seu alto padrão de condução de negócios; e (VI) tratamento adequado entre os membros da companhia¹⁴⁵.

¹⁴² Dignam A., op. cit., p. 347.

¹⁴³ No Brasil, o dever de cuidado (art. 154) remete à promoção dos “interesses da companhia”, sobre o qual pode ser feita a mesma leitura. No Reino Unido, o dever de promover o sucesso da companhia está previsto na secção 172 do Companies Act 2006:

“172 Duty to promote the success of the company

(1) A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole, and in doing so have regard (amongst other matters) to—

(a) the likely consequences of any decision in the long term,
(b) the interests of the company's employees,
(c) the need to foster the company's business relationships with suppliers, customers and others,
(d) the impact of the company's operations on the community and the environment,
(e) the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct, and
(f) the need to act fairly as between members of the company.

(2) Where or to the extent that the purposes of the company consist of or include purposes other than the benefit of its members, subsection (1) has effect as if the reference to promoting the success of the company for the benefit of its members were to achieving those purposes.

The duty imposed by this section has effect subject to any enactment or rule of law requiring directors, in certain circumstances, to consider or act in the interests of creditors of the company.”

¹⁴⁴ “O objetivo da CLR é que a descrição do dever de boa-fé (o qual é sinônimo do dever de lealdade) deve promover “*enlightened shareholder value*”, coadunando com entendimentos da suprema corte do Canadá (...) no qual agir no “melhor interesse da companhia exigia que os diretores maximizassem o valor da corporação. Isto não significa dizer agir somente conforme interesses dos acionistas ou de qualquer stakeholder.” Dignam A., op. cit., p. 351.

¹⁴⁵ Esta lista não é exaustiva, mas indicativa, cfr. Dignam A., op. cit., p. 352.

Os interesses dos credores não figuram de forma expressa na lista dos interesses a serem considerados. Entretanto, empregados, fornecedores e consumidores poderão ser credores em algum momento. Dignam & Lowry (2012) sugerem que deva ser considerado o interesse dos credores da sociedade, especialmente na insolvência¹⁴⁶.

3.2.2. INTERESSE SOCIAL E A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA

Devemos diferenciar as concepções de interesse social. Fundamentando-se na teoria contratualista, o interesse social será simplesmente a expressão dos interesses dos sócios ou acionistas. Esta tem por base relações sociais como expressão do contrato de sociedade e unicamente a estas vinculadas. Qualquer efeito sobre a comunidade, trabalhadores ou credores será secundário ou colateral, pois priorizar-se-á a empresa e os interesses comuns dos sócios. Neste sentido, será relevante para a análise das relações intra-sociais e, a respeito da responsabilidade, referir-se-á aos deveres e responsabilidades dos sócios e administradores frente à empresa.

O interesse social inserido nas teorias institucionalistas terá a expressão dos interesses da comunidade, dos trabalhadores e dos seus credores (no ambiente social em que se insere a empresa)¹⁴⁷. Tem por essencial a ideia de que a empresa terá sua função institucional dentro da sociedade e deverá estar nela inserida. Estes interesses poderão gerar deveres dos administradores e suas consequentes responsabilidades de âmbito externo à empresa. Porém, estas responsabilidades serão cogentes? Este capítulo se dedicará (brevemente) ao interesse social como expressão do interesse comunitário.

¹⁴⁶ A secção 172(3) define que o interesse dos credores deva ser considerado, mas não estabelece o momento. Dignam A., op. cit., p. 354 e ss., entendem que a jurisprudência norteamericana não encontra-se desenvolvida e que trata-se de obrigação fiduciária frente a massa de credores, fazendo referência as provisões sobre fraudulent trading e wrongful trading do insolvency act 1986. Veremos mais no capítulo do Dever dos administradores em considerar os interesses dos credores.

¹⁴⁷ Abreu JMC. Curso de direito comercial: Das sociedades. Coimbra: Almedina; 2011. p. 291, considera, em oposição a alguns autores, que não esteja superado o debate entre a teorias institucionalistas e contratualistas.

Há quem sustente que a empresa deva ser tão-somente uma contribuição privada para o desenvolvimento social, o cerne produtivo da comunidade e estar nela inserido. Em defesa desta teoria, foram feitas construções jurídicas de cunho institucionalista. A empresa como instituição social, só atinge seu objetivo quando estiver integrada com a comunidade (i. é, quando cumprir com sua função social).

No Brasil, a construção institucionalista de destaque será centrada na função social da empresa. Decorrente da função social da propriedade¹⁴⁸, atribuí-se à empresa a necessidade de estar inserida na comunidade em que atua. Neste sentido, Frazão (2011) entende que a Lei das Sociedades por Ações brasileira permite concluir que os administradores teriam um dever rígido com relação a função social da empresa¹⁴⁹. Não será assim.

Há disposições similares ao disposto no artigo 154 da LSA brasileira que se encontram inseridas em sistemas jurídicos de diversas nações, a exemplo das leis

¹⁴⁸ Constituição Brasileira de 1988.

¹⁴⁹ Frazão A., op. cit. Função Social da Empresa, apega-se a previsão dos arts. 116 e 154 da LSA para justificar seu posicionamento.

Art. 116, Parágrafo único. “O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.”

Art. 154. “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.”

portuguesa¹⁵⁰, austríaca¹⁵¹, holandesa¹⁵², Companies Act (2006) do Reino Unido¹⁵³ e de alguns estados dos EUA¹⁵⁴. Inclusive, no Principles of Corporate Governance¹⁵⁵ consta disposição que possibilita ao administrador considerar o “bem-estar geral”.

Mesmo na Alemanha, onde não há disposição similar¹⁵⁶, a doutrina majoritária entende que deve haver uma “adequada consideração” dos interesses¹⁵⁷. Alemanha tutela com força os interesses dos trabalhadores, na medida em que um representante dos trabalhadores da empresa deve compor o conselho de administração.

Inclusive entre institucionalistas, há um entendimento majoritário de que a atuação do administrador da empresa deverá sopesar os diferentes interesses envolvidos¹⁵⁸, protegendo-os dentro de uma composição orgânica empresarial. Há também a sugestão de uma devida hierarquização dos interesses¹⁵⁹, com o fim de determinar o quais interesses dar-se-ia prioridade.

¹⁵⁰ Alínea b do nº 1 do art. 64 do Código das Sociedades Comerciais: “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.”

¹⁵¹ §70 (1) da AktG austríaca prevê obrigação do conselho em gerir a empresa tendo em conta os interesses dos acionistas, funcionários e interesse público. Do original “(1) Der Vorstand hat unter eigener Verantwortung die Gesellschaft so zu leiten, wie das Wohl des Unternehmens unter Berücksichtigung der Interessen der Aktionäre und der Arbeitnehmer sowie des öffentlichen Interesses es erfordert.”

¹⁵² Conforme mudança legislativa no início de 2013, mudou-se o artigo, mantendo-se a disposição legal. “Os diretores deverão cumprir com suas obrigações dirigindo suas atenções aos interesses da corporação e das empresas a ela conectadas”, traduzido do inglês “Article 2:129 Tasks and powers of the Board of Directors - 5. The Directors shall in the performance of their duties direct their attention to the interests of the Corporation and of the enterprises connected with it.” Hopt KJ et al. Comparative Corporate Governance: The State of the Art and Emerging Research. Oxford: University Press; 1998. p. 1081. referem ao artigo anterior, que tinha a mesma redação.

¹⁵³ Sec. 172 do Companies Act, supra citado.

¹⁵⁴ Martin G. El Gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses. 2003. p. 426-427, cfm. Abreu JMC., 2011, op. cit., p. 299.

¹⁵⁵ ALI (1992) §2.01.

¹⁵⁶ Disposição similar já existiu na AktG de 1937, §70.

¹⁵⁷ Werder et al., 2003 op. cit., 84-85.

¹⁵⁸ É o entendimento de Frazão (2011) que expõe-se durante toda obra.

¹⁵⁹ A doutrina institucionalista Portuguesa defende esta hierarquização. Cfr. Abreu JMC., 2011, op. cit.

No aspecto da responsabilidade social e dos interesses a serem perseguidos, devemos evitar certas confusões. Não há aqui qualquer conexão entre responsabilidade social e utilitarismo¹⁶⁰. Em sistemas legais nos quais a lei prescreve obrigações de perseguir os interesses dos trabalhadores, credores e comunidade, não haverá discricionariedade. Nas legislações em que não exista a obrigação, a proteção destes interesses terá em conta a imagem da empresa mais do que a prossecução da “felicidade” da comunidade.

A principal expressão deste dever social da empresa decorre do fato de que a atividade comercial tenderá a gerar empregos, tributos, bens e capital para a comunidade em que se insere¹⁶¹. Em outras palavras, a manutenção duradoura da atividade empresarial rentável¹⁶² já se reverte em benefícios para a sociedade em geral.

Aliás, a teoria da tributação da empresa já explora o campo da “responsabilidade social da empresa” para justificar a obrigação ao pagamento de tributos¹⁶³. Estes possibilitam a manutenção da máquina estatal, geração de empregos públicos e

¹⁶⁰ Em sentido contrário, Nunes PC., op. cit., p. 485. defende que a prossecução de interesses pelos administradores deva atender a lógicas de raciocínio linear (fiat) que apliquem o utilitarismo.

¹⁶¹ Frazão A., op. cit., p. 241, cita Lemos Junior EP. Empresa e função social. Curitiba: Jurua; 2009. p. 24: “Encontra-se, portanto, função social da empresa na geração de riquezas, manutenção de empregos, pagamento de impostos, desenvolvimentos tecnológicos, movimentação do mercado econômico, entre outros fatores, sem esquecer do papel importante do lucro, que deve ser o responsável pela geração de reinvestimentos que impulsionam a complementação do ciclo econômico, realimentando o processo de novos empregos, novos investimentos, sucessivamente.”

¹⁶² O interesse na continuidade da atividade empresarial estará fortemente conectado ao dever de lealdade aos interesses da empresa. Entretanto, haverá também uma expressão deste para a comunidade e trabalhadores. De certa forma, Kann, Jv. Vorstand der AG. Führungsaufgaben, Rechtspflichten und Corporate Governance. Berlin: Eric Schmidt, 2005, pp. 71-72, já referia que originäre Unternehmensinteresse representava uma barreira absoluta a certas atividades quando estas levassem a um risco de afetação na rentabilidade ou sobrevivência da empresa.

Neste sentido, Salomão Filho C., op. cit., p. 284, também infere que as operações que possam oferecer riscos consideráveis à empresa podem ser contestadas ou impedidas também “com base no interesse social”.

Estes limites à atividade empresarial quando colocarem em risco a sobrevivência ou rentabilidade da empresa serão o âmbito essencial da atuação do dever de diligência e serão debatidos com base na “*business judgment rule*”.

¹⁶³ Andrade JC. Responsabilidade fiscal dos gerentes e administradores: a culpa jurídico-tributária: quasare do multiversum fiscal. Coimbra: 2004. e Ferragut MR. Responsabilidade tributária e o Código Civil de 2002. São Paulo: Noeses; 2005. p. 306 et seq.

revertem-se em benefícios para a comunidade. Pode-se inclusive inferir que a imposição de nova responsabilidade social às companhias criariam uma obrigação bis *in idem*.

Jamais se nega a liberalidade das empresas em operarem de forma “caridosa”, fazendo atos sociais e participando ativamente da comunidade. Alias, não há caridade, há imagem. E esta imagem da empresa agrega-lhe *shareholder value* e ameniza os anseios dos *stakeholders*.

Parece-nos que a extensão da responsabilidade social como obrigação da empresa e, conseqüentemente, dos administradores, possa ser um exagero atribuído a estas liberalidades. A permissão para a atuação ativa na sociedade não poderá ser confundida como uma obrigação direta da empresa, tampouco de seus administradores. Mesmo que se trate como liberalidade, a construção da defesa do interesse social e dos trabalhadores poderia ser usada como excludente de responsabilidade dos administradores¹⁶⁴. Afinal, a imposição de deveres gerais que são antagônicos, permite maior discricionariedade na atuação do administrador. Caí-se na armadilha que achar que uma maior quantidade de deveres impositivos limitaria mais o atuar do administrador; será o contrário.

Qual deveria ser o direito aplicável quando da oposição entre o interesse da empresa e dos trabalhadores ou comunidade? Se admitirmos a tese da hierarquia, veremos que o instituto da responsabilidade social não terá valia perante interesse da empresa. De outra senda, se admitirmos que os interesses devam ser levados em igual consideração, ampliar-se-ia o escopo de atuação dos administradores e perder-se-ia a possibilidade de responsabilização pelos sócios (com base no dever de lealdade) e comunidade.

¹⁶⁴ Cfm. Abreu JMC. Da Empresarialidade: (as Empresas No Direito). Teses. Coimbra: Almedina; 1999. p. 233 et seq. o qual refere entendimento similar na Alemanha em Emmerich V. Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen. d. H. Berlin: Gehlen; 1969. p. 234-239.

Devemos perceber, sobretudo, que não existe um sistema de sanção de condutas divergentes ao atendimento desses interesses comunitários. A empresa não estará vinculada a uma conduta específica para cumprir com a responsabilidade social¹⁶⁵. Entender isso é consumir a primazia do interesse da empresa (e do dever de lealdade para com esta), aceitar que o atendimento aos trabalhadores e comunidade será mera liberalidade e dar ao sistema a única leitura logicamente possível¹⁶⁶.

Entretanto, devemos verificar que existe uma obrigação direta da empresa e seus administradores capaz de cumprir com a responsabilidade social e se inserir como direito positivo: a obrigação de pagamento dos tributos. Esta, inclusive, ensejará a responsabilização dos administradores por normas específicas em diversos sistemas jurídicos¹⁶⁷. Assim se corrobora o entendimento alemão que infere do cumprimento das leis a satisfação do interesse da comunidade¹⁶⁸

Há maior sentido em inserir esta obrigação no dever de cuidado do administrador do que criar um dever social. Para o interesse dos sócios, a falta de diligência no pagamento de tributos gerará tão-somente multas (dever acessório), as quais poderão ser cobradas do administrador. Entretanto, ao estado (representante jurídico do interesse da sociedade) caberá exigir da empresa e do administrador a dívida fiscal (dever

¹⁶⁵ Situação percebida, na lei brasileira, Comparato FK. O poder de controle na sociedade anônima. 3 ed. 1983. p. 301. Cfm Abreu JMC. 1999., op. cit., p. 241 et seq.

¹⁶⁶ Este entendimento não está em contradição com os demais apresentados neste trabalho. Enquanto considera-se o interesse da empresa, este está intimamente conectado com o interesse dos credores. Ambos são stakeholders, mas com formas diversas de relação com os poderes da empresa. De outra senda, trabalhadores e comunidade não tem o mesmo investimento na sociedade: dela usufruem, por um tempo, mas não há um investimento que exija um retorno material. Caso o pro-labore não seja pago, trabalhadores tornam-se credores e, com isso, passam a ter interesse pela outra via apresentada. Impor uma obrigação de responsabilidade social aos administradores ao mesmo tempo que há a responsabilidade tributária será prescrever o *bis in idem* e forçar as empresas a pagar duplamente a sua “cota social”.

¹⁶⁷ Art. 121 e ss. do CTN brasileiro.

¹⁶⁸ V MERTENS, in Kölner..., pp. 18, 25-26, apud Abreu JMC. 1999., op. cit., p. 234.

principal)¹⁶⁹. O administrador estará sujeito a diversas sanções pelo não cumprimento deste dever.

O mesmo não acontecerá se a responsabilidade social for vista como um dever geral. Neste caso, a prossecução obrigatória dos interesses de outros sujeitos limitará o controle e a responsabilidade dos administradores¹⁷⁰.

Verifica-se, ainda, que a responsabilidade social poderá trazer sanções positivas, i.é, benefícios para a empresa. Destaca-se que é comum estes benefícios virem na forma de reduções e isenções fiscais. Isso ocorre porque o investimento social efetuado pela empresa acaba por substituir parte do investimento de seus impostos que seriam revertidos à comunidade.

Existe o dever de proteção dos empregos dos trabalhadores no sistema jurídico alemão, porém é excepção nos ordenamentos. Nos demais, não existirá obrigação, sendo uma mera liberalidade.

¹⁶⁹ Verifica-se que a dívida fiscal será o dever principal, enquanto as multas por mora e não-pagamento serão deveres acessórios.

¹⁷⁰ Berle AA. From whom. Harvard LR. 1932:1365-1372; Easterbrook FH. The Economic Structure of Corporate Law. Harvard: University Press; 1996. pp. 38, 92 e 93. Em Portugal, Carvalho O. Critério e estrutura do estabelecimento comercial: O problema da empresa como objecto de negócios. I. São Paulo: Atlântida editora; 1967. p. 301-304, n. 117, LOBO XAVIER Relatório BFDUC 1986, p. 463, n. 26 e Abreu JMC. 1999., op. cit., p. 232-233.

4. DEVER DOS ADMINISTRADORES DE CONSIDERAR OS INTERESSES DOS CREDORES

4.1. PONDERAÇÃO DE INTERESSES E A NECESSIDADE DE PROTEÇÃO DOS CREDORES

O órgão de administração deverá ponderar interesses diversos. Os deveres de lealdade e diligência são para com a sociedade e protegem os interesses dos sócios, aos quais se dá prevalência. Os trabalhadores e comunidade também possuem interesses tuteláveis, que só terão relevância quando não estiverem em conflito direto com os interesses dos sócios. Compreende-se que os administradores deverão dar preferência a cumprir o dever de lealdade para com a sociedade.

A mesma forma de antagonismo dar-se-á entre os interesses da sociedade e os interesses dos credores. Dever-se-á confrontar os deveres dos administradores para com a sociedade e considerar os interesses dos credores¹⁷¹. Os interesses dos sócios visam

¹⁷¹ O CSC prevê a consideração dos interesses dos credores no art. 64º, b, como parte do dever de lealdade. Em oposição, a lei brasileira não prescreve sobre a consideração dos interesses dos credores na administração dos negócios.

aumentar o valor de mercado das ações da sociedade, enquanto o interesses dos *stakeholders* será o aumento da confiabilidade da empresa¹⁷².

Sob esta perspectiva, os interesses dos credores têm clara desvantagem frente aos interesses dos sócios. Isto ocorre porque o interesse dos sócios será, a princípio, correr riscos ponderados para obter lucro, enquanto o dos credores é simplesmente que a empresa assuma baixos níveis de risco para que pague suas dívidas. Visando incentivar o empreendedorismo, nenhum sistema moderno de direito empresarial dá prevalência aos interesses dos credores como um fator dominante¹⁷³.

Os credores são mais avessos ao risco do que os sócios, o que deverá ser considerado no concurso de credores na insolvência. Entretanto, no direito empresarial não haverá distinção entre espécies de credores¹⁷⁴.

Um dos interesses dos sócios é não contabilizar perdas de capital, motivo pelo qual justifica-se o fato destes deterem o poder de fiscalizar a atuação dos administradores. Em uma empresa com sistema financeiro saudável, os próprios sócios podem fazer o contrapeso dos riscos e proteger os credores indiretamente. Nestas circunstâncias, não

¹⁷² Tendência atual, a teoria do *shareholder value* pressupõe que a sociedade deva ser dirigida para agregar valor financeiro aos sócios, aumentando o patrimônio dos acionistas. Encontra sua contraposição na *Stakeholder Value*, teoria que considera os outros interesses além dos acionistas (Cfr. Werder AV. *Shareholder Value-Ansatz als (einzige) Richtschnur des Vorstandshandelns?*”, ZGR, 1998, pp. 74; KELLYE Y. Testy, *Liking progressive corporate law with progressive social movements*, TLR, 2002, p. 1232; Silva AS et al, *Livro Branco sobre Corporate Governance em Portugal*, IPCG, 2006, p.18 ss, 141), apud Abreu JMC. *C. Direito Comercial*, vol. II, 4ed., 2011, p. 291 e ss.

Este último apresenta estudo das concepções gerais do interesse social frente ao embate contratualista e institucionalista da sociedade, que poderá ser revestido de novas formas. O interesse pode ser demonstrado pelas teorias monísticas (considera-se somente o interesse dos sócios), dualísticas (interesses dos sócios e dos trabalhadores) e pluralísticas (interesses dos sócios, dos trabalhadores e do interesse público) - vide Th. E. Abeltshauser TE. *Unternehmensbegriff und öffentliches Interesse*, P. Lang, Frankfurt am Mein, Bern, 1982.

Também poder-se-á dividir em sistemas finalísticos de maximização do lucro (interesse dos sócios, ainda que sujeito a restrições legais - que levarão a esta finalidade), da adequada consideração dos interesses (satisfação de diversos interesses, mesmo quando isto não satisfizer totalmente os acionistas, cujo interesse é o mais relevante) ou a consideração igualitária de interesses (diversos interesses de grupos distintos deverão ser tratados igualmente)- Werder A. op. cit. pp. 77-78.

¹⁷³ Davies P. *Directors' Creditor-Regarding Duties in the Vicinity of Insolvency*, in *The Law and Economics of Creditor Protection*, The Hague, 2008. p. 305 e ss.

¹⁷⁴ Afirma Mülbert PO. *A synthetic view of different concepts of creditor protection or: a high-level framework for corporate creditor Protection in The Law and Economics of Creditor Protection*, The Hague, 2008, p. 377 et seq., que haverá divergência entre as ações dos credores em relação as ações residuais dos acionistas.

haverá necessidade de observância específica de deveres para com os interesses dos credores, pois os deveres perante sócios e sociedade serão suficientes. Verifica-se que a obrigação de cumprimento com os deveres de lealdade e diligência confortarão muitas expectativas dos credores.

São afirmações de relevância teórica, mas a realidade mostra que poucas sociedades tem um equilíbrio saudável entre os poderes dos administradores e sócios. Há situações em que a atuação dos administradores estará subjugada aos interesses dos sócios e seu poder de controle, enquanto em outras os sócios podem não reunir poder individual para fiscalizar e confrontar a administração. Deixar que os interesses dos credores dependam exclusivamente da atuação interessada dos sócios será uma prática que não favorecerá a boa governação das sociedades.

4.2. A INVERSÃO DOS RISCOS DO NEGÓCIO EM SOCIEDADES PRÓXIMAS DA INSOLVÊNCIA

Sociedades próximas da insolvência¹⁷⁵ tendem a não manter o mesmo equilíbrio que sociedades saudáveis. Nestes casos, sociedade e sócios passam a ter um interesse de assumir maiores riscos em seus negócios para recapitalizar perdas financeiras e afastarem-se da situação de crise. Será neste contexto que os interesses dos credores - em que a empresa mantenha-se estável e salde suas dívidas - deixa de ser perseguido também pela administração¹⁷⁶.

Ao tratar-se de sociedades de responsabilidade limitada, parte da doutrina admite que haverá necessidade de proteger os credores nestes casos através da

¹⁷⁵ Insolvência pode ser verificada por um passivo maior que o ativo ou pela incapacidade da empresa em pagar por seu passivo (teste de fluxo de caixa) - Davies P. op. cit. 2008, p. 313

¹⁷⁶ Davies P., op. cit. 2008, p. 306 et seq.

responsabilidade dos administradores¹⁷⁷. Embora se admita que não exista um dever geral amplo dos administradores para com os credores¹⁷⁸, a exigência de um padrão de conduta diligente¹⁷⁹ pode ser aplicável em alguns casos.

Quando a situação da sociedade beirar a insolvência, os credores sem garantias - ou credores involuntários - serão os primeiros interessados na sua reestabilização financeira. Os credores garantidos encontram-se sujeitos a riscos menores, o que implica em menor interesse. Entretanto, no momento em que os credores sem garantias verificarem que a situação da empresa não lhes permitirá o recebimento das dívidas, também poderão ser tentados a aceitar riscos desmedidos. Conclui-se que cada stakeholder tentará defender seu próprio interesse¹⁸⁰, os quais muitas vezes entram em conflito.

A forma de proteção dos interesse dos sócios mudará se os administradores forem independentes? Embora os administradores independentes tenham maior isenção e capacidade para considerar os diversos interesses tuteláveis, não há uma garantia de que o seu atuar seja diverso dos não independentes na proximidade da insolvência.

Os administradores devem atuar para perseguir os interesses gerais da sociedade, sendo um destes interesses a manutenção de sua existência. A manutenção da existência da sociedade implica na existência de um balanço financeiro positivo. De outra senda, os administradores poderão ter motivos pessoais para promover negócios de alto-risco a fim de que a empresa não chegue à insolvência¹⁸¹.

¹⁷⁷ Prentice D. Creditors Interest and Directors' Duties, Oxford Jornal, 1990, p. 265; Davies P. 2008 op. cit. e Legal Capital in Private Companies in Great Britain. 1998.

¹⁷⁸ Os deveres dos administradores serão frente à própria sociedade, os quais poderão cobrar atos dos administradores. Conforme capítulo sobre os deveres gerais, p.

¹⁷⁹ Conforme capítulo sobre o Dever de cuidado, p.

¹⁸⁰ Mokal R. Corporate Insolvency Law, 2005, p. 293-295, cfm. Davies P. 2008, op. cit. p. 309 et seq.

¹⁸¹ Mokal R. 2005, op. cit. p.205 et seq., destaca uma série de motivos pelos quais os administradores terão interesse em aumentar os riscos da empresa para salvá-la, ignorando os riscos de falha. Dentre estes interesses estão a manutenção de seus empregos, a má-reputação que levar uma empresa à insolvência terá em sua carreira e as boas relações com os credores em caso de pagamento das dívidas.

Conclui-se que, independente da situação dos administradores, próximo da insolvência cria-se um incentivo perverso que privilegiará a assunção de riscos altos em detrimento de posições mais conservadoras. As regras de governança corporativa devem preocupar-se em regular as situações onde esta inversão dos riscos - dos sócios para os credores - ocorra¹⁸². Esta inversão é gradual, pois o interesse dos sócios em negócios de risco aumentará exponencialmente quando estiver caminhando em direção à insolvência¹⁸³.

Nas proximidades da insolvência também se exacerbam os comportamentos oportunistas por parte dos administradores e sócios. Uma das formas mais comuns de oportunismo dos administradores será o não cumprimento dos deveres gerais perante a sociedade para obter vantagens pessoais. Não obstante, pode também ser verificado o oportunismo em manter a sociedade operativa quando insolvente, de modo que mantenha suas posições e vantagens¹⁸⁴.

Aos sócios, a separação dos patrimónios é o gatilho que possibilita o oportunismo. Em decorrência disto deve haver o controle sobre as distribuições de ativos e lucros da sociedade¹⁸⁵. Os efeitos da distribuição dos ativos para sócios não são diferentes da assunção de negócios de alto risco, pois em ambos os casos a possibilidade de falência aumenta. As jurisdições tem sido mais atentas ao primeiro caso do que ao segundo¹⁸⁶.

Os deveres gerais dos administradores não abrangem de forma clara o controle sobre o envolvimento da empresa em negócios de alto risco¹⁸⁷. Em ambas as formas de

¹⁸² Sobre os incentivos a negócios de alto risco e seu controle por regras de governança corporativa, cfr. Spindler G. *Trading in the Vicinity of Insolvency*, 2008, p. 342; e Paul Davies, 2008, p. 310-311. Ver também Eidenmuller H. 2008, op. cit. p. 241 et seq.; Hansmann H e Kraakman R. *Toward unlimited shareholder liability for corporate torts. Yale Law Journal. 1991*, p. 1882 et seq.

¹⁸³ Mülbart PO. op. cit., p. 377, cita Hirt HC. *The Wrongful trading remedy in the UK law...*, in ECFLR. Algumas leis possuem regras para evitar comportamentos oportunistas. Veremos situações adiante.

¹⁸⁴ Mülbart PO. op. cit., p. 372.

¹⁸⁵ Ver capítulo 5.

¹⁸⁶ Mülbart PO. op. cit., p 377

¹⁸⁷ I.é, projetos com prospectos mais voláteis de retorno financeiro.

oportunismo, o sócio terá de exercer seu poder sobre os administradores, seja por ser o sócio dominante, administrador nas sombras ou administrador de fato¹⁸⁸, o que justificará a responsabilidade dos administradores nestes casos¹⁸⁹.

4.3. REGRAS DE PROTEÇÃO DOS CREDORES NAS PROXIMIDADES DA INSOLVÊNCIA

Os sistemas legais de diversos países oferecem soluções que buscam amenizar os prejuízos dos credores e protegê-los, até certo ponto, do arbítrio da administração. São regras que visam equilibrar os incentivos perversos na proximidade da insolvência ou evitar a atuação oportunista de sócios e administradores.

As regras sobre capital mínimo são comuns em diversas legislações. Entretanto, estas não serão suficientes para impedir o desvirtuamento da empresa na proximidade da insolvência. Isso porque a diminuição do capital da empresa abaixo do inicial só impedirá a distribuição de lucros nas empresas¹⁹⁰. Hoje admite-se a possibilidade da criação de empresas com capital irrisório, o que também trará severas consequências para a segurança dos créditos¹⁹¹.

Legislações europeias - com base em segunda diretiva do conselho da união europeia¹⁹² - exigem a convocação da assembleia dos sócios para rever decisões empresariais quando a metade do capital social for perdido e da obrigação de solicitar a

¹⁸⁸ No mesmo sentido, Mülbart PO. op. cit. 2008, p. 373.

¹⁸⁹ Ver capítulo 5.3.4. Distribuição indevida e o princípio da intangibilidade do capital social - art. 33, 34 e 35 do CSC, art. 201 da LSA brasileira.

¹⁹⁰ Estrutura legal encontrada em diversas legislações. Na Alemanha, prevê a aktG §92(1). Em Portugal, está previsto no art. 35 do CSC. No Brasil não há previsão de capital social mínimo, exceto para empresas individuais de responsabilidade limitada (art. 980-A do CC).

¹⁹¹ Capítulo sobre redução do capital social.

¹⁹² Diretiva 77/91/EEC. Foi substituída pela diretiva 2012/30/EU, a qual não modificou este aspecto.

insolvência legal após três semanas de insolvência¹⁹³. São construções jurídicas às quais devemos dar atenção, pois impõem regras de conduta dos administradores que protegem os interesses dos credores, ainda que indiretamente. Trata-se de obrigações diretas para com a sociedade, as quais podem ser exigidas somente pelos sócios em proteção aos interesses da sociedade¹⁹⁴. Porém, não se pode negar que protejam, ainda que de forma indireta, os interesses dos credores.

Em Portugal também existe lei que prevê que os administradores condenados em casos de insolvência culposa deverão ressarcir os credores no montante dos créditos não satisfeitos¹⁹⁵. Cumula-se a isso a sanção de inibição dos administradores para a administração de patrimônio de terceiros. Trata-se de uma das sanções mais fortes de proteção aos credores na insolvência culposa, pois prevê a cobertura total dos créditos, presumindo-se que o administrador que atuou culposamente na insolvência causou a totalidade dos prejuízos dos credores. Dependerá da prova de culpa do administrador e todos os condenados responderão solidariamente. Caso seja possível quantificar os danos causados pelo administrador, o juiz deve fixar o valor das indenizações devidas por cada administrador¹⁹⁶, prova que interessa à defesa dos administradores.

Estas construções inibirão parte das condutas culposas, mas não serão suficientes para impedir o incentivo inverso próximo a insolvência. O descumprimento destas normas de proteção indireta também possibilitariam a ação direta de responsabilidade dos

¹⁹³ O aktG 92(2) inspirou o disposto na lei portuguesa, art. 18 do CIRE. A lei inglesa, sec. 214 do British Insolvency Act precede a lei australiana, sec. 588 do Corporations Act 2001.

¹⁹⁴ Lei portuguesa, art. 72 e seguintes do CSC. Será decisão da assembleia de sócios ou de um sócio em substituição aos interesses da sociedade. Por fim, se a sociedade não exercer este direito, poderá o credor exercê-lo em nome da sociedade (art. 78, nº 2)

¹⁹⁵ CIRE, Artigo 189.º, e) “Condenar as pessoas afectadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos respectivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afetados.” Existia artigo similar em período anterior a 2004. Este foi excluído e reintroduzido na legislação em 2012. Este artigo deve ser combinado com a definição de insolvência culposa do art. 186 e a responsabilidade prevista no art. 59.

¹⁹⁶ É o que prevê a regra do nº 4 do art. 189 do CIRE.

administradores¹⁹⁷. Haverá um ilícito cometido e este ilícito é fato gerador de responsabilidades. Qualquer sujeito que possa ser prejudicado por este ilícito terá pretensão de ação conta o agente da ação. Estas obrigações também serão exigíveis dos *shadow directors*.¹⁹⁸ São normas específicas que, a princípio, não se encontram positivadas no direito brasileiro, mas poderão ser subsumidas do sistema geral de responsabilidade civil.

É possível comparar os formatos de proteção existente nas leis alemã e britânica e destacar diferenças. A primeira é que a lei alemã aplica duas regras de insolvência a sociedade: será insolvente a empresa que (I) tenha maiores passivos que ativos (*Überschuldung*) ou (II) não consiga arcar com o pagamento de suas dívidas (*Zahlungsunfähigkeit*). Por ser uma construção legal disjuntiva¹⁹⁹, a regra deverá ser aplicada quando a primeira das situações previstas tiver efeito. A lei inglesa só aplicará as regras sobre o teste de fluxo de caixa. Assim sendo, a lei alemã terá efeito em momento anterior à lei inglesa no declínio empresarial²⁰⁰.

Pode-se comparar a forma da intervenção legal. A lei alemã estipula que os administradores têm a obrigação legal de declarar a insolvência dentro do prazo de três semanas após a constatação de qualquer das condições. Dentro a insolvência, a empresa torna-se muito mais rígida, pois a regra impede que a empresa comece novos negócios na vigência do processo de insolvência. Na lei britânica, os administradores passam a ter o dever de tomar decisões razoáveis para minimizar as perdas potenciais dos credores com a constatação da insolvência. A administração mantém-se com os

¹⁹⁷ Conforme capítulo sobre a ação direta dos credores.

¹⁹⁸ A lei britânica aplica as obrigações de insolvência também aos *shadow directors*, característica elogiada por Davies P. op. cit. 2008, p. 318. Ver capítulo sobre *shadow directors*, 5.7.2.

¹⁹⁹ A expressão “ou” (*oder*) é um condicional disjuntivo lógico, permitindo a aplicação da regra quando uma das condições for verdadeira. Weber H. Através da Lógica, 2009.

²⁰⁰ Bachner T. Wrongful Trading before the English High Court. *European Business Organization Law Review*. 2004, p. 293, argumenta que uma qualquer uma das situações pode ocorrer antes da outra, o que explicaria a maior eficácia temporal da lei germânica. Vide Davies P. 2008, op. cit. p. 320 et seq.

administradores, porém estes responderão civilmente se agirem sem observar aos interesses dos credores. Entende-se que a disposição inglesa seja mais satisfatória para a proteção dos credores, pois expõe os administradores à responsabilização frente aos credores caso assumam riscos desmedidos²⁰¹. Podemos perceber que há vinculação com o dever de cuidado²⁰², no qual o ato pode ser avaliado de acordo com a *business judgement rule*.

De outra senda, há a preocupação de parte da doutrina com o fato de que tais deveres sejam ativados somente quando da entrada na insolvência. Em um quadro legal onde os deveres para com os credores existam somente para o administrador da liquidação, pode haver ineficiência da lei. Muitas vezes as empresas chegam a condição de “falidas” quando já não há ativos liquidáveis, o que inviabiliza a própria liquidação judicial. Nestes casos, não há como impor tal responsabilidade sobre o administrador da falência, e sequer este poderá buscar a responsabilização dos administradores anteriores, pois a empresa não terá recursos para pagar os custos do procedimento. A efetividade destes deveres somente quando na proximidade da falência acaba por ser questionável²⁰³. Não obstante, a consagração deste dever, ainda que tardia, possibilitaria aos credores buscar o ressarcimento por seus prejuízos diretamente aos administradores²⁰⁴.

Em sentido contrário à consagração deste dever, pode-se argumentar que os credores já possuem ação para exigir a decretação da insolvência da sociedade,

²⁰¹ Davies P. op. cit. 2008, p. 318-319.

²⁰² Wagner G. “Comparative Tort Law”, in The Oxford Handbook of comparative tort law, 2006, p. 1014, afirma que na common law não há uma definição clara dos “interesses protegidos”, porém seus conceitos estão integrados no próprio conceito do “duty of care”.

²⁰³ Spindler G. 2008, op. cit. p. 354, lembra que estes argumentos são baseados em comportamentos presumidos de administradores, porém há pouca evidência empírica ou jurisprudência até o momento.

²⁰⁴ Pode-se questionar se será ideal o direito geral de ação direta por parte dos credores ou a ação em substituição a sociedade, quando esta não iniciar o processo no prazo legal. A estrutura da lei portuguesa possibilita ambas as formas. A ação direta existirá na inobservância culposa de deveres e quando houver violação de normas de proteção dos credores (art. 78, nº 1 do CSC) e nas demais situações permitirá a ação em substituição ao pleito da sociedade (nº2 do mesmo art.).

independente da ação dos administradores. Mas isso significa que eles poderão utilizar-se deste expediente para cobrar dos administradores a responsabilidade por não terem iniciado o processo de insolvência da empresa?

Os administradores têm maiores acessos aos dados financeiros da empresa que a maioria dos credores. Os credores só terão ciência da situação de insolvência da empresa no momento em que seus créditos tornarem-se líquidos e não forem pagos. Estender aos credores o poder de fiscalização sobre a atuação financeira responsável dos administradores nos negócios da sociedade será temerário neste quesito. Além disso, a insolvência da empresa pode ser determinada através dos dois diferentes testes vistos. O direito do credor de solicitar a declaração de insolvência da empresa só poderá utilizar-se do teste de fluxo de caixa.

Em oposição a este último raciocínio, afirma Mülbert (2008)²⁰⁵ que o reconhecimento da insolvência pelo critério do passivo ser maior que o ativo deve ser suficiente para que o credor possa legalmente impor restrições específicas para proteção de seus interesses. Entretanto, essa possibilidade só existirá se reconhecermos que as normas de proteção tratadas neste capítulo protegem também aos interesses dos credores e lhes outorga o poder de ação.

E que restrições seriam estas? Quais são as sanções possíveis aos administradores que possam tutelar os interesses dos credores? Quais os padrões de condutas que poderão ser exigíveis dos administradores pelos credores?

4.4. JURISPRUDÊNCIA E A CONDUTA DOS ADMINISTRADORES

Se observamos a jurisprudência para responder estas questões, veremos que os padrões de comportamento exigidos pelos tribunais não são firmes. Não surgiu na

²⁰⁵ Mülbert PO. op. cit., p. 378.

Inglaterra uma definição de quais seriam os padrões exigidos dos administradores quando aplicadas as regras legais²⁰⁶. Paul Davies entende que não há evidência de que os padrões normais de conduta para administradores sejam aplicáveis aqui e entende que novos padrões devam ser desenvolvidos para estes casos²⁰⁷.

A lei alemã, no § 92, (2) faz remissão ao dever de cuidado (§ 93), conectando diretamente as situações de proteção aos credores frente à insolvência com o dever de cuidado dos administradores. Em verdade, o §93(5) da AktG não limita a extensão do dever de cuidado aos credores aos períodos de insolvência, embora seja onde mais frequentemente é usado²⁰⁸.

Similar é a disposição da lei neozelandesa, a qual prevê a responsabilidade dos administradores para com os credores caso estes conduzam os negócios de forma que possa causar riscos graves aos credores²⁰⁹. Muito embora a lei não limite à insolvência, é uma disposição absorvida do Companies Act Inglês, motivo pelo qual pode dar-se interpretação similar. A jurisprudência neozelandesa não é firme sobre o nível de prova exigível (fraude ou negligência)²¹⁰.

A lei portuguesa permitirá a responsabilização dos administradores pelos danos causados aos credores em casos de insolvência, sobretudo quando culposa²¹¹. Impende afirmar que dependerá da prova da culpa.

Ou seja, das quatro referências legislativas onde há clara proteção dos interesses dos credores e o respectivo direito de acionar os administradores, duas não limitam a

²⁰⁶ No caso, trata-se da sec. 214 do Companies Act inglês.

²⁰⁷ Davies P. op. cit., p. 329.

²⁰⁸ Idem, 337.

²⁰⁹ Sec. 135 do Companies Act, 1993.

²¹⁰ Davies P. op. cit., p. 336.

²¹¹ O artigo 78 do CSC prevê a responsabilidade será limitada ao dano provocado pelo administrador. A indenização prevista nos arts. 59 e 189 do CIRE, entretanto, será ilimitada ao total das dívidas da sociedade. Há uma contradição entre os ordenamentos no que tange a dimensão punitiva. Em ambas as disposições, exige-se a culpa do agente.

regra à insolvência. Entretanto, a maioria das legislações admite a aplicação em situações de insolvência ou suas proximidades.

4.5. CONSTRUÇÃO E NATUREZA JURÍDICA DO DEVER DOS ADMINISTRADORES PERANTE OS CREDITORES

Embora as leis referidas acima introduzam o dever dos administradores perante os credores, o seu uso ainda é escasso nas legislações empresariais. O processo de concepção deste dever deve ater-se a quatro questões básicas: qual o termo inicial do dever dos administrados em observar os interesses dos credores? Qual será a natureza deste dever? Qual o nível de culpabilidade exigido e de quem será o ônus da prova?²¹² Quais são as sanções aplicáveis em caso de não cumprimento do dever?²¹³

4.5.1. TERMO INICIAL DO DEVER

No quesito temporal, há duas correntes relevantes. A vertente majoritária defende a ideia de que os interesses dos credores devam ser considerados e protegidos somente no momento próximo à falência. Haverá debate para determinar o ponto exato em que se considera iminente a falência.

Embora seja teoricamente possível traçar a linha divisória do momento em que os administradores percebem a inversão da balança de risco, as situações fáticas não serão simples. Além de existirem casos que ficarão em uma zona cinzenta, o momento em que há a perda do equilíbrio será difícil de ser apontado com precisão. Sustenta-se que os

²¹² Davies P. op. cit., p. 317.

²¹³ Mulbert PO. op. cit. p. 382.

testes de balanço evitariam que o critério seja subjetivo²¹⁴. Entretanto, as situações em que a empresa se torna insolvente - por qualquer dos métodos apresentados²¹⁵ - não demarcam o momento em que efetivamente há a inversão dos riscos. O reconhecimento da inversão será, portanto, subjetivo.

Eidenmuller propõe um teste de probabilidade de insolvência para que os deveres dos administradores tornem-se mais rijos²¹⁶, fortalecendo o dever de cuidado para com os interesses dos credores. Os testes de balanço poderão ser os critérios objetivos necessários.

A segunda vertente admite que os interesses dos credores devam ser sempre considerados. Estes interesses não sobreporão aos interesses da sociedade e dos sócios, entretanto estarão sempre protegidos. Esta proteção terá caráter subsidiário, i.é, só será realmente imprescindível quando a sociedade estiver em insolvência e não puder arcar com a dívida. Não raras vezes o critério utilizado para sua aplicação será a culpa dos administradores, o que exigirá a comprovação da atuação fraudulenta ou da intenção de lesar aos credores.

4.5.2. NATUREZA REPARATÓRIA DO DEVER

A responsabilidade civil já teve um caráter sancionatório, fundada no dever de não fazer²¹⁷. Se esta característica fosse aplicável ao regime de responsabilidade dos administradores perante os credores, poderia o titular do direito obter uma decisão

²¹⁴ Spindler G. op. cit., p. 350.

²¹⁵ Critérios encontram-se supra, 4.3.

²¹⁶ Eidenmuller H. Trading in Times of Crisis... 2006. p. 241 et seq.

Alterum non lædere, expressão latina que representa a imposição de limites imperativos, gênese do princípio de não fazer. Preceito jurídico destacado por Cruz S. Direito Romano. Ius Romanorum, Coimbra 1984, p. 13. Citado por Ramos MEG, op. cit. p. 145.

expressa do juízo para que o administrador se abstenha de tomar certo ato ou, se possível, desfaça-o.

Os deveres dos administradores perante os sócios são dotados deste poder de sanção ao ato dos administradores. Deverão ser satisfeitos os requisitos legais para a ação, dentre os quais costuma exigir-se a prévia deliberação dos sócios ou representação por sócio que detenha percentual relevante da empresa²¹⁸. Estas normas são extensão direta dos princípios de governança corporativa, motivo pelo qual encontram-se previstas nos sistemas legais²¹⁹.

A mais atual concepção da natureza jurídica da responsabilidade civil determina que o dano torna-se anônimo e o caráter sancionatório deixa de existir. Em substituição a sanção do ato, deve-se reparar o dano injusto a quem não deveria suportar. Torna-se, portanto, meramente ressarcitória²²⁰. Se o dano já não pode ser evitado, deve o sistema garantir a reparação dos prejuízos causados aos interesses jurídicos relevantes²²¹, dentre os quais encontra-se o interesse dos credores.

O interesse jurídico dos credores em que a sociedade seja administrada de forma diligente é juridicamente tutelado apenas posteriormente (*ex post*). Os credores não dispõem de normas coercitivas ou remédios jurídicos para impedir a atuação dos administradores, mas possuem o direito de se ressarcir dos prejuízos causados por uma administração não-diligente

²¹⁸ Exemplos legais nos arts. 75 a 77 do CSC português e no art. 159, caput e §4 da LSA brasileira.

²¹⁹ Conforme capítulo sobre os deveres gerais dos administradores. Estas normas podem ter o formato de deveres gerais ou específicos, a depender da legislação de cada país.

²²⁰ Ramos MEG, op. cit. p. 144 et seq. desenvolve a evolução da responsabilidade civil perante os credores. Destaca obras de Jorge Monteiro, Estudos sobre a responsabilidade civil, Coimbra, 1983, p. 13 et seq.; Busnelli, Illecito civile, Roma, 1991, p. 3; Rodotà, Il Problema della responsabilità civile, 1964, p. 18. Alpa G e Bessone M. Atipicità dell'illecito, 1980, volume I, p. 4. Também sobre a responsabilidade civil e bem jurídicos tutelados discorre Frazão A. Op. cit. p. 220 et seq.

²²¹ Ramos MEG, op. cit. p. 146, conclui que a doutrina portuguesa é unânime em reconhecer o caráter reparatório da responsabilidade civil. São alguns os interesses jurídicos que merecem ressarcimento (Alpa G e Bessone M. La responsabilità civile, 2001, pp. 5-6), situação que é comum aos diversos sistemas de responsabilidade (Van Dam, European Tort Law, 2006, p. 141 e ss), entre eles o BGB, a jurisprudência inglesa sobre o *duty of care* e de forma mais incipiente na *faute* francesa.

Busca-se nesta construção priorizar a eficiência das sociedades. Se toda a decisão da administração fosse questionável pelos credores, estaria a criar-se uma legislação burocrática que impediria a livre-atuação dos administradores e retiraria de suas decisões a celeridade exigível na economia global. Por este motivo, o viés indenizatório da tutela dos credores criará incentivos para que os administradores atuem de forma diligente e a considerar o interesse dos credores.

A natureza da responsabilidade civil dos administradores não apenas dá incentivos prévios (*ex ante*) para que estes cumpram com os padrões exigidos pelos deveres, como também compensam os credores pelas perdas. Os credores terão permanente interesse em investir seus recursos para recuperar parte do montante que lhes é devido. São vantagens claras se confrontadas à responsabilidade criminal, a qual dependerá de recursos públicos e apenas terá a consequência benéfica de coibir o ato, não sendo suficiente para o ressarcimento²²².

Há certa dificuldade na criação de um sistema coerente de proteção do crédito enquanto há divisão entre situações de direito societário e situações de direito da insolvência²²³. No sistema privilegiado pelo direito societário, temos a responsabilidade civil com seu caráter reparatório. Entretanto, na insolvência teremos o desenvolvimento deste dever em nível sancionatório, a depender da previsão de deveres específicos aos administradores que tutelem os interesses dos credores.

Os credores, sendo *stakeholders*, também terão o direito de cobrar o atuar diligente do administrador. Essa cobrança terá a natureza indireta da responsabilidade civil e deverá ser pautada em critérios de conduta dos administradores.

²²² Mülbart PO. op. cit. p. 382.

²²³ Braid DG. Legal Approaches to Restricting Distributions to Shareholders..., 2008, p. 199. Esta dicotomia existe inclusive nas regras da União Europeia, direito societário é afetado pela concorrência legislativa (*regulatory competition*) e, de acordo com julgamentos do TJUE, aplicam a teoria da incorporação, enquanto o direito da insolvência aplica as regras do centro dos interesses da empresa.

4.5.3. CRITÉRIO DE CONDUTA - A *BUSINESS JUDGMENT RULE* COMO CRITÉRIO DE ATUAÇÃO DOS ADMINISTRADORES AO CONSIDERAR OS INTERESSES DOS CREDORES

O dever dos administradores em observar os interesses dos credores não deverá ter composição exclusiva de deveres específicos²²⁴. Tal dever deverá ser caracterizado no formato de padrões de conduta impostos aos administradores²²⁵. Por serem padrões de conduta, vincular-se-ão a deveres gerais ou princípios que regem uma boa governança corporativa. Este dever será uma extensão do dever de cuidado. Nas proximidades da insolvência, deverá o administrador ter o cuidado de manter a empresa solvente e tomar medidas para evitar a perda de patrimônio.

A proteção dos credores desvincula-se da exclusividade da cobrança frente à sociedade²²⁶. Os administradores, responsáveis legais pelas decisões empresariais, responderão civilmente se atuarem de forma não diligente²²⁷.

Assim como no dever de cuidado, a *business judgement rule* deverá ser o critério definidor dos limites de ação dos administradores²²⁸ quando estes tiverem de considerar os interesses dos credores. O julgamento da decisão racional deve considerar a perspectiva dos credores e da sociedade, de forma especial quando a sociedade correr riscos de insolvência.

²²⁴ Atos específicos para reduzir os riscos do oportunismo e de prevenção ao *wrongful trading* já estão prescritos em algumas legislações, conforme visto anteriormente. Entretanto, podem ser limitantes do atuar dos administradores e gerar prejuízos para a sociedade.

²²⁵ Davies P. op. cit., 2008, p. 318.

²²⁶ Na existência de um dever de pagamento não cumprido no tempo estipulado (art. 331 e ss., CCB), haverá ato ilícito. O não pagamento de dívidas dará direito a sanções, desde já à cobrança das mesmas, seja administrativa ou judicial (CPC brasileiro, processo de execução de títulos, arts. 556 e ss.). Trata-se de normas de proteção específica dos credores frente ao devedor principal, no caso, a sociedade. Há normas equivalentes nos principais sistemas legais.

²²⁷ Em termos equivalentes aos vistos sobre o dever de cuidado.

²²⁸ Spindler G. op. cit., 2008, pp. 343-344, admite que alguma forma de *business judgement rule* deverá ser aplicada neste dever.

A *business judgment rule* foi introduzida nos diversos sistemas legais com o escopo de controlar a governança das sociedades. Ela tem papel importante em definir parâmetros de atuação dos administradores ao observar o dever de diligência com a empresa. A princípio, o dever de diligência deve respeitar um atuar criterioso e ordenado de um gestor que visa promover os interesses da sociedade e seus acionistas. A *business judgment rule* definirá os limites da negligência grave com a gestão empresarial²²⁹.

A observância do dever de cuidado exige que a gestão da sociedade seja racional e coerente. Significa que as decisões não devam contradizer a informação obtida e deva haver uma ponderação dos riscos.

Os fundamentos da *business judgment rule* preceituam que os riscos a serem analisados serão relativos ao interesse da sociedade, inclusive nas questões que envolvam a própria solubilidade empresarial. De sobremaneira, as decisões que possam levar uma empresa à insolvência interessarão aos credores.

A inversão da relação do risco existirá próxima da insolvência, situação em que o risco do negócio será repassado aos credores. Nestas situações, deve haver a inversão dos valores no dever de cuidado²³⁰, priorizando-se então os interesses dos credores em detrimento dos interesses dos sócios. O administrador deverá ter em conta o interesse dos credores ao cumprir com o dever de cuidado, assim evitando negócios de alto-risco quando estes puderem levar a sociedade à insolvência.

Gerald Spindler observa duas grandes vantagens em se aplicar a *business judgment rule* nas proximidades da insolvência. A mais evidente é que as possibilidades de recuperação da empresa aumentarão se os administradores puderem ser

²²⁹ Cfm. supra 3.1.2.

²³⁰ Eidenmuller H. op. cit., 2008, p. 241 e ss.

responsabilizados por seus atos. Depois, as cortes terão de definir *ex post* qual era a chance de insolvência da empresa, o que dá maior poder decisivo aos administradores²³¹.

Se aplicarmos a *business judgement rule*, o critério de negligência grave será de fácil verificação: a decisão deverá ter razoabilidade econômica, não ser irracional e não assumir riscos desmedidos. Em especial este último quesito interessará aos credores. A *business judgement rule* será a regra de exceção que permitirá a defesa dos administradores.

Este dever deverá ser o pilar teórico da responsabilidade dos administradores perante os credores. Estes critérios controlarão o *wrongful trading*²³², preocupação essencial da doutrina que busca o reconhecimento do dever dos administradores em cuidar dos interesses dos credores na proximidade da insolvência, além de criar o substrato teórico para alguns deveres específicos já existentes de responsabilidade de administradores e sócios.²³³

4.5.4. ÔNUS DA PROVA

O acesso à prova apresentará problemas práticos. Os credores terão, potencialmente, menos acesso a informação necessária sobre possíveis fraudes e inobservância dos deveres de cuidado e lealdade por parte dos administradores²³⁴. Esta prova será de fácil obtenção para membros da sociedade. Outrossim, legislações como a portuguesa prevêem a presunção de culpa dos administradores somente nos casos em que a própria sociedade contestar o ato. Os terceiros não costumam ter qualquer

²³¹ Spindler G. op. cit., 2008, p. 354.

²³² Negociação fraudulenta, fraude a credores e outras situações podem ser englobadas pelo “*wrongful trading*”. Veremos algumas de suas formas no próximo capítulo.

²³³ Ver capítulos 5 e 6, sobre responsabilidades específicas dos administradores e responsabilidades dos sócios.

²³⁴ Spindler G. op. cit., 2008, p. 353.

privilégio para a obtenção de provas, circunstância que opera como limitador dos casos de responsabilização civil de administradores perante credores.

Gerald Spindler sugere que a inversão do ônus da prova solucionaria o problema. Caberia aos administradores provarem que agiram de boa-fé²³⁵, com razoabilidade econômica²³⁶ ou qualquer outro parâmetro que fosse utilizado como critério de conduta. De outra senda, não parece justificável que os credores devam provar a culpa dos administradores, uma vez que são presumivelmente hipossuficientes para a obtenção das provas necessárias.

Na legislação brasileira não haverá qualquer regra específica de inversão de ônus da prova aplicável à relação entre administrador e credores. Assim sendo, aplica-se a regra geral na qual o autor deverá provar o fato constitutivo do seu direito²³⁷. O regime português prevê a inversão do ônus da prova somente para ações da sociedade, excluindo dos credores qualquer benefício neste aspecto.

Constituído o direito, o administrador poderá provar circunstância extintiva do direito de ação dos credores. No caso, esta circunstância deverá ser a razoabilidade do negócio, motivo pelo qual justifica-se a utilização da *business judgment rule* como principal defesa dos administradores perante os credores.

²³⁵ Spindler G. op. cit., 2008, p. 353.

²³⁶ *Business judgement rule* como critério de conduta.

²³⁷ Código de processo civil brasileiro, art. 333.

5. A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES PERANTE OS CREDORES SOCIAIS

5.1. A ADMINISTRAÇÃO DE SOCIEDADES NO BRASIL

As sociedades anónimas brasileiras operam sob o sistema “dualístico”. Neste, deve haver dois órgãos: o conselho de administração e a directoria. O conselho é eleito pela assembleia geral. A directoria será o órgão responsável pela efectiva administração da sociedade, sendo indicada pelo conselho de administração. Nas sociedades anónimas fechadas, há a possibilidade da adoção de um sistema monístico, no qual existirá apenas a directoria²³⁸.

A teoria orgânica explica que caberá aos administradores tomar as decisões da sociedade. A empresa atuará por intermédio dos administradores²³⁹, em uma relação de representação *sui generis*²⁴⁰. O administrador será nomeado por ato unilateral, devendo a posteriori fazer o aceite do cargo pelo período previsto²⁴¹. A partir deste momento, o administrador estará sujeito a uma relação de prestação de serviços²⁴², cuja obrigação será de meio²⁴³ e regida pelos deveres de cuidado e lealdade. Por ser uma obrigação de

²³⁸ Art. 138 da lei das S.A.

²³⁹ Brito AV. O Conselho de Administração da Sociedade Anónima. *Revista de Direito Empresarial*, p. 125.

²⁴⁰ Divergir da relação de representação normal porque a pessoa jurídica, sem seu representantes, não tem poder de atuação.

²⁴¹ Cfr. Abreu JMC. *Governança das Sociedades Comerciais*. Almedina, Coimbra. 2006, p. 72 et. seq.

²⁴² Nunes PC. *Dever de Gestão Dos Administradores de Sociedades Anónimas*. Teses. Coimbra: Almedina, 2012; conforme Frada MAC., op. cit., p. 206; Correia AF. *Lições de direito comercial*. Coimbra: FDC; 1973. p. 389; e Druey VN et al. *Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates*. Zürich: SPV; 1994, p. 136.

²⁴³ Em oposição à obrigação de resultados. O administrador deverá empregar os meios adequados à função de administração, mas não será obrigado a ter resultados satisfatórios. Sobre esta distinção, diversos estudos foram feitos.

meio, ilicitude e culpa se sobreporão na maior parte dos casos²⁴⁴, a resultar no dever judicial de presumir a culpa (ou na irrelevância da culpa frente à ilicitude).

O conselho de administração será órgão intermediário entre a assembleia geral e a diretoria. Essa estrutura foi criada com o intuito de acelerar decisões cruciais para a companhia e que não pudessem esperar pela reunião de uma assembleia geral dos sócios²⁴⁵. Terá a função essencial de representar os acionistas na atuação direta da sociedade²⁴⁶. Havia exigência legal para que os membros do conselho de administração fossem acionistas, porém tal disposição foi removida em 2011²⁴⁷ por influência dos desenvolvimentos recentes na doutrina internacional de governança corporativa. Estes desenvolvimentos buscaram dar certa independência ao conselho de administração²⁴⁸, órgão criticado pela doutrina brasileira²⁴⁹.

Destaca-se ainda que a lei brasileira não obriga, porém permite a participação de representante dos empregados da empresa no conselho de administração²⁵⁰. Percebe-se a clara influência do sistema alemão, no qual a presença do representante dos

²⁴⁴ Conforme Nunes. 2006., op. cit. p. 479., nota 1942 vários autores dedicaram-se ao estudo da prestação de meios, prestação de resultados e a culpa. Destacam-se Medicus D., Lorenz DS. Schuldrecht: Allgemeiner Teil: ein Studienbuch. . H. Beck. 2008. p. 156-157. Allegri V. Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori. A. Giuffrè. 1979. p. 147-156. Cordeiro, AM. Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais. Lisboa: LEX; 1997. Tratado, II, Tomo I, p. 399-470. Múrias P., Pereira ML. Obrigações de meios, obrigações de resultado e custos da prestação. 2008. p. 5. A dificuldade da distinção entre ilicitude e culpa na gestão empresarial também é tema abordado pelos autores - Varela JMA., op. cit., p. 302 et seq.; Monteiro JS., op. cit., p. 300 et seq., Frada MAC., op. cit., p. 205., Vasconcelos PP. 2009., op. cit., p. 57. e outros.

²⁴⁵ Coelho, FU. op. cit., p. 214.

²⁴⁶ BRITO, AV. O Conselho de Administração da Sociedade Anônima, Revista de Direito Empresarial, p. 159.

²⁴⁷ Art. 146. “Poderão ser eleitas para membros dos órgãos de administração pessoas naturais, devendo os diretores ser residentes no País.”

²⁴⁸ O IBGC (Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa, pp. 29 et seq.) entende que o conselho não deve interferir nos assuntos operacionais da empresa, tendo função de supervisor, e que deva gerenciar os riscos corporativos a fim de mitigá-los. Recomenda que seja composto por administrador independentes, não devendo serem administradores subordinados aos sócios.

²⁴⁹ Carvalhosa MSB., op. cit., p. 6, lembra que o órgão é similar a “*board of directors*” dos EUA, a qual sofre duras críticas por sua inutilidade.

²⁵⁰ Desde 2001, o art. 140 da LSA dispõe em seu Parágrafo único: “O estatuto poderá prever a participação no conselho de representantes dos empregados, escolhidos pelo voto destes, em eleição direta, organizada pela empresa, em conjunto com as entidades sindicais que os representem.”

funcionários é obrigatória como sistema de controle social²⁵¹. Esta opção insere na administração um representante que tem o efetivo interesse na continuidade da empresa. Entretanto, a forma facultativa escolhida não beneficia sua aplicação, visto que é uma regra de controle que poucas empresas ousariam adotar, salvo se com o intuito de beneficiar sua imagem de governança corporativa²⁵².

Também existem mecanismos para beneficiar os sócios minoritários que detiverem ao menos 10% das ações. Estes poderão optar pela voto cumulativo²⁵³, o qual dá direito a um voto por vaga a compor o conselho²⁵⁴, mas sem garantir um administrador dos minoritários como em outros sistemas²⁵⁵.

Além de eleger os membros da diretoria, cabe ao conselho de administração as funções fiscalizar a atuação da mesma, determinar as diretrizes empresariais e deliberar sobre qualquer assunto que não seja de competência exclusiva da assembleia geral²⁵⁶. O estatuto pode prever quorum especial para votações de certas matérias. Neste sentido, parte da doutrina entende que possa existir um poder de veto²⁵⁷.

Supostamente, não existirá subordinação legal entre os órgãos²⁵⁸. Entretanto, sendo a diretoria efetivamente indicada pelo conselho de administração, haverá a subordinação estrutural. A estrutura dúplice brasileira é verticalmente rígida e corrobora

²⁵¹ Salomão Filho, C. O Novo Direito Societário, p. 33.

²⁵² Conforme já suscitado no que tange a governança corporativa, o shareholder e stakeholder value.

²⁵³ O cumulative voting é permitido em alguns estados dos Estados Unidos. Entretanto, sua presença tem sido reduzida entre as empresas nos últimos 20 anos. Cfm. Gompers P., Ishii J., Metrick A. Corporate governance and equity prices. *The Quarterly Journal of Economics*. 2003;118(1):107-156.

²⁵⁴ Art. 141 da LSA

²⁵⁵ A exemplo de Portugal.

²⁵⁶ Coelho FU. op. cit., p. 215.

²⁵⁷ Carvalhosa MSB., op. cit., p. 97. acha que o poder de veto possa ser prejudicial. De outra senda, Brito AV., op. cit., p. 155. crê que a modificação do quorum permite que certas matérias dependam de unanimidade, o que pode ser pertinente à sua complexidade.

²⁵⁸ Frazão A. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Renovar, 2011. p. 170.

com a concentração do poder do controlador, dificultando o controle pelo mercado²⁵⁹. Isto é, quando a administração realizada pela diretoria for dissonante com os interesses do conselho de administração, o último poderá destituí-la²⁶⁰.

O sistema brasileiro permite amplo controle dos sócios em comparação ao anglo-saxão. O modelo adotado para o conselho de administração facilita a concentração de poderes. Trata-se de órgão representante dos sócios que está acima da diretoria, sendo capaz de tomar decisões mais céleres do que a assembleia geral. O conselho de administração é órgão, na estrutura brasileira, com maior independência funcional. No restante, a função do conselho de administração será muito similar à do conselho de supervisão em Portugal²⁶¹. A estrutura tratada como “dualística”, em comparação com os sistemas encontrados na Europa continental²⁶², não será muito diversa do sistema orgânico monístico italiano, visto que os órgãos estão hierarquicamente ligados.

A estrutura das funções mantém o controle nas mãos do conselho de administração. Funções indelegáveis são atribuídas ao conselho, porém à diretoria não restam funções que sejam-lhe privativas. Existe, ainda, a possibilidade de revisão das

²⁵⁹ Estudos mais aprofundados sobre os aspectos da concentração de poderes na estrutura societária brasileira foram desenvolvidos (Salomão Filho C. op cit., 2006, p. 64 et seq.). Inclusive, há quem entenda que o modelo de concentração de poderes na mão dos controladores é melhor se comparado com o modelo de diluição acionária e fortalecimento da diretoria Nunes, MTG. *Desconstruindo a Desconsideração Da Personalidade Jurídica*. Quartier Latin, 2007, p. 326 et seq.

²⁶⁰ Neste sentido, não será muito diferente do sistema anglo-saxão (Dignam & Lowry, op. cit. 2010, p. 293), no qual considera-se que haja independência total da diretoria mesmo frente a possibilidade constante de destituição do administrador por parte da assembleia.

²⁶¹ Arts. 434 e ss. do CSC.

²⁶² Abreu JMC. op. cit. 2010, p. 35 et seq., explica que, em Portugal, o sistema monístico “tradicional” é composto de dois órgãos (conselho de administração e conselho fiscal), opondo-se a um sistema dualístico com três órgãos (direção, conselho geral e revisor oficial de contas) - ao qual prefere chamar “de tipo germânico”.

Conforme Sandulli M., Santoro, V. La riforma delle società. Torino: 2003. p. 388 et seq., em Itália o empresário poderá optar entre três sistemas: O “Tradizionale” contará com *consiglio di amministrazione* ou *amministratore unico/collegio sindacale*; o “dualístico” terá o *consiglio di gestione/consiglio di sorveglianza*; e o “monístico” será composto de *consiglio di amministrazione*, com um *comitato per il controllo sulla gestione*.

decisões da diretoria pela Assembleia Geral, o que retira-lhe grande parte de sua independência funcional.²⁶³

Concluí-se que, embora não exista subordinação legal entre os órgãos, a prática indica que a diretoria possa ser controlada pelo conselho de administração. Este é um dos aspectos que distorce as relações de poder entre diretoria e controladores no Brasil, visto que “só a independência funcional dos administradores é capaz de separar pessoa jurídica e seus controladores”²⁶⁴. Outrossim, os sistemas de controle inseridos no Brasil são opcionais, não garantindo a governança corporativa.

5.1.1. RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES NO BRASIL

Inseridas nesta realidade, as normas de responsabilidade civil dos administradores aplicar-se-ão ao conselho de administração e diretoria, indistintamente²⁶⁵. Entretanto, não haverá solidariedade, sequer confusão entre as responsabilidades. Vale dizer, portanto, que a responsabilidade por ato da diretoria sobre esta recairá, bem como a responsabilidade por acto do conselho de administração lhe será exclusiva. Se existir eventual concorrência de ambos os órgãos no acto ilícito, ambos responderão.

²⁶³ Os projetos de lei que buscaram mudar as estruturas de controle societárias foram severamente modificados para a manutenção do modelo de concentração de poderes (Salomão Filho C. op. cit., 2006, p. 85 et seq. Sobre a importância das competências privativas, cita Wiedemann Gesellschaftsrecht, 1980, p. 339.

²⁶⁴ Salomão Filho C. op. cit., 2006, p. 78.

²⁶⁵ Conforme art. 145 da LSA brasileira.

A natureza jurídica da responsabilidade dos administradores existente no Brasil procede de uma preponderante influência do modelo francês²⁶⁶. Desde 1882, com a lei 3.150, a responsabilidade civil dos administradores era fundada essencialmente na culpa²⁶⁷. Esta responsabilidade era válida tanto perante a sociedade como perante terceiros. A evolução levou até o conceito de "*fautè de gestión*", conceito que é utilizado até hoje na França.

A existência deste conceito fez com que se procurasse averiguar a culpa dos administradores nos atos. A lei não exige a prova de fraude²⁶⁸, mas os tribunais eventualmente utilizam-se deste critério.

A estrutura da responsabilidade civil dos administradores será a mesma do direito civil. Deve haver um ato ou omissão do administrador. Quando do não cumprimento da

²⁶⁶ Baudouin-Bugnet P., Gozard G. La direction des sociétés par actions en France et en Allemagne. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence; 1941.

Ripert G., Vogel L., Roblot R. Traité de droit commercial: Commerçants; Tribunaux de commerce; Fonds de commerce; Propriété industrielle; Concurrence (droits communautaire et français). Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2001. *apud* Frazão A., *op. cit.*

Os autores destacam que a construção jurídica francesa deu-se em três períodos. Em 1940 o principal pacote de inovações criou a figura do órgão de administração, atribuindo-lhe responsabilidades legais que superavam as responsabilidades contratuais existentes. Houve o aumento do padrão de diligência exigido do presidente do "conseil du surveillance" e a responsabilização dos demais membros por falta de supervisão e vigilância dos actos do presidente. Neste período, foi incluído no diploma a responsabilidade pessoal dos administradores em caso de falência, com base no dever de diligência, sendo: "É inequívoco que a maior rigidez do sistema de responsabilidade dos administradores, principalmente na parte em que os sujeitava às dívidas da falência, devia-se à necessidade de contenção de vários escândalos existentes após a liberalização das sociedades anônimas na França. Todavia, o efeito prático disso foi que apenas as companhias abertas subsistiram no país." (Ripert e Roblot, p. 520) Neste caso, era invertido o ônus da prova contra os administradores, o que criou uma presunção de má-gestão.

Em um segundo período, em 1966, a responsabilidade dos administradores estruturou-se na "*faute de gestion*". A *faute de gestion* era presumida em diversos casos. Perante terceiros, somente responderiam pelas "faltas destacáveis ou separáveis", o que certamente limitava o âmbito de aplicação, uma vez que deveriam ser provados os excessos. A última alteração, de 2000, deixou praticamente intocada a responsabilidade dos administradores.

²⁶⁷ Vide redação do antigo art. 11: "Os administradores são responsáveis: a) à sociedade pela negligência, culpa ou dolo com que se houverem no desempenho do mandato; b) à sociedade e aos terceiros prejudicados pelo excesso do mandato; c) à sociedade e aos terceiros prejudicados solidariamente, pelas infrações da presente lei e dos estatutos."

²⁶⁸ O art. 158, I da LSA prevê que haverá responsabilidade dos administradores quando estes agirem com "culpa ou dolo". A culpa é a negligência; o dolo equivale a fraude, o agir com intenção de prejudicar. Sobre as diversas jurisprudências que evidenciam o conflito entre a exigência de culpa ou fraude para a responsabilização dos administradores na insolvência, cfr. *supra* capítulo 4.4.

obrigação emergir um dano²⁶⁹ à empresa, credores ou terceiros, haverá a possibilidade de ação por responsabilidade civil. Chamaremos de ilícito civil o ato de descumprimento da obrigação pelo administrador. Quando o ato ilícito vincular-se ao dano, afirmaremos que há nexos causal. Está é a tríade da responsabilidade civil: ato ilícito, nexos causal e dano.

O dano ao credor poderá ser direto ou indireto²⁷⁰. O dano direto ao credor ocorrerá quando o ato ilícito do administrador gerar prejuízos materiais ao credor. Este dano existirá em algumas situações práticas, como a recusa de pagamento ou abuso de poderes de representação.

O dano indireto ao credor será mais habitual. Trata-se aqui de atos ilícitos dos administradores que causam prejuízos à própria sociedade, afetando seu patrimônio social. Por esta redução do patrimônio, o credor ficará impossibilitado de cobrar a integralidade de seus créditos frente a sociedade. Nestas situações, deverá ter o direito de buscar o ressarcimento ao administrador. Casos típicos de dano indireto advêm de condutas como a atuação sob conflitos de interesse, faltas com o dever de vigilância, distribuição de bens sociais e por assunção de riscos nas proximidades da insolvência.

Influenciada pela concepção francesa da falha de gestão, a Lei das Sociedades por Ações prevê a não existência de responsabilidade dos administradores como regra geral²⁷¹. “O administrador não responde civilmente pela obrigações contraídas em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão”²⁷².

²⁶⁹ Bonelli F. op. cit. 2004, p. 160, observa ao art. 2392 do Codice Civile italiano para concluir que deve, primeiramente, existir uma falha no cumprimento de uma obrigação.

²⁷⁰ Esta diferença ensejará diferentes ações dos credores frente aos administradores. Ver capítulo 5.4, sobre as ações judiciais.

²⁷¹ Art. 158. “O administrador não é pessoalmente responsável pelas obrigações que contrair em nome da sociedade e em virtude de ato regular de gestão; responde, porém, civilmente, pelos prejuízos que causar”

²⁷² Paes PRT. Responsabilidade dos administradores de sociedades. Revista dos Tribunais; 1999. Cfm. Alvim A. Da inexecução das obrigações e suas consequências. p. 170 et seq.

Poderá haver responsabilidade do administrador quando este atuar com culpa ou dolo²⁷³, ou violar lei ou estatuto²⁷⁴. A atuação com culpa e o ato ilícito decorrente de inobservância legal ou estatutária se confundem²⁷⁵, o que permite concluir que a prova de que o ato ilícito foi cometido é suficiente para a configuração da culpa e o indício de responsabilidade. Para a responsabilidade por abuso de direito, deverá haver a prova da culpa.

A característica legislativa de excepcionar a responsabilidade e exigir a culpa para caracterizá-la corrobora com a tendência legislativa de presumir a inocência dos atos dos administradores. Presume-se que os atos dos administradores foram diligentes e leais. Porém, a prova da existência de ato ilícito gera a presunção de culpabilidade, sobretudo porque o dever de cuidado impõe que os administradores atuem de forma diligente e informada.

5.2. CARACTERÍSTICAS DA RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES

5.2.1. CRITÉRIOS OBJETIVOS DA RESPONSABILIDADE

A regra da responsabilidade civil dos administradores sobre atos lícitos pressupõe a existência de culpa ou dolo²⁷⁶. Haverá ilícito quando o dano prescindir de um ato negligente ou fraudulento por parte do administrador que viole o direito alheio²⁷⁷. Deve-se

²⁷³ Art. 158, I - dentro de suas atribuições ou poderes, com culpa ou dolo;

²⁷⁴ Art. 158, II - com violação da lei ou do estatuto.

²⁷⁵ Cfm. Varela JMA., op. cit., p. 302 et seq.; Monteiro JS., op. cit., p. 300 et seq., Frada MAC., op. cit. p. 205 Vasconcelos PP. Business judgment rule, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais em *Direito Das Sociedades Em Revista*, vol. 2. Coimbra: Almedina, 2009, p. 57, e outros.

²⁷⁶ Art. 158, I da LSA Brasileira. O requisito da culpa também está presente na lei portuguesa, art. 78 do CSC e 59 e 189 do CIRE.

²⁷⁷ Ramos MEG, op. cit. 2002, p. 192, compara a disposição legal da legislação portuguesa com as concepções adotadas pelo BGB e conclui que deve haver a violação ao direito de outrem.

evitar que a avaliação da culpa seja um critério subjetivo²⁷⁸, motivo pelo qual o limite da negligência deve ser a *business judgment rule*²⁷⁹. Neste sentido, a aplicação da boa-fé somente aumenta a discricionariedade das decisões judiciais²⁸⁰.

Os administradores poderão ser responsabilizados por atos ilícitos decorrentes de violação de lei ou estatuto²⁸¹. Por tratar-se de normas cogentes, o critério será preponderantemente objetivo. Vale dizer que, quando da violação de normas de proteção aos credores advir um dano, responderá o administrador, independente de culpa²⁸².

Neste sentido, é valoroso lembrar estudos que indicam que ato ilícito e culpa se confundem quando há descumprimento de lei²⁸³. Isto ocorre porque cabe aos administradores cumprir com as normas vigentes na empresa (estatuto) e no país (lei), devendo a culpa ser presumida²⁸⁴. Nestes casos, a responsabilidade não dependerá da prova da culpa²⁸⁵.

A responsabilidade civil dos administradores pode utilizar-se de critérios objetivos, mas deve evitar a aplicação a teoria do risco. A afirmação de que um administrador assume o risco de ser responsabilizado em qualquer situação pode de gerar resultados

²⁷⁸ Em oposição, a prática brasileira tenta manter a subjetividade dos critérios, o que torna o sistema inconsistente. A inconsistência das decisões não é benéfica para a segurança jurídica.

²⁷⁹ Cfr. Abreu JMC, op. cit. 2010, p. 76, entende que o critério aplicável é o do “gestor criterioso e ordenado”. Em oposição, Silvio Rodrigues, op. cit., *apud* Paes PRT., op. cit., entende que a responsabilidade levíssima já ensejaria a reparação

²⁸⁰ Em sentido contrário, Paes, PRT. op. cit., 1999, entende que a norma da boa-fé foi introduzida para evitar excessos. Está constituída no art. 159, §6º da LSA brasileira.

²⁸¹ Art. 158, II da LSA.

²⁸² A culpa é presumida da existência de ato ilícito.

²⁸³ Cfr. nota 39 deste capítulo

²⁸⁴ Toledo PFCS. O conselho de administração na sociedade anônima: estrutura, funções e poderes, responsabilidade dos administradores. São Paulo: Atlas; 1999, opta pela presunção, que poderá ser descaracterizada a depender de prova (ônus do administrador de provar sua inocência). Haverá, portanto, nestes casos, a presunção de culpa.

²⁸⁵ Abreu JMC. 2010., op. cit., p. 77, lembra que a lei portuguesa presume a culpa dos administradores frente à sociedade, mas não perante credores (art. 78, 5º não remete ao nº 1 do art. 72 do CSC).

indesejáveis²⁸⁶. O ideal será buscar a solução em que o administrador só seja responsabilizado em casos de onde enfrente riscos previsíveis e tome decisões manifestamente incautas. Os casos onde os riscos não eram previsíveis ou a decisão tinha uma *ratio* econômica não deverão ensejar a responsabilidade.

O Brasil adota um sistema misto entre responsabilidade objetiva e subjetiva. Será objetiva para atos ilícitos (deveres específicos) e subjetiva para o descumprimento de deveres gerais. Entretanto, devemos considerar a adoção de critérios do padrão de conduta limítrofe para a negligência culposa para deixar os critérios o mais objetivos possíveis, corroborando para a segurança jurídica.

5.2.2. BOA-FÉ

A boa-fé tem origem no antigo direito romano e está disseminado em diversas legislações. Porém, sua aplicação em governança corporativa é limitada. Há doutrina que eleva-a ao nível de dever geral dos administradores²⁸⁷, outra entende que seja parte do dever de lealdade²⁸⁸ e uma última que sequer considera a boa-fé um dever da administração²⁸⁹.

A boa-fé pode ser definida pelo comportamento pessoal “honesto, correto, leal, no exercício dos direitos e deveres, não defraudando a legítima confiança ou expectativa de

²⁸⁶ Toledo PFCS., op. cit., p. 71

²⁸⁷ Eisenberg MA. The Duty of Good Faith in Corporate Law. Del. J. Corp. L. 2006;31(1).

²⁸⁸ Griffith, SJ. Good faith business judgment: A theory of rhetoric in corporate law jurisprudence. *Duke Law Journal*; 2005. Analisa a jurisprudência norte-americana, que oscila entre considerar como um componente do dever de lealdade ou do dever de cuidado. O autor também discorre sobre o uso do dever de boa-fé como ferramenta de discurso.

²⁸⁹ Em Portugal raramente o assunto é trabalhado, pois há uma tendência no CSC em ser objetivo e evitar conceitos abertos. Há sistemas que privilegiam uma análise do cumprimento dos deveres com base em padrões econômicos, como balancetes e análise da situação financeira da sociedade.

terceiros”²⁹⁰. Opõe-se à boa-fé o conceito de má-fé, o qual poderá existir nos casos de abuso de direito.

A lei brasileira permite a exclusão da responsabilidade do administrador quando o juiz “se convencer de que este agiu de boa-fé e visando ao interesse da companhia”²⁹¹. Se por um lado este dispositivo pode ser qualificado como de equidade²⁹², também dá azo à decisões subjetivas. Deve-se ter o cuidado de não permitir o uso da retórica da boa-fé em detrimento de padrões firmes de balanços empresariais e administração.

Frazão (2011) compara o critério da boa-fé à *business judgment rule*²⁹³, sem avaliar as diferenças existentes. A *business judgment rule* permite objetivar a regra de exclusão de responsabilidade com base em decisões econômicas arrazoadas, podendo ter como componente interno de sua apreciação a boa-fé²⁹⁴. A boa-fé pura apreciará detalhes subjetivos do caso com base em um padrão de ética, permitindo que cada juiz chegue a uma conclusão diferente sobre o atuar do administrador.

Parece-nos que a utilização do conceito de boa-fé pura e simplesmente não protege e não dá a segurança jurídica necessária. Outrossim, deve ser utilizada em conjunto com os demais pressupostos da *business judgment rule*²⁹⁵.

A avaliação de boa-fé só poderá existir em casos de responsabilidade subjetiva. O descumprimento de lei ou estatuto não estará sujeito a avaliação da boa-fé dos administradores. Isto ocorre porque se caracteriza no debate de avaliação de culpa, o qual não existe para o descumprimento de norma de proteção aos credores.

²⁹⁰ Abreu JMC, Do abuso de direito. Coimbra: Almedina; 2006, p. 55.

²⁹¹ Art. 159, § 6 da LSA.

²⁹² Toledo PFCS., op. cit., p. 72. Bulgarelli W. Apontamentos sobre a responsabilidade dos administradores das companhias. Rev Dir Merc, Indus, Econ e Finan. 1893;50:449.

²⁹³ Cfr. Frazão A, op. cit. 2011, p. 180.

²⁹⁴ Cfr. capítulo 3.2.1. sobre a *business judgment rule*.

²⁹⁵ No sistema jurídico alemão a boa-fé será parte integrante do critério da *business judgment rule*.

Há duas situações em que a boa-fé pode ser utilizada para casos de responsabilidade de administradores. A primeira, como um dos critérios da *business judgment rule*: o administrador terá de provar que agiu de boa-fé e nos melhores interesses da companhia²⁹⁶. A segunda, como critério negativo para o abuso de direito. Para que seja configurado o abuso de direito, deverá ser provada a má-fé do administrador.

5.2.3. CULPA IN ACCEPTANDO

A *culpa in acceptando* é expressão do risco do negócio. O administrador, ao aceitar o cargo, está a aceitar os bônus e ônus do mesmo. Significa dizer que aceita o risco de poder ser acionado por atuação que divirja dos padrões de conduta que lhe são esperados. Alguma doutrina põe a questão da *culpa in acceptando*²⁹⁷.

O administrador poderá ser responsabilizado por aceitar o cargo, se o mesmo não deveria. Não deverá aceitar o cargo, a princípio, quando não for capaz de cumprir com os deveres inerentes. O dever de cuidado exigirá disponibilidade, competência técnica e conhecimento da atividade da sociedade. Se o administrador não se considerar apto, não deverá aceitar a função.

O momento do aceite é, obviamente, de autoavaliação²⁹⁸. Entretanto, o descumprimento com o dever de cuidado poderá ser provado em momento posterior. Dependerá da existência de um ilícito que gere danos aos credores.

A inaptidão para o cargo não será fator determinante para que o administrador seja responsabilizado. Nada impede que um gestor sem todas as competências para o cargo

²⁹⁶ Mas não será suficiente provar apenas a boa-fé. Também deverá comprovar os outros requisitos.

²⁹⁷ Almeida AP. Sociedades Comerciais. 2006. p. 223.

²⁹⁸ Barreiros F., op. cit., p. 55.

desenvolva-o sem grandes problemas. Entretanto, perante problemas deverá este mostrar-se competente.

Sobre o aspecto da competência, não se exige a excelência, mas que o administrador não seja negligente ou incapaz. A imprudência só restará configurada quando se tratar de ato economicamente irracional.

5.2.4. FRAUDE AOS CREDORES

A fraude será caracterizada pelo dolo, deverá ser provada e estará normalmente associada à má-fé do administrador. Por se tratar de evento doloso, costuma ensejar institutos de maior coerção aos atos dos administradores. A exemplo, o CIRE prevê que na existência de fraude os administradores devam ser condenados na totalidade da insuficiência patrimonial da sociedade²⁹⁹. A configuração da fraude também será usada para agravar as responsabilidades criminais dos administradores.

A fraude aos credores poderá existir nas diversas formas de responsabilidade dos administradores. Dentre as mais citadas, a *wrongful trading* merece certo destaque. Há doutrina extensa sobre esta fraude, pois será difícil provar a sua existência. Existirá em situações limítrofes da *business judgment rule* e será caracterizada pela irrazoabilidade da transação comercial³⁰⁰. A análise deverá ser feita para cada transação que puser em risco a solubilidade da empresa.

Entretanto, na maioria dos casos de responsabilidade civil dos administradores não há necessidade da comprovação de fraude. Este tem sido um critério erroneamente utilizado por alguns julgadores e deverá ser evitado. A necessidade de comprovação de

²⁹⁹ Art. 182 do CIRE Português.

³⁰⁰ Situação já analisada no capítulo 4.5.3., sobre o critério de conduta no dever dos administradores em considerar os interesses dos credores.

fraude leva a discrepâncias de tratamento em situações similares. Além, gera insegurança jurídica desnecessária.

5.3. RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES POR DANOS AOS CREDORES

5.3.1. ABUSO DE PODER DE REPRESENTAÇÃO

Como vimos anteriormente, os administradores são dotados de poder de representação pelos quais vinculam a sociedade frente aos credores³⁰¹. Há situações em que excesso são cometidos, principalmente sob a violação de lei, estatuto ou decisão dos órgãos sociais.

O abuso de representação existe quando “o representante respeita os limites formais do seu poder de representação, mas viola o fim da representação que é a tutela do representado”³⁰². Este abuso pode gerar prejuízos para a sociedade, lucros para terceiros e será indenizável. Por tratar-se de dano ao patrimônio da empresa, os credores poderão ser tutelados, também, pela via indireta.

A doutrina entende que o terceiro que obtém lucro deva reconhecer o a existência de abuso, bem como que o administrador reconheça que está a lesar os interesses da sociedade³⁰³. A possibilidade de conluio entre administrador e terceiro existe, mas é improvável que ambos assumam o abuso de poder. Quem tem a intenção de lesar não vai admiti-lo a *posteriori*.

Portanto, deve bastar que o administrador vincule a sociedade de forma inadequada para que esteja configurado o abuso de poderes de representação. Isso

³⁰¹ Cfr. *supra*, no capítulo 2.2.

³⁰² “A tutela do representado” deve ser lida como “os interesses da sociedade”, no caso. Ou seja, há violação do dever de lealdade.

³⁰³ Martins AS. *Os Poderes de Representação Dos Administradores de Sociedades Anónimas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 259 et seq.

porque excede sua capacidade de representação, ferindo os deveres gerais para com a sociedade³⁰⁴.

A lei portuguesa prevê a declaração de ineficácia do ato³⁰⁵. Entretanto, há de se verificar quando os atos ineficazes geram resultados e, com isso, possíveis danos. Imagine-se o cumprimento parcial do contrato pela outra parte. A certo momento, a sociedade aponta o abuso de poderes de representação do sócio que vinculava a sociedade e declara o contrato como inexistente. Há um prejuízo ao terceiro, que é credor de parte do serviço, e este prejuízo é indenizável.

Até mesmo na fase pré-executiva do contrato podem haver prejuízos. Os custos de preparação do negócio - compras de matérias primas, custo de empregados e tempo despendido para a execução - devem ser ressarcidos.

Quando a culpa ou negligência do administrador gerar prejuízos ao credor, estes são indenizáveis. De outra senda, só deverá o administrador arcar com o custo integral do contrato quando este for integralmente cumprido. O cumprimento parcial gera responsabilidade parcial.

Trata-se de um dano direto ao credor, motivo pelo qual este poderá acionar diretamente ao administrador. No Brasil, haverá de responsabilidade total do administrador por excesso de representação.³⁰⁶

5.3.2. CONFLITOS DE INTERESSE

³⁰⁴ Além de estar a violar normas de proteção da sociedade previstas no estatuto social.

³⁰⁵ O abuso de representação está previsto no art. 269 do Código Civil Português. A doutrina portuguesa considera que a declaração de ineficácia será suficiente para estes casos. Noronha, Irina. Limitações estatutárias ao poder de vinculação dos administradores, 2009, p. 61. Abreu JMC. 2011., op. cit., p. 600 et seq.; Martins AS., op. cit., p. 118.

³⁰⁶ Código Civil Brasileiro, “Art. 892. Aquele que, sem ter poderes, ou excedendo os que tem, lança a sua assinatura em título de crédito, como mandatário ou representante de outrem, fica pessoalmente obrigado, e, pagando o título, tem ele os mesmos direitos que teria o suposto mandante ou representado.” Este dispositivo é sujeito a interpretação extensiva a outros documentos, como contratos.

Como visto anteriormente³⁰⁷, o dever de lealdade se desdobra em diversos deveres específicos. Entre estes, tem grande relevância o dever de não agir em conflitos de interesses, o qual se divide em uma série de obrigações. Esse conflito pode estar expresso nos quadros definidos em lei. A legislação brasileira prevê um rol não exaustivo de situações de conflito de interesses³⁰⁸. O administrador não deve atuar quando tiver atendendo a interesses conflitantes, sejam pessoais ou de terceiros.

Por motivos pessoais, o administrador estará impedido de fazer negócios com a sociedade, exercer concorrência ou aproveitar oportunidades de negócio da sociedade. Em todas estas situações, o consentimento da sociedade permitirá o ato. Entretanto, o administrador interessado deve se declarar impedido de votar nestas deliberações. Também devese abster de receber vantagens de terceiros, como luvas ou favores.

Por fim, o administrador deverá abster-se de aproveitar informação obtida no exercício do cargo, não podendo abusar desta e utiliza-la para ganhos próprios. Se o interessado na informação for terceiro, deverá o administrador manter sigilo³⁰⁹.

5.3.3. DEVER DE VIGILÂNCIA (*CULPA IN VIGILANDO*)

Os administradores podem delegar funções a subordinados ou a comissões para a execução de certas estratégias empresariais³¹⁰, o que exclui a responsabilidade dos demais administradores pelos atos e omissões. O dever de vigilância tem função organizativa e subsume-se do dever geral de cuidado³¹¹. Este dever se estenderá sobre a

³⁰⁷ Capítulo 3.2. sobre o dever de lealdade.

³⁰⁸ Arts. 154-156 da LSA Brasileira.

³⁰⁹ Todos estes deveres citados de conflitos de interesses estão previstos nos arts. 154 a 156 da legislação brasileira e são analisados de forma similar por Abreu JMC. op. cit. 2010.

³¹⁰ Cfm. supra 2.4.1.

³¹¹ Bonelli F., op. cit., p. 52. Camilletti F. Breve note sull'obbligo di vigilanza ed intervento degli amministratori di società di capitali. Giurisprudenza comm. 1995;22 (1):157. Ramos MEG., op. cit., p. 116.

vigilância material e a vigilância de informação (subjéitiva)³¹². O descumprimento do dever de vigilância ensejará responsabilidade civil objetiva.

O dever de vigilância é indelegável. Todos os administradores seguem com a obrigação de controlar, vigiar e revisar os atos dos demais. É o que sustenta a legislação portuguesa, a qual prevê excludente de responsabilidade através da intervenção nos atos praticados³¹³, seja para impedir seu cumprimento ou para remediar seus danos materiais.

Do ponto de vista probatório, há quem sustente que deverá ser provada a existência de nexó entre a omissão no dever de vigilância e o ato ilícito praticado pelos administradores delegados³¹⁴. Entretanto, a prova da omissão é prova diabólica³¹⁵ (e a prova do seu nexó será ainda mais impossível).

A solução correta será solicitar a contraprova por parte do administrador: este deverá provar que interveio ou tentou remediar a situação tão logo soube do fato que ensejaria a responsabilidade. Presume-se que o administrador deveria estar ciente do ato, mesmo que este não tenha sido por ele tomado (ou esteja delegado a outro administrador ou comissão). A culpa não será avaliada, pois aqui não se trata de ação, mas de omissão.

O dever de fiscalização é um dever individual de cada administrador. Entretanto, entende-se plausível que sob funções delegadas a fiscalização possa ser um apanhado geral do exercício e não uma verificação de todos os atos³¹⁶. De outra senda, o dever de intervenção é um dever conjunto. As decisões da sociedade em intervir na gestão delegada serão decisões colegiadas e que dependerão de maioria para serem acatadas.

³¹² Cebriá LH. 2009, op. cit., p. 87-8.

³¹³ Art. 407, nº 5 do CSC.

³¹⁴ Borgioli A. L'Amministrazione delegata. Nardine: Centro Internazionale del Libro; 1982. p. 263. *apud* Ramos MEG., op. cit., p. 115., que também concorda com tal ideia.

³¹⁵ *Probatio diabolica* é expressão latina que remete a uma prova impossível de ser produzida, como a prova de ato negativo.

³¹⁶ Cfr. Ramos MEG., op. cit., p. 120, sobre a doutrina italiana.

De qualquer forma, um administrador poderá se eximir de culpa se provar que buscou solucionar a questão, convocando reuniões e se posicionando de forma contrária ao ato da comissão delegada³¹⁷.

A existência de comissões de auditoria - as quais estarão incumbidas de fazer análise financeira e de riscos - não eximirá os administradores do seu dever, pois a eles caberão as decisões com base na informação³¹⁸. Em verdade, as comissões de auditoria serão instrumento pelo qual o administrador pode utilizar-se para cumprir o seu dever de vigilância e ter maior segurança de suas decisões, mas não pode a elas imputar responsabilidade.

A existência do dever de vigilância visa o controle e a proteção do patrimônio, o que interessa a sócios e credores sociais³¹⁹, salvo sob incentivos perversos³²⁰. Permitirá que os administradores possam ser acionados como responsáveis dos atos de seus subordinados ou demais administradores.

5.3.4. RESPONSABILIDADE NA DISTRIBUIÇÃO DE DIVIDENDOS

Trata-se de um dever específico dos administradores que visa a proteção do capital social. Como vimos, a proteção do capital social é, de certa forma, norma de proteção dos credores. Em que pese seja lícita a distribuição de dividendos entre os sócios, haverá situações em que a lei vedará a distribuição dos bens sociais.

³¹⁷ Art. 72, nº2 do CSC. Cfr. Ramos MEG op. cit. 2002, p. 121-122; Camilletti, op. cit. p. 164.

³¹⁸ Cebriá LH. El Deber de Diligente Administración En El Marco de Los Deberes de Los Administradores Sociales. La Regla Del Buen Juicio Empresarial.” *Revista de Derecho Mercantil* . 2009, p. 90-93.

³¹⁹ Camilletti, Breve note sull’obbligo di vigilanza..., GC 22 1995(1), p. 155 apud Ramos MEG., op. cit., p. 115.

³²⁰ Cfr. supra capítulo 4.

A lei brasileira prevê a responsabilidade solidária de administradores e fiscais na distribuição dos dividendos que ultrapassem os lucros e reservas. Os acionistas terão de devolver os dividendos recebidos em má-fé. O conceito da má-fé para estes casos será objetivo, ou seja, a distribuição em desacordo com os balanços financeiros da empresa.³²¹

A lei portuguesa não será muito diferente, pois veda a distribuição de dividendos que ultrapassem o capital social e a reserva legal ou prevista em estatuto³²². Também deverão os sócios devolver a sociedade o excesso recebido quando a existência deste não pudesse ser ignorada (ônus da prova é do credor)³²³. O que diverge em relação a legislação brasileira é a possibilidade legal dos credores sociais acionarem diretamente aos sócios para a restituição do capital social.³²⁴

O que há em comum entre essas leis é a defesa do princípio da intangibilidade do capital social e a vedação de um oportunismo por parte dos sócios³²⁵. Os administradores detêm o poder de decisão sobre a distribuição dos lucros, o que faz com que sobre eles recaia este dever específico. Entretanto, não limitará o dever dos sócios se for provada a influência³²⁶ dos mesmos na decisão de distribuição dos lucros.

5.3.5. RESPONSABILIDADE POR NEGÓCIOS DE RISCO NAS PROXIMIDADES DA INSOLVÊNCIA ³²⁷

³²¹ No art. 201 da LSA. Entretanto, o uso do termo “má-fé” acaba por ser um tanto genérico e pode implicar em um entendimento dos tribunais em entender que a má-fé deva ser provada nestes caso.

³²² Arts. 32 e 33.

³²³ O critério do art. 34 acaba por ser menos objetivo que o existente na lei brasileira.

³²⁴ Art. 34, nº 3 do CSC.

³²⁵ Cfr. supra 4.2.

³²⁶ Cfr. capítulos 6.3.1 e 5.7.2.

³²⁷ Cfr. supra 4.5.

Anteriormente, vimos a existência do dever dos administradores em considerar os interesses dos credores nas proximidades da insolvência. Consequência deste entendimento, os administradores deverão evitar negócios de alto risco que possam comprometer a solubilidade financeira da sociedade.

Trata-se de uma responsabilidade que não decorre de artigo específico de lei, mas de um dever geral³²⁸. Seguindo um entendimento de que há uma inversão no risco do negócio na proximidade da insolvência³²⁹, os administradores que comprometerem a solubilidade da empresa com negócios de alto risco poderão ser responsabilizados. Novamente aqui, a bitola para definir o limite da responsabilidade será a *business judgment rule*. Afirma-se que deverá ser considerada como culposa a insolvência na qual os negócios operados pela sociedade se mostrem irrazoáveis ou assumam um nível de risco desmedido.

O reconhecimento desta responsabilidade estende-se sobre os negócios da empresa neste momento crítico, no qual os administradores devem tomar decisões prudentes sobre continuar operando ou decretar a insolvência da empresa³³⁰. O reconhecimento deste dever visa coibir os casos de *wrongful trading* e de negligência nos atos administrativos. O administrador deverá responder pelos danos que efetivamente causar aos credores³³¹. Será espécie de dano indireto, pois afetará essencialmente o patrimônio social.

³²⁸ Dever que está protegido por normas de governança corporativa, conforme recentes desenvolvimentos legais

³²⁹ Os credores são *stakeholders* da sociedade.

³³⁰ O aktG 92(2) na Alemanha; o art. 18 do CIRE em Portugal; A sec. 214 do British Insolvency Act; A sec. 588 do Corporations Act 2001 da Australia. (cfr. nota 23 do capítulo 4). No Brasil este dever existe (art. 105 da Lei de falências e recuperação judicial), mas não prevê prazo ou sanções.

³³¹ Diferente do entendimento da legislação portuguesa, na qual os administradores respondem por todo o passivo da sociedade em casos de insolvência culposa.

5.4. AÇÕES JUDICIAIS

5.4.1. AÇÃO POR DANO DIRETO

As regras de responsabilidade dos administradores serão aplicadas aos casos em que o dano estiver diretamente relacionado com o ato. No Brasil, os administradores responderão pelos danos causados à sociedade³³². Quem terá legitimidade ativa será a sociedade, mediante deliberação da assembleia geral, ou aos sócios como seus substitutos. Em Portugal, os credores poderão substituir a empresa nesta ação³³³.

O acionista poderá mover ação de substituição em caso de omissão da empresa em propor a ação após três meses da deliberação da assembleia. Nesta situação, os resultados da ação não de ser revertidos à empresa. Haverá a indenização do acionista quanto as despesas da ação, até o limite dos resultados.

A terceira opção legislativa da essência do artigo será a ação *ut singuli*, que poderá ser promovida por acionistas que somem, no mínimo, 5% do capital (ou quantia menor, a depender da CVM³³⁴). Novamente, os acionistas serão somente indenizados pelas despesas com a ação, sendo o montante principal revertido à empresa.

Verifica-se, portanto, que a essência da lei estabelece o dever do administrador de indenizar a empresa. Casos em que a empresa for a prejudicada serão tão somente

³³² Art. 159 da LSA

³³³ Art. 78, n° 2 do CSC.

³³⁴ Lei das S.A, art. 291

casos de responsabilidade direta. Não há previsão expressa de aplicação desta responsabilidade ao sócio controlador, mas há a possibilidade de aplicação analógica³³⁵.

Não obstante, esta disposição legal brasileira explicitamente não exclui o direito de ação de terceiro diretamente prejudicado³³⁶. Isso significa que a ação de credores e terceiros por dano direto existirá pelas regras gerais de responsabilidade civil³³⁷.

A legislação portuguesa também terá o viés de permitir a responsabilização por danos diretos causados a terceiros³³⁸. Entretanto, os credores terão opções diversas para os casos de violação de normas existentes para a sua proteção.

5.4.2. AÇÃO POR DANO INDIRETO

Em casos nos quais o credor sofre prejuízo indireto, terá este o direito de ação contra os administradores? A redação legislativa brasileira não é clara sobre este assunto. Há destaque expresso na norma para o dano direto, porém não há menção ao dano mediato. Por este motivo, há doutrina que entenda que os credores não seriam titulares

³³⁵ Frazão A., op. cit., p. 364, entende que se imponha a aplicação analógica porque ambos (administradores e controlador) estão sujeitos ao dever de diligência. Esta responsabilidade dos gestores perante acionista e terceiros estará sujeita às normas de responsabilidade civil extracontratual do Código Civil e será responsabilidade subjetiva.

Cfr. Kann, Jv. Vorstand der AG. Führungsaufgaben, Rechtspflichten und Corporate Governance. Berlin: Eric Schmidt, 2005, p. 100, o qual entende que a responsabilidade do Vorstand frente ao credores e acionistas, além das regras específicas, poderá ser tratada pelos princípios gerais do direito civil. No direito francês, Ripert e Roblot, op. cit. 2002, p. 517, explicam que a ação do acionista tem fulcro na cláusula de responsabilidade do art. 1.382 do Código Civil da França.

³³⁶ Art. 159, § 7º.

³³⁷ Art. 927 do CC. Estas regras já foram explicadas no início do capítulo.

³³⁸ Art. 79, 1 do CSC.

de direitos de reparação por danos indiretos, mediatos ou reflexos; somente a sociedade teria direito de ação³³⁹. Não concordo.

Há o reconhecimento de que normas de proteção do patrimônio social tem também por objeto jurídico protegido os interesses dos credores. Se o dano ao patrimônio social pode levar à insolvência, evitar estes danos é proteger o credor do risco de insolvência e da não satisfação dos créditos. A ação da sociedade contra o administrador por danos ao patrimônio social existe. Porquê o Brasil, diferentemente de Portugal³⁴⁰, não dará também legitimidade ativa aos credores?

A princípio, a proteção do patrimônio é interesse da sociedade. Não deixa, porém, de ser interesse dos credores. Como visto, haverá momentos em que os credores terão mais interesse na conservação do patrimônio da sociedade do que os sócios. Neste sentido, o dispositivo legal brasileiro prevê que “respondem para com os credores da sociedade quando, pela inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à proteção destes, o patrimônio social se torne insuficiente para a satisfação dos respectivos créditos.” O ordenamento português defende que as normas de proteção de patrimônio sejam também de proteção dos credores³⁴¹.

Portanto, não há razões teóricas para que não haja a proteção dos credores pelo dano mediato conexo as regras de proteção do patrimônio. Mesmo em sistemas jurídicos nos quais não exista prescrição legal que sobre ação de credor por dano indireto, conclui-se que esta é

³³⁹ Bonelli F. op. cit. 2004, p. 214, afirma que a corte italiana de cassação que a afetação reflexa ao terceiro não justificaria a responsabilização. Neste sentido, só haverá responsabilidade quando o dano for direto. Frazão A. op. cit. 2011, p. 364, segue a mesma linha, afirmando que esta “diferenciação não tem a finalidade de restringir o nexos causal nessa hipótese, mas tão somente de possibilitar um critério coerente de separação entre os danos sofridos pela companhia e os danos sofridos por acionistas ou terceiros, evitando, dessa maneira, o *bis in idem*.”

Por este motivo a solução encontrada em Portugal tem maior sentido teórico, pois permite que os credores substituam a sociedade caso esta não use seu direito de ação no tempo adequado. Solução equânime poderia ser adotada no Brasil, pois é evidente que na maioria dos casos os credores serão os maiores interessados na recomposição do ativo da sociedade para que sejam pagos. Sequer cita-se o debate da insolvência dolosa, onde não haverá nenhum interesse da sociedade em responsabilizar os administradores.

³⁴⁰ O art. 78, 2 do CSC permite a ação em substituição à sociedade.

³⁴¹ O art. 34 do CSC dá um claro exemplo deste entendimento, com o direito de ação do credor contra os administradores.

possível³⁴². O credor que sofrer tal dano poderá acionar aos administradores com a sociedade para obter a satisfação dos créditos.

5.5. SOLIDARIEDADE ENTRE ADMINISTRADORES

A regra geral brasileira determina que a responsabilidade civil do administrador seja individual. Porém, na maior parte dos casos deverá ser presumida a solidariedade³⁴³. É compreensível que no ponto teórico a responsabilidade civil seja tratada como individual, porém é simplesmente mais prático assumir a solidariedade como regra e listas as exceções, pois as decisões da administração tendem a ser colegiadas (além da existência do dever de vigilância³⁴⁴). As legislações portuguesa³⁴⁵ e italiana³⁴⁶ seguem este formato.

Entretanto, a divergente legislação brasileira torna-se confusa ao reconhecer a individualidade da culpa e propor exceções que abrangem a maior parte dos casos³⁴⁷. Além de ter implicações significativas no campo probatório³⁴⁸, esta construção leva a uma

³⁴² Em sentido contrário, Nunes PC. 2012 op. cit., entende que não haverá legalidade em procedimento que não tenha o devido lastro legal. Sua teoria peca ao não reconhecer que o sistema legal brasileiro permite os atos não prescritos; só a proibição deve estar legislada. Se o legislador tinha intenção de vedar a ação por dano indireto, poderia simplesmente tê-lo feito. Não obstante, a redação do artigo não é boa e dá margem a estas dúvidas.

³⁴³ O art. 1.016 do CC brasileiro prevê a responsabilidade solidária dos administradores quando houver culpa no desempenho das funções.

³⁴⁴ Cfr. supra 5.3.3.

³⁴⁵ É o que faz a legislação portuguesa, conforme o art. 73, nº 1 do CSC. Coutinho de Abreu (responsabilidade civ, p. 54) lembra que cada administrador será responsável por sua culpa e fatos próprios.

³⁴⁶ Conforme Bonelli, p 242. Art. 2392 do Codice Civile.

³⁴⁷ Art. 158, §1 e 2 da LSA.

³⁴⁸ O ônus da prova das exceções será dos administradores, enquanto a prova da solidariedade dependerá dos credores, que terão de provar o envolvimento de cada administrador...

confusão da doutrina³⁴⁹. Isto porque o descumprimento de deveres legais pela administração normalmente advirá de decisão colegiada.

Por estes motivos, será mais simples reconhecer a solidariedade e legislar sobre as exceções. Aos administradores caberá o ônus de provar que foram contra a decisão em voto consignado em ata, ou que praticaram os atos possíveis para evitar a situação que gerou a responsabilidade ou amenizar seus danos.

5.6. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA SOCIEDADE

Afirma-se que a responsabilidade do administrador é pessoal, embora presuma-se a solidariedade entre eles. Deve a sociedade responder também pelos atos dos administradores? Coutinho de Abreu³⁵⁰ define que há quatro possibilidades de construções legais pertinentes para a relação de responsabilidades entre sociedades e administradores.

A primeira teoria advoga que a sociedade seja inimputável, pois os poderes outorgados aos órgãos só permitem atos lícitos. Os administradores e sócios, exclusivamente, responderiam pelos ilícitos. Em sentido contrário, a segunda tese defende que só haveria responsabilidade por parte da sociedade. A responsabilidade do administrador seria questão interna da sociedade.

Nas concepções mistas, a sociedade pode responder diretamente por fatos próprios. Neste caso, a responsabilidade dos administradores somente reforça a tutela dos credores. Por fim, podem os administradores responder diretamente pelos fatos. A

³⁴⁹ PAES PRT., op. cit., p. 45, por exemplo, cria um rol de situações de solidariedade que abrangerá a maior parte dos casos. O art. 158 elenca essas “exceções”, as quais serão a regra.

³⁵⁰ Abreu JMC. 2010., op. cit., p. 96-98. Nesta obra estão categorizadas as quatro possibilidades legais.

sociedade terá responsabilidade objetiva por fato de outrem. Esta última é a forma utilizada pelo direito português³⁵¹.

A responsabilidade da sociedade deverá ser objetiva perante terceiros. Responderá, independente de culpa e poderá ressarcir-se ao administrador pelos prejuízos causados. Esta ação de regresso poderá ser feita através das normas de responsabilidade interna dos administradores perante à sociedade.

Excepcional será o caso em que o administrador assina acordo com terceiro com menos assinaturas do que é determinado pelo contrato social (e lei). Deveria este responder exclusivamente por exceder seus poderes? Sobre este controverso assunto a lei e jurisprudências portuguesas entendem que a sociedade deverá responder por contrato assinado por seus administradores, ainda que com excesso de poderes³⁵². Trata-se de priorização da segurança jurídica do crédito, responsabilizando a sociedade por fato de outrem. Entretanto, parece desconsiderar os interesses da sociedade em proteger-se do abuso de mandato por parte dos administradores e, por este argumento, não deveria a sociedade responder conjuntamente com o administrador³⁵³. Havendo abuso de poderes de representação³⁵⁴, a responsabilidade será exclusiva do administrador que pratica o ato. A sociedade responderá solidariamente pelo ato ratificado³⁵⁵.

5.7. PESSOAS EQUIPARADAS AOS ADMINISTRADORES

5.7.1. ADMINISTRADORES NÃO EXECUTIVOS

³⁵¹ Arts. 79 e 6º, 5 do CSC.

³⁵² Art. 409, 1 do CSC. Desenvolvimento em Abreu JMC. 2011., op. cit., p. 597 et seq.; Cfr. Martins AS., op. cit., p. 376 et seq.

³⁵³ Coutinho de Abreu (2011, p. 589 e 601)

³⁵⁴ Cfr. supra 5.3.1.

³⁵⁵ Cfr. supra 2.4.

Os administradores não executivos são aqueles que possuem o cargo por questões políticas ou internas da empresa³⁵⁶, porém não são profissionais da gestão de empresas. Aos administradores não executivos serão exigidas as funções de vigilância e lealdade. O dever de cuidado ficará restrito a um atuar profissional, já que destes não deve exigir-se a competência profissional para administrar a empresa.

Sustenta-se que o administrador executivo ausente e passivo não seja mais aceitável³⁵⁷. De outra senda, se esta espécie de administrador adquirir um conhecimento básico sobre o objeto da sociedade, atender às reuniões e analisar os relatórios financeiros, já satisfará o que dele se espera³⁵⁸.

Na estrutura empresarial brasileira, é comum vermos administradores não-executivos a integrar o conselho de administração. O mesmo não costuma ocorrer para a diretoria das empresas com estrutura “dualística”, uma vez que este órgão tem função preponderantemente executiva.

5.7.2. SHADOW DIRECTORS³⁵⁹

Os administradores ocultos (*shadow directors*) são aqueles que não possuem propriamente o cargo de administrador gerente, mas o exercitam. Alias, não exercitam meramente como administradores de fato (aqueles que de direito não tem poderes, mas agem como se fossem). Os administradores ocultos exercitam seu poder através da influência sobre os atos dos administradores de direito.

³⁵⁶ Como representantes de grupos de sócios ou de classe, como o administrador eleito pelos trabalhadores.

³⁵⁷ Nunes PC. 2012, op. cit., p. 483)

³⁵⁸ Caso Francis v. United Jersey Bank, citado por Nunes PC. 2012, op cit. p. 483).

³⁵⁹ Abreu JMC. 2010 op. cit., p. 100 et seq., define quem são os *shadow directors*. As ideias expostas neste capítulo podem ser conferidas na obra.

Os casos mais comuns de administradores ocultos são os sócios que tem um administrador de sua confiança e, através dele, ordenam as decisões empresariais³⁶⁰. O conceito do administrador oculto está muito mais vinculado à influência exercida do que a um poder de direito. Trata-se de um poder de fato que pode existir da relação de controle ou de outras formas.

Entende parte da doutrina que o administrador oculto possa ser responsabilizado da mesma forma que qualquer outro administrador. A diferença será a dependência da prova: há de ser provada a influência sobre as decisões para responsabilizá-lo. A doutrina dos administradores ocultos oferece facilidades, pois permite encurtar as distâncias até o verdadeiro poder decisório. Além disso, permite que sócios de controle possam vir a ser responsabilizados da mesma forma que administradores.

Porém, estas extensões da definição de administrador tem seus riscos. A extensão do conceito de administradores aos sócios pode fazer com que haja uma redução de interesse em empresários se tornarem sócios, reduzindo o investimento de uma forma geral. Se os empresários acharem que correm riscos de ter seu capital pessoal comprometido, serão desencorajados a investir³⁶¹.

5.7.3. RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADE DOMINADA

³⁶⁰ Na legislação brasileira, o acionista controlador responde pelos danos causados no exercício do abuso deste poder, solidariamente com o administrador que pratica o ato (art. 117 e § 2). Entretanto, o artigo não cobre a aplicação aos outros possíveis administradores ocultos. Nada impede que seja feita uma interpretação extensiva do artigo para que a regra concorde com a doutrina mais atual.

³⁶¹ Conforme Davies PL. Gower and Davies' principles of modern company law, 7th ed. London: Sweet and Maxwell; 2003. p. 314., os juízes britânicos reconhecem a existência deste risco, vide Prentice D. Corporate personality, limited liability and the protection of creditors in Corporate personality in the 20th century. Oxford: 1998. p. 114-115.

Os administradores serão solidariamente responsáveis pelos atos ilícitos executados por ordem de sociedade dominante³⁶². Responderão da mesma forma no caso de sociedade dominada. Embora haja a relação de domínio de fato, a administração dominada não tem o dever de submissão ao poder da dominante. Deverão os administradores ainda cumprir com os deveres de cuidado e lealdade perante a sociedade dominada, a qual administram, bem como aos demais deveres. Não observados tais deveres, poderão incorrer em responsabilidade civil da mesma forma que os demais administradores.³⁶³

Há excludente de responsabilidade para os administradores de sociedades sob domínio total em Portugal. Isso ocorrerá porque há permissibilidade legal para a adoção de atos desvantajosos à sociedade subordinada. Desde que a ordem não seja prejudicial à dominada e compatível com seu interesse, a decisão da dominante poderá ser acatada.³⁶⁴ Entretanto, no caso de adoção de ato ou omissão com base em decisão da assembleia geral, manterão sua responsabilidade frente aos credores sociais - decorrente do dever de lealdade. Porém, não se pode esquecer que isto ocorre num regime onde os interesses dos credores é plenamente satisfeito³⁶⁵, o qual permite ação direta ao património da sociedade dominante³⁶⁶.

³⁶² A sociedade dominante é acionista controlador. Segundo a LSA brasileira, deve aplicar-se o art. 117 para a responsabilidade da mesma, e o §2º define a responsabilidade solidária do administrador. Ver capítulo 6.3.1, sobre a coação de administrador.

³⁶³ Abreu JMC. Responsabilidade nas sociedade em relação de domínio. Scie Iurid. 2012; 241. et seq.

³⁶⁴ Idem.

³⁶⁵ Art. 501 do CSC.

³⁶⁶ Ribeiro MF. A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”. Coimbra: Almedina; 2009. p. 423-428.

6. RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS

6.1. PERSONALIDADE JURÍDICA E AUTONOMIA PATRIMONIAL

Nos principais sistemas jurídicos há concessão da autonomia patrimonial às empresas, construção jurídica que individualiza o património social e separa-o dos patrimônios particulares dos seus sócios. Em especial, é o que ocorre nas sociedades anónimas e sociedades por quotas. Estas são chamadas de sociedades de responsabilidade limitada.

Para a compreensão da autonomia patrimonial, deve-se compreender a personalidade jurídica das empresas. As empresas adquirem personalidade através de atos jurídicos que variam a depender da natureza da empresa. Independente do ato constituinte da sociedade (seja ato legislativo, contrato social, negócio jurídico unilateral, fusão, cisão, aquisição e outros), todas terão sua personalidade jurídica a partir do registro social, i.é, só existem depois deste momento³⁶⁷. A essência jurídica da aquisição de personalidade pelas empresas será a mesma nos diversos países estudados, existindo pequenas diferenças tão somente no processo burocrático de sua constituição. Com a aquisição da personalidade, as empresas terão “nome próprio, sede, autonomia patrimonial, órgãos e capacidade de gozo e exercício de direito”³⁶⁸.

A autonomia patrimonial poderá ser perfeita ou imperfeita. Imperfeita será quando o património dos sócios também responder pelas dívidas das sociedades. Perfeita será a autonomia quando não houver tal confusão patrimonial³⁶⁹. Sociedades comerciais por quotas e anónimas tem autonomia patrimonial perfeita, o que implica na limitação da

³⁶⁷ Abreu JMC et al. Código das sociedades comerciais em comentário: Artigos 1º a 84º. 2010, p. 95 ss.

³⁶⁸ Idem, art. 5º p. 96

³⁶⁹ Idem.

responsabilidade sobre os sócios, os quais não responderão pelas dívidas sociais³⁷⁰. Somente sobre estas sociedades haverá debate sobre a desconsideração da personalidade jurídica. Nas sociedades com autonomia patrimonial imperfeita, os sócios responderão subsidiariamente à sociedade³⁷¹.

A limitação não é consequência jurídica da personalidade, pois surge após a concepção da sociedade. Do contrário, trata-se de justificativa posterior, uma fantasia jurídica que separa o empresário da empresa. É uma criação que desfaz com o princípio da responsabilidade ilimitada do devedor e cria a ideia de que o sócio não deva responder pelas obrigações da sociedade³⁷². Os exemplos costumam ser criativos em analogias, tão somente para justificar o desprendimento material entre o património da sociedade e o património do sócio, entre a personalidade jurídica da empresa e a do empresário. A autonomia empresarial criará condições teóricas para o surgimento da autonomia patrimonial.

Vale concluir que, de certa forma, existirá autonomia patrimonial somente se a empresa for autônoma³⁷³. Entretanto, a autonomia empresarial poderá existir sem a existência de autonomia patrimonial.

A autonomia patrimonial se justifica para evitar que o sócio responda pelo risco da empresa. Quando se diz que o empreendedor arrisca na empresa a própria riqueza é devido as regras que quebram com a autonomia patrimonial. Se não houver autonomia patrimonial, o investimento será uma perda, pois ao final os sócios responderiam por todos os débitos presentes e futuros da empresa, perdendo a riqueza em vez de

³⁷⁰ Ibidem p. 98

³⁷¹ Ribeiro MF. A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”. Coimbra: Almedina; 2009, p. 339.

³⁷² Galgano F. *Le istituzioni dell'economia capitalistica*, 2.ed, 1980, p. 84, ambas as frases transcritas. Apud Abreu JMC, op. cit. 2010, art. 5º, p.99.

³⁷³ Condicional lógico de dependência.

aumentá-la³⁷⁴. Regras que quebram com a autonomia patrimonial retiram os incentivos ao investimento empresarial, favorecendo a contração da economia.

A escolha das formas da sociedade por quotas ou sociedade anônima para a composição das empresas é usual por ser privilegiada pela limitação da responsabilidade. São formas jurídicas que existem nos principais sistemas e cujas características básicas são comuns. As sociedades de responsabilidade limitada apresentam vantagens e defeitos. Dentre as principais vantagens, há a limitação do risco do investidor, o que encoraja o investimento. A limitação da responsabilidade também equilibra o preço acionário³⁷⁵.

Entretanto, a diminuição do risco do acionista transfere o risco para os credores, razão pela qual os credores buscam soluções cada vez mais efetivas para garantir seus créditos. A realidade comprova que, tradicionalmente, os maiores credores costumam ser os mais garantidos³⁷⁶. Os credores involuntários³⁷⁷ não terão poder de negociação para mitigar os riscos.

A responsabilidade limitada faz com que o risco do negócio seja compartilhado entre sócios e credores em casos de insucesso comercial, gerencial, mas condições de negócios ou influência de fatos externos³⁷⁸. De certa forma, os credores serão avalistas do negócio, *stakeholders*³⁷⁹.

³⁷⁴ Galgano F. Diritto Civile e Commerciale. 2004, p. 112 questiona a efetividade da tese do risco da empresa prevista no art. 2740 do CC Italiano.

³⁷⁵ Conforme Dignam A. & Lowry J., op. cit. 2012, p. 48, as ações de uma sociedade com risco ilimitado teriam menor valor para alguém rico, pois seu risco seria maior do que de alguém com menos recursos. Potencialmente, o sócio rico teria maior chances de ser acionado na justiça. Para os credores, a existência de um sócio com recursos pessoais garantiria o crédito. Hansmann & Kraakman (2000) destacam que os efeitos seriam complicados para a separação de bens de família, onde o equilíbrio de garantias mudaria e os valores das ações não seriam palpáveis. A transmissão de ações entre os familiares só terá valor (para nível de calculo patrimonial) enquanto houver limitação de responsabilidade.

³⁷⁶ Dignam A. & Lowry J., op. cit. 2012, p. 49.

³⁷⁷ Conforme visto ao capítulo 2.

³⁷⁸ Mülbart, op. cit. p. 378.

³⁷⁹ Gunning JP. "Incentive divergence and the global financial crisis", em Macroeconomic Theory and its failings. Edward Elgar Publ. Ltd., Cheltenham, UK, 2010. p. 80.

Dentro do âmbito das empresas de responsabilidade limitada, haverá aquelas que terão controle diluído e outras com controle concentrado. Enquanto nas sociedades por quotas as relações de controle costumam ser mais fixas, nas sociedades anónimas há uma maior tendência à alterações de controle, especialmente no caso das sociedades cotadas em bolsa.

6.2. SÓCIOS DE CONTROLE

Primeiramente, devemos entender como funciona a intervenção dos sócios na sociedade. No âmbito das sociedades anónimas há uma necessária separação entre os acionistas e o órgão de administração. A orientação legislativa costuma ser rigorosa na maior parte dos países, tendo o objetivo de impedir que os sócios sejam também administradores da sociedade, o que indiretamente reduziria a sua intervenção no controle. Desta forma, o conselho de administração teria a responsabilidade sobre todos os atos da sociedade³⁸⁰. Esta busca pela efetiva dissociação entre sócios e gerência levaria a uma situação ideal onde houvesse correspondência entre controle e responsabilidade (*Herrschaft und Haftung*)³⁸¹

No Brasil era diferente, pois havia regra a obrigar que os administradores fossem sócios, mesmo na sociedade anónima. Entretanto, mudanças recentes eliminaram este

³⁸⁰ Ribeiro MF. 2009, op. cit. p. 51, lembra que a doutrina dominante em Portugal entende que o artigo 383º, nº3 do CSC é imperativo, competindo a gestão da SA exclusivamente ao conselho de administração (exceto casos do art. 405, nº1).

Cfr. Rodrigues ID, A administração das sociedades por quotas e anónimas. Organização e estatuto dos administradores. Livraria Petrony, Lisboa; 1990, pp.81; França MA, A Estrutura das sociedades anónimas em relação de grupo, 1990, pp. 35; Silva JC. Estudos Jurídicos (Pareceres). Coimbra: Almedina; 2001, pp. 109 Maia P. Função e Funcionamento do Conselho de Administração. Coimbra, 2002, pp. 137; Santos FC. Direito Comercial Português. Coimbra, 2007, p. 376. Os autores admitem que o contrato social possa permitir que os sócios deliberem sobre matéria de gestão. Abreu JMC, op. cit. 2010, pp. 49 entende que se restringe à sociedades com estrutura tradicional.

³⁸¹ Ribeiro MF, 2009 op. cit., p.51, cita Reinhardt R. Gedanken zun identitatproblem..., p589; Immenga U. Die personalistische kapitalgesellschaft, pp. 177; Grigoleit HC, Gesellschaftshaftung fur interne einflussnahme, p. 18. Defendem o princípio Immenga, pp. 188, e Ziemons H. Die Haftung der gessellschafter..., p. 122.

requisito. Esta estrutura pode justificar que a doutrina brasileira tenha se concentrado exclusivamente na desconsideração da personalidade jurídica.

Diferente será na sociedade por quotas, caso em que os sócios terão o poder de intervir na sociedade. Trata-se de previsão legal (Portugal, Alemanha e Brasil), segundo a qual somente sócios poderão ser gerentes das sociedades por quotas de responsabilidade limitada, bem como há o dever da gerência em cumprir com as deliberações sociais. Por este motivo, não podemos afirmar que o controle direto indicaria uma responsabilidade ilimitada dos sócios (como ocorre nos outros tipos societários)³⁸². Em verdade, as regras de controle terão menor importância para a justificação da separação da personalidade jurídica nestes países, uma vez que a limitação do controle será importante para a defesa dos interesses dos acionistas minoritários.

Os sócios-administradores acabam simultaneamente usufruindo de duas vantagens: podem participar ativamente da vida da sociedade e gestão da mesma, enquanto mantém o véu da responsabilidade limitada a proteger seus patrimónios pessoais. Para corrigir problemas que possam derivar do controle concentrado nos sócios majoritários, existirão as vias da responsabilização direta dos sócios perante os credores e, inclusive, o instituto da desconsideração da personalidade jurídica (*piercing the corporate veil*)³⁸³, que serão construções jurídicas complementares. Embora tenham o mesmo objetivo, podem criar resultados diversos³⁸⁴.

6.2.1. CONTROLE CONCENTRADO

³⁸² Ribeiro MF, op. cit. p. 52, cfm. Wieland K. Handelsrecht. Tomo I, 1921, pp. 490.

³⁸³ Idem.

³⁸⁴ A exemplo, uma sociedade cujo controle acionário é do sócio A, majoritariamente. Entretanto, os gerentes são os sócios B, C e D, cuja participação acionária total soma 30%. Pela via da responsabilização dos administradores, responderão B, C e D. Pela via da responsabilização do sócio de controle, responderá A. Pela via da desconsideração da personalidade jurídica, poderiam responder todos (a depender da forma que for aplicada a desconsideração).

O poder de domínio ou controle de uma sociedade pode existir de duas formas: de direito e de fato. O poder de direito será o poder exercido dentro da assembleia geral (ou órgão deliberativo interno equivalente), onde o poder de voto majoritário determinará parte da gestão empresarial³⁸⁵.

O poder de fato é exercido pela influência externa do controlador. Essa influência existirá pela subordinação dos administradores à determinações extra-oficiais, confidenciais. A possibilidade de eleição e destituição dos administradores e a livre-determinação do estatuto determinarão a subordinação de fato. Trata-se de poder de controle que é exercido com naturalidade (da ordem natural das coisas). Entretanto, esse poder “natural” não tem respaldo jurídico, uma vez que a pré-determinação de comportamento dos administradores não é prerrogativa jurídica dos sócios, por maior o controle acionário que detenham, assim como não há o dever jurídico do administrador em cumprir com instruções extra-orgânicas³⁸⁶.

Há teorias que se firmam na ideia de que o controle diluído seria ideal para as empresas, pois impossibilitaria as relações de controle externo. Neste contexto, a administração não seria influenciada por um sócio controlador e poderia ter maior liberdade de actuação, motivo pelo qual nela estaria concentrada maior responsabilidade.

Entretanto, diz-se que “é inútil ao direito tentar modificar à força a forma das relações de controle. É possível, no entanto, introduzir regras que desempenhem função equivalente à do controle diluído.”³⁸⁷ As experiências mostram que há uma tendência à

³⁸⁵ A Assembleia Geral terá competência para decidir alguns aspectos de gestão: maiores nas sociedades por quotas do que nas sociedades anônimas (Coutinho de Abreu, 2010, p. 42 ss. e 2012, *Sci.Ivridica*, nº 329, p. 224)

³⁸⁶ Abreu JMC. 2012, op. cit. p 224, lembra que não existirá responsabilidade civil quando o exercício deste poder for “compatível com o interesse da sociedade dominada”.

³⁸⁷ Salomão Filho C. op. cit., 2006, p. 80. A experiência analisada por Coffee JC, *Privatization and Corporate Governance: The Lessons from Securities Market Failure*. New York: Columbia Law School; 1999, é um exemplo desta realidade: na Polônia e Tchecoslováquia, a diluição obrigatória não gerou resultados satisfatórios. Em pouco tempo após as privatizações, as ações se concentraram em poucos controladores. Ver também Bebchuk LA e Roe MJ. *A Theory of Path Dependence in Corporate Ownership and Governance*, Cabridge (EUA): Harvard Law School; 1999.

concentração dos poderes dentro das empresas e que, mesmo quando esta tendência é combatida por via legislativa, não há efetivos resultados a evitar a concentração de poderes. A concentração de poderes é patologia que deve ser combatida?

No Brasil, Portugal e Alemanha, há a possibilidade da existência de empresa constituída por sócio único. Trata-se de construção jurídica que buscou aceitar a realidade de fato e parar de maquiá-la de forma irrazoável³⁸⁸. A aceitação da realidade parece ser o primeiro passo para a sua efetiva regulação.

A realidade brasileira mostra uma prevalência de concentração de poder nas empresas³⁸⁹. Devemos lembrar, entretanto, que não é uma realidade isolada. Em verdade, é o que se verifica na maior parte dos países (a exemplo dos países da Europa continental e Ásia). A exceção ocorrerá nos países anglo-saxões. O mercado, que poderia agir como agente externo de controle³⁹⁰, não o faz porque o perfil dos investidores será de especulação. Esse perfil, entretanto, não mudará enquanto não existir possibilidade de participação directiva dentro de uma empresa³⁹¹.

Parte da doutrina brasileira tentará justificar a existência de controle ao poder do sócio majoritário através de regras abstratas como a função social da empresa³⁹². Construção jurídica mais simples será aceitar que, quando um sócio majoritário estiver influenciando as decisões da diretoria, estará portando-se como um administrador nas

³⁸⁸ Andrade AG. A Responsabilidade da Sociedade Totalmente Dominante. Almedina, Coimbra, 2009. p. 60, nota 100, cita trecho de obra de Irujo JME. *Trends and Realities in the Law of Corporate Groups*. Rochester; 2005, p. 68, no qual o autor reconhece que estes países anteciparam-se em legislar a legitimidade dos grupos de empresas em face da realidade societária nacional.

³⁸⁹ Salomão Filho C. op. cit., 2006, p. 80.

³⁹⁰ Exemplo das estruturas anglo-saxônicas, nos quais a empresa deverá manter-se atrativa para os investidores externos.

³⁹¹ Trata-se de um círculo vicioso, como relata Salomão Filho C. 2006, op. cit. p. 81. Para um estudo das alternativas estruturais, recomenda-se o estudo da estrutura alemã de representação dos trabalhadores dentro da diretoria (Charny D, *The German Corporate Governance System*; e outros) e os administradores independentes (Abreu JMC, *Governança de Sociedades*, 2006; e outros)

³⁹² Frazão A. op. cit., 2011. Sobre estas, cfr. capítulo 3, interesses na sociedade.

sombras³⁹³. Quando tal situação verificar-se, já justificável a extensão dos deveres impostos aos administradores também ao sócio de controle. Outrossim, além da extensão dos deveres, também deverá ser estendida sobre ele os regimes de responsabilidade dos administradores. Em outras palavras, o sócio de controle que efetivamente exercer seu poder deverá responder da forma mais ampla cabível, cumulando as responsabilidades de administrador, sócio de controle e estando ainda sujeito ao rol de possibilidades de desconsideração da personalidade jurídica.

6.2.2. GRUPOS SOCIETÁRIOS E DOMINAÇÃO

No universo societário, pode verificar-se a existência de controle exercido de uma sociedade sobre a outra. Nestes casos de subordinação estrutural, a sociedade dominante controla as decisões da sociedade dominada. Nestas relações de hierarquia, haverá normalmente um benefício para a dominante (“quem possui poder económico usa-o em proveito próprio”), o que não exclui também algumas vantagens para a dominada. Entretanto, a regra demonstra que o sócio empresário dominante visa maximizar seus lucros da relação de dominação à custa da sociedade dominada, seus sócios minoritários e credores³⁹⁴.

Não há, no direito português e brasileiro, legalização dos grupos societários. Portanto, utilizam-se as regras e princípios do direito societário geral. As deliberações abusivas ensejam responsabilidade do sócio controlador³⁹⁵ da sociedade dominante e a

³⁹³ *Shadow Directors*, cfr. capítulo 5.6.2.

³⁹⁴ Abreu JMC. Responsabilidade nas sociedade em relação de domínio. Scie Ivrid. 2012, p. 225). Cita exemplos de Lutter M. Dieci anni di diritto tedesco dei gruppi: valutazione di un'esperienza. *Revista delle Società*, 1975, p. 1298; e Koppensteiner HG. Grupos no direito societário alemão, em IDET *Miscelâneas* n° 4 Almedina, Coimbra, 2006, p. 12.

³⁹⁵ Art. 83 do CSC, art. 117 da LSA.

desconsideração da personalidade jurídica da sociedade dominada³⁹⁶. O CSC tem dispositivos para o tratamento de grupos de direito em casos de domínio total³⁹⁷, regra quase ausente na LSA brasileira³⁹⁸. Devido a esta falta de construção jurídica no Brasil, o tratam-se também os casos de controle total com as regras e princípios gerais.

A sociedade dominante responde pelas obrigações da dominada, compensando perdas³⁹⁹. Os administradores da sociedade dominante poderão responder pelos danos causados à subordinada.⁴⁰⁰ Em Portugal, sopesa-se a liberdade de poder dar instruções desvantajosas e vinculantes⁴⁰¹ para a sociedade sob o domínio total.

Estas regras não se aplicarão ao controle por companhia estrangeira (extra-comunitária). Há possibilidade de constituição de sociedade anónima por sociedade cuja sede não seja em Portugal, excluindo-se as SA unipessoais.⁴⁰² São formas de se evadir da aplicação da lei...

No caso de voto abusivo, a sociedade responde pelos prejuízos causados à dominada⁴⁰³. Na mesma ação é possível pedir a anulação da deliberação e a

³⁹⁶ Desconsidera-se também a responsabilidade dos administradores da sociedade dominada, pois subordinados à vontade da sociedade dominante. Cfr. Abreu JMC. 2012, op. cit. p. 226 e Abreu JMC. Da empresarialidade, 1999, p. 272; Antunes E. Os grupos de Sociedades..., p 573; e Oliveira AP. Código de Sociedades Comerciais anotado, 2011, p. 1234)

³⁹⁷ Arts. 325-A, 325-B, 486, nº 3 do CSC

³⁹⁸ Um dos poucos dispositivos é o art. 276, que limitará a responsabilidade à qual os sócios de empresas dominadas estarão sujeitos.

³⁹⁹ Art. 501 e 502 do CSC. Art. 276 da LSA.

⁴⁰⁰ Abreu JMC. Responsabilidade nas sociedade em relação de domínio. Scie Iurid. 2012, p. 227). Art. 504 do CSC. No Brasil, o §3º do art. 276.

⁴⁰¹ Art. 491 e 503 do CSC

⁴⁰² Cfr. arts. 481, nº2, 488, nº1 e 2 do CSC. Mais sobre esse assunto em Abreu JMC. 2012, op. cit. p. 227, Dias R. As sociedades em comércio internacional, IDET Miscelâneas nº 5. Almedina, Coimbra, 2008, p. 86 et seq., Soares MAB. "A sociedade anónima europeia: sociedade de direito comunitário?", em 20 anos do CSC, v.I, Coimbra, 2007, p. 751. Andrade AG. A responsabilidade da sociedade totalmente dominante, Almedina, Coimbra, 2009; Monteiro P, Maia P. Sociedades anónimas unipessoais e a reforma de 2006. v. IV, Coimbra, 2011, p. 221 et seq.; e outros.

⁴⁰³ Art. 58, nº3 do CSC.

indenização.⁴⁰⁴ Aqui também valerá a responsabilidade dos administradores quando da adoção de deliberações abusivas anuláveis: Os gerentes que deliberarem e executarem, não votarem contra ou promoverem anulação serão solidariamente responsáveis⁴⁰⁵.

No sistema da *common law* também apresentam-se problemas concernentes ao tratamento de grupos de sociedade. Em grupos sociais estruturados, a falência de uma empresa controlada não comprometerá a liquidez da dominante⁴⁰⁶. Não havendo confusão entre os objetos e patrimónios das empresas, a responsabilidade limitada protegerá as demais empresas conectadas (controladora e demais controladas). Ou seja, só haverá responsabilização na confusão patrimonial das empresas⁴⁰⁷.

6.3. RESPONSABILIDADE DOS SÓCIOS PERANTE CREDITORES

Atuação dos sócios está a lesar os credores através de lesão à própria sociedade. Seria a transferência do risco do negócio da sociedade para os credores⁴⁰⁸. Ocorre a assunção de riscos demasiados, “especulando à custa dos credores”⁴⁰⁹. Embora se admita a assunção de riscos pelas empresas e a limitação da responsabilidade, não poderá ser aceito a transferência total do risco da empresa para os credores. Se houver

⁴⁰⁴ Abreu JMC. 2012, op. cit., p. 230 e Xavier L. Anulação de deliberação social e deliberações conexas. Coimbra, 1976, °. 321, nota 72; e Duarte DP. Aspectos do levantamento da personalidade coletiva..., Coimbra, 2007, p. 330 et seq.

⁴⁰⁵ Arts. 72, nº 1, 3, 4, e 73 do CSC, cfm. Abreu JMC. Governação das Sociedades Comerciais, 2006, p. 128 et seq.

⁴⁰⁶ Dignam A & Lowry J. Company law. 7th ed. Core Text Series. Oxford: University Press; 2012, p. 49 propõe um exemplo da falência de uma sociedade controlada, onde a controladora não é responsabilizada (não cometeu qualquer ilícito). Entretanto, no ano seguinte a controladora simplesmente inicia nova empresa com o mesmo objeto social da falida, para cumprir com o mesmo objetivo. Como não há ilícito, mistura de património, nem abuso da personalidade jurídica, não haverá responsabilidade da empresa controladora ou desconsideração da personalidade jurídica.

⁴⁰⁷ Conforme regras de desconsideração da personalidade jurídica.

⁴⁰⁸ Ribeiro MF. 2009, op. cit. p. 54, cita o caso Trihotel, BGH 07.2007.

⁴⁰⁹ Caso EDV, 1994, Alemanha. Utiliza esta expressão o Bundesgerichtshof (BGH). Citado por Ribeiro MF. 2009, op. cit., p. 54)

desproporção entre o nível de operação e o risco assumido pelos credores, normalmente será caso de subcapitalização da sociedade.

A doutrina propõe soluções dispares, em diferentes modelos de responsabilização, como a responsabilidade civil contratual ou obrigacional, ou a responsabilidade aquiliana. Nos diferentes modelos, há regras que divergem quanto às presunções de culpa, pluralidade passiva, etc.⁴¹⁰ Também haverá distinção entre a responsabilidade interna da sociedade e externa (a doutrina e a jurisprudência usam especialmente a desconsideração como modelo de responsabilidade externa)⁴¹¹. Havendo responsabilidade externa, serão nas situações em que o sócio responderia somente perante credores, porém não teria implicações de responsabilidade interna.

A legislação brasileira explicita os casos de responsabilidade do acionistas de controle por abuso de poder⁴¹², a qual serve de modelo das responsabilidades dos administradores.

6.3.1. COAÇÃO DE ADMINISTRADOR (ABUSO DE PODER)

Existe previsão na lei brasileira a configurar o abuso de poder sujeito à responsabilidade civil quando o sócio coagir administrador a praticar ato ilícito⁴¹³. Por ato ilícito praticado por administrador, podemos reconhecer desde os crimes aos quais um administrador possa cometer no exercício do seu cargo, até os casos de responsabilidade

⁴¹⁰ O problema em Portugal é descrito por Ribeiro MF. 2009, op. cit., p. 57, nota 65). Cita diversos autores.

⁴¹¹ Ribeiro MF. 2009, op. cit., pp. 58 et seq.), cita Menezes Cordeiro, Da Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Comerciais, 1997, pp. 26 e Vassali, Il fallimento per abuso. in Studi in onore di Ragusa Maggiore, vol. II, 1997, p. 1179 ss.
Responsabilidade externa poderá ser civil ou patrimonial. Existirá responsabilidade civil quando preenchidos os pressupostos legais - ilícito, nexa causal e dano. Responsabilidade patrimonial derivará de garantias patrimoniais no cumprimento de obrigações alheias, independente da existência de ilícito.

⁴¹² Art. 117 da LSA prevê as modalidades de abuso de poder exercido pelo sócio controlador.

⁴¹³ Art. 117, §1º, e) da LSA: "Induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar ato ilegal, ou, descumprindo seus deveres definidos nesta Lei e no estatuto, promover, contra o interesse da companhia, sua ratificação pela assembleia geral;"

civil. A responsabilidade do sócio através da coação de administrador terá grande relevância em casos práticos.

O sócio que coagir, pelo uso do seu poder societário⁴¹⁴, o administrador à prática deste ato deverá responder como se administrador fosse. Outrossim, substituirá o administrador no polo passivo da ação de responsabilidade civil, uma vez que seja provada a coação.

A prova desta coação pode ser difícil de ser feita por credor ou terceiro, por não estar presente na ocasião. Entretanto, o administrador poderá provar que foi constrangido a praticar o ato⁴¹⁵. Os danos que advirem do ato estarão serão ligados por nexos causal ao sócio, que responderá civilmente. Esta regra terá grande importância, pois será instrumento de defesa do administrador e forma de responsabilização do sócio. Nesta espécie, o sócio poderá responder perante terceiros e credores sempre que o administrador também pudesse, inclusive por dano indireto.

A lei também prevê a forma tentada. Entretanto, como é óbvio, a tentativa não gerará dano ao credor, não sendo aplicável no âmbito da responsabilidade civil. Trata-se de previsão legal que não tem utilidade prática.

6.3.2. DESVIO DE INTERESSE

O desvio de interesse caracteriza ato do sócio de orientar a companhia para fim estranho ao objeto social. Também existe nos casos em que o sócio favorecer outra empresa em detrimento dos interesses dos acionistas minoritários.

Enquanto esta espécie de responsabilidade parece inicialmente fazer referência aos danos aos acionistas minoritários, estes não serão os únicos afetados. O desvio de

⁴¹⁴ A cooptação que não decorrer de abuso de poder não poderá eximir o administrador de culpa.

⁴¹⁵ A prova da coação irá eximir o administrador de culpa.

finalidade poderá causar prejuízos à companhia, o que refletirá indiretamente nos credores em uma eventual insolvência da companhia. Em tese, não só os shareholders poderão sofrer danos pela má condução da companhia, mas também os stakeholders. Entre os stakeholders encontraremos trabalhadores e credores.

O credor poderá acionar os sócios de controle por promover o desvio de interesse da sociedade. Se for provado o dolo ou a negligência grave dos sócios, poderá o credor exigir diretamente destes o montante em que foi prejudicado.

A existência de referência ao “interesse nacional” é resquício do interesse do estado pré-constituição de 1988⁴¹⁶. Entretanto, este dispositivo poderá ser usado contra os sócios em caso de dívidas tributárias, face ao interesse nacional.

6.3.3. LIQUIDAÇÃO DE COMPANHIA PRÓSPERA

Define-se pela ação de promover a liquidação de companhia próspera (inclusive através de fusões, cisões e incorporações) para obter vantagem, prejudicando minoritários, trabalhadores ou investidores. Trata-se de espécie típica de responsabilidade que recairá exclusivamente sobre os sócios. A decisão de descontinuar uma empresa é decisão que deve ser tomada em assembleia geral⁴¹⁷. Os administradores não terão envolvimento nesta decisão. Não é uma situação comum a empresas com controle diluído, pois raramente haveria o consenso em liquidar a companhia. O caso surge principalmente nas situações onde há um sócio de controle e este, por interesse próprio, resolve extinguir a companhia e capitalizar-se.

⁴¹⁶ Uma das muitas gafes legislativas brasileiras que não dever ser utilizada pelos juízes. Pode entrar em conflito com normas constitucionais atuais. Do nosso ponto de vista, trata-se de dispositivo arcaico e que deveria já ter sido removido da lei.

⁴¹⁷ Art. 122 da LSA.

Além do evidente prejuízo aos trabalhadores, os sócios minoritários também poderão ter perdas financeiras consideráveis. Entretanto, afetará de sobremaneira aos credores que terão que executar todos os seus créditos simultaneamente. Se a empresa continuasse a operar, teria a possibilidade de pagar a todos os credores. Entretanto, a corrida creditícia poderá impossibilitar alguns credores de receber seus créditos. Os credores que forem prejudicados poderão acionar diretamente aos sócios que votaram a favor por prejuízos diretos.

6.3.4. CULPA IN ELIGENDO

Define-se pela falta de cuidado ao escolher administrador que represente a companhia. A avaliação das competências técnicas dos administradores é importante para o cumprimento do dever de cuidado. Deverá o administrador ter disponibilidade, competência técnica e conhecimento da atividade da sociedade⁴¹⁸.

De certa forma, o dever de cuidado está intimamente ligado ao atuar criterioso e ordenado do administrador, sobre o qual o sócio não terá controle. Portanto, neste aspecto, interessará somente à responsabilidade dos administradores.

Exceção será feita quando o sócio de controle influir nas decisões da sociedade com o seu poder. Neste caso, será considerado abuso de poder “eleger administrador ou fiscal inapto, moral ou tecnicamente”, situação na qual o sócio de controle responderá pelos danos causados⁴¹⁹, inclusive aos credores. A culpa in eligendo será atribuída ao sócio quando este promover ou corroborar com a nomeação de administrador

⁴¹⁸ Barreiros F. 2010, op. cit. p. 55.

⁴¹⁹ Conforme a redação do artigo 117 da LSA brasileira. Coutinho de Abreu (2012, p 231 e ss.), ao referir ao art. 64 do CSC, concluí que “O sócio dominante terá *culpa in eligendo* quando sabia ou deveria saber que o administrador não possuía os requisitos necessários (de ordem técnica, experimental, moral) para ser um “gestor criterioso e ordenado”.

incompetente. Esta incompetência será medida pela verificação das competências do administrador, que deverão ser adequadas ao mandato por ele exercido.

Quando um sócio assim designar um administrador, estará a avaliar a sua suposta competência. Caso este administrador venha a violar o dever de cuidado, poderá o sócio que o nomeou responder solidariamente⁴²⁰ por culpa in eligendo.

Será critério indireto de responsabilização dos sócios. Para a responsabilização, deverá o credor provar que os sócios sabiam ou deveriam saber das incapacidades do administrador que ensejaram a violação do dever de cuidado. O entendimento do dever saber implicará em responsabilidade objetiva, ou seja, desassociada de culpa. Trata-se aqui de um entendimento de uma capacidade média, onde não se exige o nível de excelência na área, tão somente um conhecimento mínimo. A falta desta capacidade mínima que ensejará a responsabilização dos sócios.

Se a capacidade técnica é mais fácil de ser provada, a capacidade moral será terreno mais complexo. Neste aspecto, estará ligada ao dever de lealdade dos administradores. Porém, como se pode saber se um administrador ou fiscal terá integridade moral? A legislação veta a nomeação de administradores condenados por crimes empresariais ou com impedimentos legais⁴²¹. Também determina que administradores de concorrentes ou com interesses conflitantes só possam ser nomeados com a prévia autorização da assembleia geral⁴²², retirando a responsabilidade pela

⁴²⁰ Art. 83 do CSC.

⁴²¹ A lei das S.A. brasileira prevê, no art. 147, que “São inelegíveis para os cargos de administração da companhia as pessoas impedidas por lei especial, ou condenadas por crime falimentar, de prevaricação, peita ou suborno, concussão, peculato, contra a economia popular, a fé pública ou a propriedade, ou a pena criminal que vede (...) o acesso a cargos públicos”, ou declaradas “inabilitadas por ato da Comissão de Valores Mobiliários.”

A lei de falências prevê, no seu art. 181: “São efeitos da condenação por crime previsto nesta Lei: I – a inabilitação para o exercício de atividade empresarial; II – o impedimento para o exercício de cargo ou função em conselho de administração, diretoria ou gerência das sociedades sujeitas a esta Lei; III – a impossibilidade de gerir empresa por mandato ou por gestão de negócio.”

⁴²² § 3º O conselheiro deve ter reputação ilibada, não podendo ser eleito, salvo dispensa da assembleia geral, aquele que: I - ocupar cargos em sociedades que possam ser consideradas concorrentes no mercado, em especial, em conselhos consultivos, de administração ou fiscal; e II - tiver interesse conflitante com a sociedade.

eleição dos administradores e colocando-a nos sócios. Estes impedimentos serão de fácil verificação e podem ser usados como critério objetivo da moralidade dos administradores. Será caso de responsabilidade solidária entre sócio e administradores. Os sócios responderão pela *culpa in eligendo*, enquanto os administradores responderão pela responsabilidade que lhes for atribuída⁴²³.

Quando a decisão ainda for anulável, não responderá o administrador⁴²⁴, e conseqüentemente não responderá solidariamente o sócio, inclusive quando este estiver impondo seu poder de controlador⁴²⁵.

No Brasil, a responsabilidade será subsidiária perante sociedade ou sócios⁴²⁶. Não obstante, há possibilidade de responsabilização dos administradores e, conseqüentemente dos controladores quando não forem cumpridos deveres⁴²⁷, pelos credores através da ação subrogatória⁴²⁸. Ação subrogatória que não é prevista no Brasil, devendo os sócios responder por danos indiretos aos credores na forma geral da responsabilidade civil.

A responsabilidade dos sócios será subsidiária⁴²⁹ e obrigacional⁴³⁰. Isso porque decorre de uma escolha culposa do administrador ou de influência dos sócios, violando o dever de lealdade a estes imposto⁴³¹. A culpa in eligendo é presumida, invertendo-se o

⁴²³ É construção existente também no direito civil. Em Portugal, está circunscrita no art. 83 do CSC. No Brasil, a disposição é constante no art. 117, § 1º e. da LSA.

⁴²⁴ Em Portugal, art. 72, nº 5 do CSC.

⁴²⁵ Vaz TA. A responsabilidade do accionista controlador, 1996, p. 376.

⁴²⁶ Ribeiro MF. 2009, op. cit., p. 622 e ss.

⁴²⁷ Administrador abster-se de executar deliberações anuláveis e não executar decisões válidas quando manifestamente prejudiciais à sociedade. Cfr. Abreu JMC. 2006. op. cit., p. 59 et seq.

⁴²⁸ Em Portugal, consta do art. 78, nº 2 e 3 do CSC.

⁴²⁹ Há quem defenda tratar-se de responsabilidade solidária, vide Andrade AG. A responsabilidade da sociedade totalmente dominante, Almedina, Coimbra, 2009.

⁴³⁰ Segundo Abreu JMC. 2012, op. cit., p. 235.

⁴³¹ O dever de lealdade também é imposto aos sócios, conforme visto anteriormente.

ônus da prova. A responsabilidade decorrente da influência exercida por sócio dominante deverá ser provada.⁴³²

6.3.5. DEVER DE VIGILÂNCIA

Não haverá obrigação dos sócios controladores em vigiar a atuação dos administradores. Nesse contexto, a estrutura orgânica brasileira já criou o conselho de administração, que terá o dever de fiscalizar a atuação da diretoria. Este órgão intermediário acumulará o dever de vigiar a diretoria e informar os sócios controladores. Desta forma, a culpa in vigilando só ensejará a responsabilização dos administradores (estes terão o dever específico de vigiar).

A implicação desta propositura é grande: enseja afirmar que, como regra geral, não haverá a culpa por omissão dos sócios controladores frente a atos de administradores. A culpa por omissão deverá depender de prova sobre a existência de informação prévia aos sócios. A partir deste momento, o sócio informado que não atuar para impedir certos danos poderá ser responsabilizado pela convivência.

6.4. POSSIBILIDADE DE AÇÃO POR CREDOR CONTRA OS SÓCIOS

Sobre a possibilidade de ação do credor diretamente ao sócio no direito societário brasileiro, há debate entre três teses. A primeira, defendida por Calixto (1998), Comparato (2005) e outros, acredita que não há possibilidade de aplicação extensiva das regras sobre abuso de poder⁴³³ aos credores. A tese sustenta-se na falta de artigo que dê

⁴³² Abreu JMC. 2012, op. cit., p. 235, somente a influência deverá ser provada, não sendo codependente da existência de culpa.

⁴³³ Art.117 da LSA.

fundamento positivo à ação do credor, porém falece pela existência legal da prescrição de direito de ação de credores contra os acionistas⁴³⁴.

Frazão (2011) defende a ideia de que poderíamos concluir que a função social da empresa poderia conferir legitimidade de ação aos credores⁴³⁵. Sua tese inclui o uso da definição da função social da empresa para justificar sua posição em relação a responsabilidade do acionista. Sustenta-se no rol de legitimados pelo artigo 166 §1º, reconhecendo legitimidade ativa ordinária para estes sujeitos⁴³⁶. Entretanto, a tese subsiste de uma interdependência com a função social da empresa - uma construção recorrente na doutrina brasileira, mas quase ausente no direito comparado.

A terceira hipótese é a aplicação analógica do § 7 do art. 159 também para ato do controlador.⁴³⁷ As teses de aplicações analógicas costumam ser bem-vindas em diversos sistemas, pois reconhecem similaridades entre situações que justifiquem o tratamento igualitário. Porém, corre-se sempre o risco de passar a vontade do legislador com tais aplicações.

Dentro destas três teses, a que tem maior sentido no sistema jurídico é a da analogia. Não obstante, o regime de responsabilidade civil existente no código civil⁴³⁸

⁴³⁴ Art. 287, b da LSA.

⁴³⁵ Através de uma interpretação extensiva do art. 116 da LSA.

⁴³⁶ Conforme Salomão Filho C e Comparato FK. O Poder de Controle na Sociedade Anônima. São Paulo: Ed. Forense, 2005, p. 384): “Em primeiro lugar, da definição institucional-organizativa do interesse social aqui defendida, decorrem certas consequências processuais. Ainda que não redutível ao interesse público, a concepção institucional moderna do interesse social, ao identificar interesses dignos de tutela societária, cria legitimação ativa ordinária (art. 6º de Código de processo civil) ao menos para os sujeito identificados no art. 116, parágrafo único, da lei societária. Isso significa que decisões sociais que possam afetar a vida dos trabalhadores ou da comunidade em que atua a empresa (além, é óbvio, dos demais acionistas que já contam com legitimidade expressamente prevista em lei) poderão ser contestadas por trabalhadores ou membros da comunidade em que atua a empresa.”

⁴³⁷ Em sentido contrário, Salomão Filho C e Comparato FK. 2005, op. cit. e Eduardo Munhoz ES. Empresa contemporânea e Direito Societário. Poder de controle e grupos de sociedade. São Paulo, 2002, p. 41, afirmam essencialmente que “na lei acionária brasileira, a ação de responsabilidade por abuso de poder do controle fica restrita aos acionistas, o que permite concluir que a definição de novos interesses protegidos (dos trabalhadores, da comunidade local, da nação) não veio acompanhada da indispensável designação do agente legitimado para sua defesa.”

⁴³⁸ Aplicável integralmente às empresas desde a extinção das diferenciações entre regimes de direito civil e comercial, com o código de 2002.

permite a ação de reparação de danos com base em ato ilícito (existência da tríade do ilícito, nexo causal e dano)⁴³⁹. Se o ilícito tem como partícipe o sócio, a lei civil permite a ação própria do credor diretamente a este.

A verdade é que a simples aplicação da regra geral civil não altera a essência da ação direta do credor frente a acionista. A aplicação analógica é a que se coaduna com o direito comparado. Em Portugal, há permissão legal para a ação do credor contra os sócios⁴⁴⁰.

6.5. SÓCIOS MINORITÁRIOS

A princípio, não haverá responsabilidade atribuível especialmente aos sócios minoritários. As regras de responsabilização de sócios remetem aos sócios de controle ou grupos de controle⁴⁴¹. O pequeno acionista não poderá ser responsabilizado, pois não participa de forma decisiva para a tomada de decisões empresariais.

A personalidade jurídica não poderá ser desconsiderada de forma direta contra companhias de capital aberto ou acionistas passivos⁴⁴², nestes últimos incluídos os sócios minoritários e os acionistas sem opção de voto. Deve ser garantida a defesa dos acionistas minoritários contra a responsabilização e desconsideração de personalidade jurídica, evitando-se o dano injusto. Significa dizer que o credor não poderá buscar o ressarcimento contra acionista minoritário, salvo em caso de dolo. A regra será que os credores não tenham possibilidade de acionar diretamente o sócio minoritário.

⁴³⁹ O Recurso Especial 798264 (Mn. Nancy Andrichi, 2007), não dispensará a prova da existência do dano. Frazão (2011) entende que somente o dano direto poderá ser provado. O acórdão também frisa a desnecessidade de prova da intenção subjetiva do sócio controlador.

⁴⁴⁰ Ou ao menos não é excluída pelo dano indireto causado pela perda do patrimônio social, art. 78º, 1 do CSC.

⁴⁴¹ Art. 117 da LSA.

⁴⁴² Herig G e Kanda H. Creditor Protection. Op. Cit. p. 93.

Entretanto, casos como a descapitalização da sociedade afetarão a totalidade dos sócios, inclusive os minoritários. Os sócios minoritários terão alguns direitos de proteção que variam conforme o país⁴⁴³, que lhes dará o direito de ressarcimento contra os sócios majoritários ou administradores pelos prejuízos sofridos.

6.6. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Trata-se de teoria que, buscando salvaguardar os interesses dos terceiros, implica na desconsideração dos limites da personalidade jurídica da empresa. Embora haja diferenças legislativas nos diversos países estudados, a base teórica que sustenta a teoria será muito similar e respaldar-se-á na tipificação de casos⁴⁴⁴.

A autonomia empresarial será o elemento central da personalidade, e a sua falta será o principal motivo para a desconsideração dos limites jurídicos. Deve compreender-se que, embora haja limites à personalidade jurídica (e a personalidade da empresa não se confunde com de seus membros), deve-se perceber que a empresa é um meio de satisfação da vontade de outros, nomeadamente os sócios⁴⁴⁵.

⁴⁴³ No Brasil, alguns exemplos são as alíneas a e c do art. 117.

⁴⁴⁴ Muito embora a casuística seja mais importante ao sistema anglo-saxão, os sistemas romanos germânicos costumam utilizar da identificação de casos típicos para justificar a aplicação da doutrina. Cfr. Duarte D. 2007, op. cit. p. 156.

⁴⁴⁵ Abreu JMC. Da empresarialidade, 1999.

Existem dois grupos distintos de casos em que este limite poderá ser desconsiderado: casos de imputação jurídica⁴⁴⁶ e casos de responsabilidade. Há inclusive vertentes doutrinárias que reconhecerão a existência de somente uma ou outra forma de desconsideração⁴⁴⁷. O interesse deste título será somente sobre o último.

Na desconsideração da personalidade jurídica em casos de responsabilidade, será derogada a limitação do regime de bens sociais perante credores, o que possibilitará a execução das dívidas diretamente dos bens particulares dos sócios (e dos administradores⁴⁴⁸).

A doutrina teve sua gênese no direito anglo-saxão com caso *Salmon v. A Salmon & C. Ltd.*⁴⁴⁹, muito embora o desenvolvimento da “disregard doctrine” tenha se iniciado com alguns casos anteriores. Também pode ser encontrada sob a expressão do “levantamento do véu da personalidade”⁴⁵⁰. Há importante desenvolvimento teórico na Alemanha⁴⁵¹.

⁴⁴⁶ Os casos de imputação existirão quando determinados conhecimentos, qualidade ou comportamentos dos sócios forem imputáveis aos sócios (e vice-versa), especialmente quando há o uso da máscara da empresa para a realização de atos impedidos por disposição legal ou contratual. Abreu JMC. Código das sociedades comerciais em comentário, Comentários ao art. 5º, 2010, op. cit. p. 100 et seq., descreve alguns exemplos, como o caso da existência do dever de não concorrer (dever contratual, na maior parte das vezes) em que a pessoa obrigada constitui pessoa jurídica que faça a concorrência. A personalidade deverá ser desconsiderada para a aplicação do dever. Também haverá equiparação ao regime de venda das empresas quando for alienada a totalidade ou maioria das participações sociais, com base no mesmo motivo. O véu será removido, por fim, nos casos em que forem feitos negócios jurídicos entre impedidos por intermédio de empresas de sua propriedade, como a alienação de bens da empresa dos genitores para um de seus filhos sem a autorização dos demais herdeiros. No mesmo sentido, Duarte D. 2007, op. cit. p. 143 et seq.). Estes casos de imputação de personalidade não são alvo do presente estudo, que recai tão somente sobre os efeitos da desconsideração da personalidade jurídica sobre a responsabilidade civil perante credores.

⁴⁴⁷ Ribeiro MF. 2009, op. cit., p. 310, notas 386 e 387.

⁴⁴⁸ Lgow, CWC. Pessoas Jurídicas: Autonomia patrimonial e desconsideração da personalidade jurídica. Revista Semestral de Direito Empresarial nº 8, p. 25-57, Renovar, RJ, 2011.

⁴⁴⁹ Caso *Salomon vs. A Salomon & Co*, 1897, conforme David Goddard, *Corporate Personality Limited Recourse and its Limits*, in *Corporate Personality in the 20th Century*, Oxford, 1998. Neste caso, a constituição da sociedade visou, fundamentalmente, frustrar a execução do patrimônio por credores. Citado por Tepedino G. “Notas sobre a desconsideração da personalidade jurídica” em *Diálogos de direito civil*. 2008, p. 7; e Alves AFA. *Fundamentos da desconsideração da personalidade jurídica no sistema jurídico da common law e sua aplicação nos direitos inglês e norte-americano - influência no código brasileiro de defesa do consumidor*. Temas de direito civil-empresarial. RJ, Renovar, 2008.

⁴⁵⁰ Referência ao modo como foi designado nos EUA, “*piercing the veil*”.

⁴⁵¹ Abreu JMC. *Da Empresarialidade*, 1999, p. 206 et seq., refere a dilaética entre Serick (teoria do abuso) e Müller-Freinfels (teoria da aplicação da norma). Referência em Rehebinder E. *Zehn Jahre Rechtsprechung zun Durchgriff im Gesellschaftsrecht*, FS Robert Fisher, 1979, p. 580.

6.6.1. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO BRASIL

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica tem histórico respaldo no Brasil. A existência de um perfil acionário concentrado justificou sua introdução no país. Em casos onde o sócio havia tomado a decisão de prejudicar credores, ainda que de forma indireta, deveria este responder subsidiariamente à empresa pelos danos causados.

Há duas formas de fixar os limites da desconsideração da personalidade: A teoria majoritária entende possível a desconsideração em casos de fraude, abuso de direito⁴⁵² ou confusão patrimonial. A doutrina minoritária admite a quebra do véu diante da constatação de prejuízo do credor; a mera insuficiência patrimonial da sociedade já autorizaria a utilização do instituto⁴⁵³. Estas teorias divergem em aspectos essenciais, como os elementos objetivos e subjetivos que justificam sua aplicação.

A teoria majoritária tem aspectos subjetivistas no que tange a constatação de fraude ou abuso de direito, onde se exigem a “demonstração de fatos atribuíveis ao sócio ou administrador que frustrem o legítimo interesse do credor mediante a manipulação fraudulenta da pessoa jurídica”⁴⁵⁴.

De outra senda, será objetiva a confusão patrimonial. Provas de existência de confusão já seriam suficientes, por si só, para a desconsideração dos limites da personalidade jurídica. Cita-se o exemplo da utilização do patrimônio da pessoa jurídica para o pagamento de despesas pessoais⁴⁵⁵.

⁴⁵² No Brasil está definido em lei, como se repete na maior parte dos países. Onde não há definição legal, a doutrina trata de explicar e definir de forma similar.

⁴⁵³ Lgow, CWC. 2011. op. cit., p. 39-40.

⁴⁵⁴ Tepedino G. Op. cit., p. 9-10. Citado em Lgow CWC, op. cit. p. 40

⁴⁵⁵ Lgow CWC, op. cit. p. 40-41 e Tepedino G. Op. cit., p. 11.

Entretanto, deverá este requisito ser objetivo? Imagine-se que haja confusão patrimonial em valor inferior ao crédito cobrado. Neste caso, deverá ser quebrada a personalidade? Entendemos que não. A confusão financeira deverá ser suficiente a justificar o dano patrimonial ao credor. Desta forma, evitar-se-á que pequenos atos habituais da empresa - como o pagamento de refeições de negócios ou gastos com transporte - venham a causar aos sócios prejuízo desproporcional.

A teoria minoritária tem aspectos puramente objetivos. A insuficiência patrimonial da empresa para o pagamento dos credores seria suficiente para justificar a desconsideração da personalidade jurídica. Como vimos, este requisito será o mesmo que caracterizará o dever dos administradores perante os credores⁴⁵⁶.

Atualmente, a quebra da personalidade jurídica é muito usada pela jurisprudência brasileira, sendo a principal forma de atribuição de responsabilidade aos sócios. Incorporada ao sistema legal por influência de Rubens Requião⁴⁵⁷, aparece pela primeira vez em forma normativa através do Código de Defesa do Consumidor em 1990. Desde então, diversas leis trataram da matéria, de forma ligeiramente diversa.

A regra geral será a existente no código civil. Neste, aplica-se a teoria majoritária da desconsideração da personalidade⁴⁵⁸. O dispositivo só será eficaz em casos de abuso da personalidade jurídica por confusão patrimonial ou desvio da finalidade. Entretanto, há regras excepcionais em legislações esparsas, senão vejamos.

O código de defesa do consumidor permite a desconsideração da personalidade de forma ampla, i.é, sempre que houver prejuízo para o credor decorrente de infração a lei,

⁴⁵⁶ Capítulo 4.

⁴⁵⁷ Cf. Coelho, FU. Desconsideração da personalidade Jurídica. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1989, p. 33. Em Lgow, CWC. 2011. op. cit., p.41

⁴⁵⁸ “Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.”

abuso de direito, excesso de poder ou ato ilícito⁴⁵⁹. A redação deste já foi duramente criticada pela doutrina brasileira⁴⁶⁰, muito embora os tribunais façam a aplicação literal do texto legal⁴⁶¹. Neste artigo, nota-se que há confusão entre figuras de abuso e excesso⁴⁶² com figuras de violação da lei ou atos ilícitos. Entretanto, deve-se lembrar que este artigo será aplicável tão somente na seara do direito do consumidor. A Legislação ambiental também aplica a desconsideração de forma similar ao CDC.

A lei da concorrência, no seu artigo 34⁴⁶³, possibilita a desconsideração da personalidade jurídica de empresas que infrinjam a ordem econômica. Desta forma, violações ao direito de concorrência que gerem danos poderão ser cobradas por via da desconsideração da personalidade jurídica. Em verdade, como já vimos anteriormente, nos casos de violação à ordem econômica haverá responsabilidade solidária dos administradores, das empresas componentes do grupo econômico e, por fim, atingem ao sócio por meio da desconsideração da personalidade jurídica. Entretanto, como a desconsideração é subsidiária, os sócios serão os últimos a responder nestes casos. É uma inovação recente da lei brasileira⁴⁶⁴, motivo pelo qual não há experiência jurisprudencial sobre o tema. Novamente, a disposição da lei concorrencial é muito similar

⁴⁵⁹ “Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.”

⁴⁶⁰ Coelho, FU, op. cit. p. 50, afirma que a primeira lei brasileira a se referir à desconsideração da personalidade jurídica foi o Código de Defesa do Consumidor, apesar da pouca correspondência com a doutrina da época. Outros o acompanham, tais como Lgow, CWC. 2011. op. cit., Tepedino G. Código civil interpretado conforme a constituição da república, p. 130; Nicolas GR. in Alvaro Azevedo, Código Civil Comentado. Sp, Atlas, 2007. p 132 et seq.; e Borba JT. Direito Societário, 11ed., Renovar, RJ, 2008, p. 35.

⁴⁶¹ Lgow, CWC. 2011. op. cit., cita o Recurso Especial nº 279273 e também o acórdão da apelação ao TJSP, 19º C. Priv. nº 7270948700, 2008.

⁴⁶² As quais são atos lícitos utilizados para a infligência de danos ao consumidor e, por isso, repreensíveis.

⁴⁶³ “Art. 34. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social.”

⁴⁶⁴ Embora decorra de disposição existente na antiga lei antitruste.

à redação do código de defesa do consumidor, possibilitando a desconsideração da personalidade jurídica por atos lícitos e ilícitos.

No direito trabalhista a desconsideração é aplicada de forma ampla pelos tribunais. Apesar da não existência de dispositivo específico, isto não tem impedido o uso da disciplina na forma da teoria minoritária. O Tribunal Superior do Trabalho entende que “da teoria da desconsideração da personalidade jurídica do empregador aplicável na execução trabalhista, de acordo com o art. 2º §2º da CLT, e consagrada no art. 28 do Código de Defesa do Consumidor, resulta o reconhecimento da responsabilidade do sócio, caso evidenciada a incapacidade da empresa em satisfazer suas obrigações trabalhistas, revestidas, como é cediço, da natureza alimentar e privilegiadas em relação a quaisquer outros créditos”⁴⁶⁵.

Percebe-se que o uso do privilégio creditício é o fomentador do uso indiscriminado da figura na justiça trabalhista. Antes de preocuparem-se com possíveis ilegalidades - o que ensejaria responsabilização dos administradores pela violação de normas específicas de proteção dos trabalhadores e credores -, as decisões visam buscar diretamente ao responsável subsidiário com base em construção jurídica duvidosa. Se o privilégio do crédito fosse o suficiente para a quebra da autonomia patrimonial da empresa, também poderia assim agir o fisco - sob o risco de gerar um caos econômico no país.

Podemos afirmar, portanto, que há uma tendência na legislação brasileira - acompanhada pela jurisprudência - de utilizar em demasia o instrumento da desconsideração. Em resposta, há uma tendência doutrinária de opor-se a tais excessos. Opõem-se à aplicação equivocada e sem critérios da teoria, sobretudo quando há outras formas de abordar a responsabilidade.

Não se pode, também, deixar de aplicar a teoria quando os fatos indicarem a sua aplicação. Havendo situações que justifiquem a desconsideração da personalidade

⁴⁶⁵ Lgow, CWC. 2011. op. cit., p. 43-44 cita TST 1ª Turma, Agravo de Instrumento no Recurso de Revista nº 1048/2005-008-19-40.0.

jurídica da sociedade, deverão ser os sócios responsabilizados. A não aplicação da teoria poderia causar sérios prejuízos a credores de boa-fé⁴⁶⁶.

O excesso da aplicação desta doutrina parece estar, essencialmente, na (I) a presunção de controle sobre as decisões da directoria. Outro ponto problemático da aplicação utilizada no Brasil é (II) a execução aplicável a todos os sócios, solidariamente.

6.6.2. PRESUNÇÃO DE CONTROLE

A ideia de que o controle acionário exercido pelo sócio majoritário tem fulcro análise económica do direito e na estrutura das “empresas fechadas”⁴⁶⁷, bem como em um regime que pressupõe uma regra geral de irresponsabilidade e baixa aplicação das regras de governança corporativa. Em um cenário empresarial em que pode o sócio de controle escolher a maioria dos membros da directoria, este terá controle sobre as decisões da mesma. A tendência é que a dualidade entre os sócios e administradores⁴⁶⁸ seja comprometida. Quanto mais o controle acionário pender para a unipersonalidade, maior será o desequilíbrio decisório⁴⁶⁹.

A estrutura brasileira fomenta essa ideia, uma vez que a directoria estará subordinada ao conselho de administração, que será escolhido pelos sócios em

⁴⁶⁶ Coelho FU, Curso de direito comercial V. 2, p.39-40. Também em Lgow, CWC. 2011. op. cit.

⁴⁶⁷ Conceito que difere das “empresas públicas”, definido no direito dos Estados Unidos (Partnership Act). As empresas fechadas serão as sociedades com poucos acionistas, enquanto as públicas serão às que estão naturalmente mais abertas a existência de um controle difuso. Segundo Duarte D. 2007, op. cit. p. 170, o Partnership Act define a sociedade fechada pelas seguintes características: (i) conta com limitado número de sócios; (ii) proíbe a oferta pública de ações; (iii) limita a transmissão das participações; e (iv) os sócios dirigem diretamente o negócio.

Historicamente, o estado de Delaware foi precursor. Cfr. Karjala DS. An Analysis of Close Corporation Legislation in United States, em “Corporation Law Anthology”, 1997, p. 276.

⁴⁶⁸ Investidor/decision makers, na doutrina norte americana. Duarte D. Aspectos do levantamento da personalidade colectiva nas sociedades em relação de domínio: contributo para a determinação do regime da empresa plurissocietária. Coimbra: Almedina; 2007, p. 171.

⁴⁶⁹ Idem.

assembleia geral⁴⁷⁰. Assim sendo, o sócio de controle escolhe o conselho de administração que fiscalizará a diretoria, outorgando-lhe indireto poder de fiscalização.

O conselho de administração, composto exclusivamente por sócios, tem amplos poderes sobre a administração da sociedade. Dentre suas principais funções atribuídas, há a fixação da orientação geral dos negócios sociais - com clara influência sobre o objeto social da empresa - e o poder de nomear, destituir e fixar atribuições dos administradores⁴⁷¹.

Porém, esta tese faz com que os deveres dos administradores sejam esquecidos, tanto para a estrutura da diretoria, quanto para o conselho de administração. Lembra-se que os primeiros responsáveis pelas decisões empresariais e rumos da companhia serão os administradores.

Se a doutrina brasileira dogmatiza a expressão de que o controle acionário é concentrado no país⁴⁷² e os dados indicam que ainda seja a regra, nota-se uma mudança no perfil dos acionistas nas empresas que adotam a governança corporativa⁴⁷³. Em um mercado mundial cada vez mais célere e unificado, não poderá o Brasil portar-se como

⁴⁷⁰ Raciocínio desenvolvido previamente, no capítulo 5.

⁴⁷¹ Art. 142, I e II da LSA, respectivamente.

⁴⁷² Salomão Filho C, op. cit. 2006, p. 169, Comparato FK. *O Poder de controle na sociedade anônima*. Forense; 1983, p. 68; Frazão A. 2011, op. cit.; Coelho FU. *Desconsideração da personalidade jurídica*. Editora Revista dos Tribunais; 1989, p. 33; CLEMENTE ES. "Governança corporativa e questões jurídicas concretas" em *Governança corporativa: empresas transparentes na sociedade de capitais*. São Paulo: Lazuli, 2004, p. 235; e outros.

⁴⁷³ As referências costumam ser feitas a uma estrutura existente no final do século XX, conforme destacam FINANÇAS – FINANÇAS CORPORATIVAS NO BRASIL Ricardo Pereira Câmara Leal – Richard Saito (2003), em referência aos estudos de Procianny (1994), Procianny e Comerlato (1994), Valadares e Leal (2000), Valadares (1998, 2002a) e Leal et al. (2002). Não há estudos consistentes que indiquem a manutenção deste parâmetro desde 2002, especialmente após a crescente entrada de investimentos estrangeiros acentuada a partir das crises econômicas mundiais. Há possibilidade que a realidade anteriormente reportada não seja mais a mesma.

uma ilha onde não há normas cogentes de governança corporativa⁴⁷⁴, sob o risco de toda a especulação financeira concentrar-se no país⁴⁷⁵.

Outrossim, vale dizer que a busca por governança corporativa e a aplicação das regras de responsabilidade dos administradores tem resultados⁴⁷⁶ diretos na mudança do perfil dos investidores no Brasil. Estes resultados tendem a levar a um novo equilíbrio societário onde o controle tornar-se-á menos concentrado⁴⁷⁷ ou, ao menos, similar ao encontrado nos outros países⁴⁷⁸.

A introdução da governança corporativa no sistema legal brasileiro, ainda que de forma tímida, já vem demonstrando algum impacto no perfil acionário. Esta mudança circunstancial gera a necessidade de uma revisão das regras de responsabilidade no Brasil. É necessário que a responsabilidade de administradores e sócios seja levada mais a sério.

Veja-se que a presunção do controle (necessária para justificar o excesso na aplicação da desconsideração da personalidade jurídica) só terá respaldo fático dentro de um universo jurídico que também pressuponha a ineficácia dos deveres dos administradores⁴⁷⁹ como forma de controle sobre a governança corporativa. Aplicá-la como regra geral seria um exagero, na atual conjectura. Também o controlador estará

⁴⁷⁴ Empresas que praticam Governança Corporativa tiveram melhores desempenho e procura no mercado acionário brasileiro, conforme estudo feito por Vieira e Mendes (2004) e com base nos dados do Ibovespa para o ano.

⁴⁷⁵ Embora as regras de governança tenham introduzidas no Brasil pela lei 10.303/2001, Salomão Filho C. 2006 op. cit., destaca que as alterações não são suficientes e, inclusive, incentivam que o perfil do investidor minoritário seja de especulação. Cfr. Vieira S e Mendes AT. Governança Corporativa: Uma análise da sua evolução e impacto no Mercado de Capitais Brasileiro, 2004, Revista do BNDES, RJ.

⁴⁷⁶ Segundo Braga C et al. A Influência da Origem do Controle Acionário no Nível de Disclosure Ambiental no Setor de Energia Elétrica no Brasil. 2011, p. 2, a “governança corporativa tem contribuído para uma mudança nesse contexto, favorecendo uma descentralização de acionistas controladores, uma gestão mais profissional nas empresas e um modelo de gestão que minimize os conflitos de agência.”

⁴⁷⁷ Resultado das sociedades abertas.

⁴⁷⁸ Abreu JMC. 2012, op. cit., afirma que o controle acionário europeu é bastante concentrado.

⁴⁷⁹ Há longa lista de deveres previstos nos arts. 115, 116 e 117 da lei societária, conforme já explicitado nos capítulos anteriores.

sujeito a deveres amplos, sem numeração exaustiva⁴⁸⁰. O seu atuar não é livre e este pode ser responsabilizado civilmente, especialmente os sócios de controle.

Devemos também ter em mente que a estrutura contrária à concentração, onde os administradores não correm o risco de serem destituídos pelos seus atos (controle diluído), determinará uma maior possibilidade de que o conselho comprometa a sociedade a maiores riscos. A assunção de maiores riscos, pode representar lesão aos interesses dos credores⁴⁸¹. Concluí-se que os administradores serão, em uma primeira fase, controlados pelos sócios e, em uma segunda esfera, controlados pelo regime de responsabilidade dos administradores.

Outrossim, o regime de responsabilidade dos administradores e responsabilidades dos sócios (bem como a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica) são complementares dentro da governança corporativa. Haverá situações em que o regime de responsabilidades por atos ilícitos será suficiente para controlar as decisões sociais. Para os outros, poder-se-á utilizar a desconsideração da personalidade jurídica.

6.7. DEFINIÇÃO DE QUADROS PARA A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

⁴⁸⁰ Pedro Oliva Marcilio de Souza no processo CVM RJ 2005/1443, manifestou-se sobre o parágrafo único do art. 116 da seguinte forma: “o disposto na segunda parte do parágrafo único tem importantes consequências jurídicas. Ele fala em “deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender”. Ou seja, estabelece a necessidade de o acionista controlador ser leal para com os acionistas, trabalhadores e comunidade. Além disso, determina que a atuação do acionista controlador respeite e atenda direitos dessas pessoas (...) Embora delimitar a extensão e profundidade da necessidade de se levar em consideração os interesses de empregados e da comunidade na decisão empresarial imponha a mesma dificuldade enfrentada na observância da função social, não pode haver dúvida, no entanto, de que os interesses deles devem ser levados em consideração, de alguma forma, quando se toma uma decisão.”

⁴⁸¹ No mesmo sentido, Duarte D. Aspectos do levantamento da personalidade colectiva nas sociedades em relação de domínio: contributo para a determinação do regime da empresa plurissocietária. Coimbra: Almedina; 2007, p. 171. Cfr. supra, capítulo 4.2.

A desconsideração da personalidade jurídica em sua lista de deveres exaustivos do direito português (ausência de autonomia patrimonial, abuso de personalidade coletiva, etc.) aplicar-se-á também quando do controle exercido por sociedade dominante⁴⁸². Há uma clara opção pela adoção da teoria maior, evitando que excessos sejam cometidos⁴⁸³. Esta deveria ser a regra no Brasil, entretanto a jurisprudência exagera na sua aplicação. Há casos em que claramente deve-se responsabilizar o administrador ou sócio e que, por falta de uma doutrina que separe-lhes os âmbitos de aplicação, utiliza-se o instrumento da desconsideração da personalidade jurídica.

Com o fim de trazer esclarecimentos para a doutrina brasileira, parece-nos importante definir os quadros nos quais será pertinente falar em desconsideração da personalidade jurídica. Até o momento, os quadros de aplicação de responsabilidade civil dos administradores e sócios já foram esclarecidos. A desconsideração da personalidade jurídica deverá ser o último recurso e utilizável tão somente nos casos em que houver um ato lícito, porém excessivo.

6.7.1. FRAUDE AOS CREDITORES

Dentro do conceito de fraude aos credores, podemos enquadrar algumas formas tradicionais de sua concepção. A ideia central é que a personalidade jurídica da empresa não pode-se constituir em instrumento de inflição de danos aos credores⁴⁸⁴. A valoração deste dano dependerá também de tratar-se de credor voluntário ou involuntário.⁴⁸⁵

⁴⁸² Abreu JMC. 2012, op. cit., p. 236 et seq.

⁴⁸³ Embora se verifique que, por vezes, as cortes portuguesas confundam as formas de responsabilidade, conforme bem explicita Ribeiro MF. 2009, op. cit., p. 311 e seguintes) ao citar uma série de casos confusos e incertos sobre a aplicação da teoria da desconsideração em Portugal.

⁴⁸⁴ Abreu JMC. 2012, op. cit.

⁴⁸⁵ Conforme capítulo 2.1.

Existem diferentes nuâncias para a fraude aos credores, constituindo a mais clara delas a utilização de sociedades fantoches⁴⁸⁶ como “escudos” ao património pessoal dos sócios. Neste contexto, a constituição de uma empresa e a transferência de ativos para esta a fim de evitar uma cobrança de crédito sobre outra pessoa (jurídica ou física), com sinais de descapitalização provocada, foram o suficiente para penetrar o véu corporativo em caso exemplar nos Estados Unidos, onde foi reconhecida a possibilidade de cobrança dos créditos frente a outra empresa, pois esta havia sido constituída com o propósito de prejudicar o credor.⁴⁸⁷

Também se consideram casos nos quais são constituídas várias empresas que operam conjuntamente e no mesmo local, porém com patrimônios diversos entre si. A confusão espacial e operacional pode levar a interpretação da confusão patrimonial. Exemplo de caso nos Estados Unidos⁴⁸⁸ de se reconheceu que as corporações podem ser muitas vezes organizadas como mantos legais para fraudes⁴⁸⁹, casos em que deverá ser desconsiderada a personalidade jurídica.

Importante destacar que as situações que autorizam a desconsideração de personalidade jurídica dependem da fraude, o qual decorre de dolo do agente. A intenção dos sócios deverá ser avaliada para que haja a desconsideração da personalidade jurídica. A intenção de lesar poder ser presumida em alguns casos.

⁴⁸⁶ “Dummy corporations”

⁴⁸⁷ Segue trecho do acórdão (1985) 33 N.Y. 139: “Deeds, obligations, contracts, judgments, and even corporate bodies may be the instruments through which parties may obtain the most unrighteous advantages. All such devices and instruments have been resorted to for the purpose of covering up fraud, but whenever the law is invoked all such instruments are declared nullities. They are a perfect dead letter. The law looks upon them as if they had never been executed.” Citado por Wormser IM. *Disregard of the Corporate Fiction and Allied Corporation Problems*. Beard Books, 2000, p. 28, e Duarte DP. 2007, op. cit. p. 147.

⁴⁸⁸ *Donavan v. Purtell*, 216 Ill, 629, 75 N. E. 334

⁴⁸⁹ Do mesmo acórdão: “Hence it is that a corporation is often organized to act as a “cloak” for frauds. Such cases as these are becoming common, and the courts are becoming more and more inclined to ignore the corporate existence and thereby circumvent the fraud.” Wormser IM. 2000. Op. cit. p. 31; e Duarte DP. 2007, op. cit. p. 148.

6.7.2. AUSÊNCIA DE AUTONOMIA PATRIMONIAL

A autonomia patrimonial é um dos pilares que sustentam a tese de separação das personalidades da empresa e dos seus sócios⁴⁹⁰. A sua ausência, i.é, quando da existência de confusão patrimonial, ensejará a desconsideração dos limites da personalidade jurídica da empresa. Entretanto, é importante verificar que essa confusão seja relevante, o que deverá ser analisado caso a caso.

Bom exemplo de critério em casos de confusão patrimonial pode ser encontrado na teoria da manifestação do alter ego⁴⁹¹, cujos requisitos essenciais seriam (i) a existência de confusão de interesses e titularidade entre sócio e sociedade e (ii) que os atos considerados estejam em desacordo com a equidade.

Constatada a confusão de interesses e a existência de atos desarrazoáveis, considera-se que há confusão patrimonial. Deve haver presunção de fraude no caso de confusão patrimonial, a qual atuará em benefício do credor social⁴⁹².

6.7.3. SUBCAPITALIZAÇÃO E DESCAPITALIZAÇÃO PROVOCADA

⁴⁹⁰ Cfr. supra, capítulo 6.1.

⁴⁹¹ Duarte D. 2007, op. cit. p. 156-157, lembra que o caso Automatriz etc. de California v. Resnick, 1957, 47 Cal. 2d 794, um leading case da California, esclareceu os limites da autonomia patrimonial.

⁴⁹² Coelho, FU, op. cit. 2003. Quando decorre de confusão patrimonial, a princípio, presume-se a utilização fraudulenta do patrimônio. A contraprova será ônus do sócio.

A subcapitalização é definida como capitalização desproporcionalmente pequena ao tamanho e natureza do objeto da sociedade e os riscos do negócio^{493,494}. Entretanto, a jurisprudência tem dificuldade de definir claramente o que será capital inadequado⁴⁹⁵.

Há quem defenda que deva ser feita a diferenciação entre capital mínimo inicial e capital mínimo na manutenção do negócio. Esta diferenciação seria importante porque o requerimento inicial de capital mínimo é inócuo para prevenir a falência de sociedades⁴⁹⁶, até mesmo para os alemães⁴⁹⁷. Isso porque o requerimento só tem efeitos indesejáveis na concorrência⁴⁹⁸, mas não terá qualquer relação com a capacidade de autossustentação da empresa. Não há dados que indiquem que uma empresa com capital social maior terá menos possibilidades de falir⁴⁹⁹. A regra de capital mínimo é, tão somente, anticoncorrencial.

Quanto ao capital durante a operação da empresa, a segunda diretiva do conselho dispõe sobre as regras de recapitalização social. Estas requerem que a sociedade que ficar com menos de 50% do capital social deve se recapitalizar ou ser dissolvida por lei. Entretanto, em sistemas que permitam capital mínimo tal regra acaba sendo teoricamente inócuo⁵⁰⁰.

⁴⁹³ Cfr. Duarte D. 2007, op. cit. p. 160.

⁴⁹⁴ Santos JAVP. Sociedade Anônima, Subcapitalização, Desconsideração da Personalidade Jurídica da Sociedade Anônima. In: *Revista da EMERJ*. Vol. 4, no 14, 2001. p. 74. Vide Borges LPF. *Mecanismos Jurídicos de Proteção aos Credores Sociais*, em Congresso de Direito das Sociedades 2012, p. 59.

⁴⁹⁵ Hackney e Benson, Shareholder Liability... Corporate Law Anthology, 1997, p. 66. Conforme Duarte D. 2007, op. cit. p. 161.

⁴⁹⁶ Davies P. Principles of modern company law, 2003, p. 229. em Mülbart PO. *A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection - Or a High-Level Framework for Corporate Creditor Protection*. Rochester: SSRN, 2006. p. 390 nota 57.

⁴⁹⁷ Mülbart PO. op. cit., p. 390, cita Schön, The future of legal capital, p. 439; Eidenmüller, "Europäisches und deutsches Gesellschaftsrecht...", 2005, p. 581.

⁴⁹⁸ Previne a entrada no mercado de pequenos investidores - os quais não terão fundos próprios suficientes para operar no mercado.

⁴⁹⁹ Mülbart PO. op. cit. p. 390.

⁵⁰⁰ Mülbart PO. op. cit. p. 391. Refere a Enriques L e Macey JR. Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules. *Cornell Law Review* 86, 2001, p. 1201, para maiores estudos sobre as legislações.

Na prática, muitas sociedades têm capital mínimo incompatível com seu objeto social. Movimentos financeiros que envolvam empréstimos dos sócios para a sociedade faz com que hajam menos distribuições de dividendos e, na prática, o pagamento de maiores lucros aos sócios. Situações como estas podem configurar fraude de subcapitalização do capital e ensejar a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade.⁵⁰¹

Conforme o ordenamento jurídico brasileiro estabelece que o valor do capital social será determinado pelo estatuto da companhia e somente poderá ser alterado com a observância desta lei e do estatuto social. Este ordenamento não estabelece um capital social mínimo para a qualificação da companhia⁵⁰². A única exigência do ordenamento jurídico brasileiro é que o estatuto da sociedade estabeleça o valor de seu capital social em moeda corrente nacional, formado por quantias em dinheiro ou bens a serem avaliados e sendo de responsabilidade dos subscritores, como forma de garantir a realidade do capital inclusive para os credores.⁵⁰³

A doutrina norte-americana⁵⁰⁴ sugere o critério de confronto entre o capital existente e as exigências previsíveis ao negócio, natureza e riscos presumíveis, inclusive frente a credores e terceiros⁵⁰⁵. A percepção da subcapitalização poderá ser comprovada pelo fluxo financeiro da sociedade muito superior ao seu capital social, inclusive quando vinculado a empréstimos bancários, *leasings* e outros instrumentos de crédito⁵⁰⁶. Pode-se

⁵⁰¹ Lamy Filho A e Pedreira JLB. *Direito das Companhias*. 2009, p. 211.

⁵⁰² Art. 5º da LSA. Exceto para empresas individuais de responsabilidade limitada, nas quais o capital mínimo será de 100 vezes o maior salário mínimo vigente (art. 980-A do CC).

⁵⁰³ Bulgarelli W. *Manual das Sociedades Anônimas*. São Paulo: Editora Atlas S.A., 13a Edição, 2001. p. 101.

⁵⁰⁴ Nos Estados Unidos, a tese da subcapitalização tem considerável importância.

⁵⁰⁵ Duarte D. 2007, op. cit. p. 161, seguindo o entendimento de Hackney e Benson (1997, p. 67)

⁵⁰⁶ Neste sentido, para concessão de crédito à uma empresa subcapitalizada presume-se um conhecimento prévio de tal situação pelo credor. Não poderá este mesmo credor, no momento da execução, requisitar a desconsideração da personalidade jurídica com base na subcapitalização quando esta já era ou devia ser de seu conhecimento.

utilizar a teoria do risco do negócio para explicar quais seriam os riscos que não poderiam ser ignorados pelos sócios na constituição do capital social.

As regras da subcapitalização utilizadas pela jurisprudência tem como referência tal capital “suficiente” para a operação da empresa. Nesta situação, as companhias podem ter o véu penetrado quando seus recursos forem “manifestamente insuficientes”. Parece o maior problema é que não existe uma definição do que seria tal capital suficiente, sequer entre economistas ou advogados. Tal critério não prescreve qualquer atitude *ex ante*, mas serve apenas para um ressarcimento *ex post* baseados em conceitos abstratos como noções de *fairness*⁵⁰⁷.

Lembramos que não será ato ilícito ter capital social da empresa inadequado ao tamanho do negócio. Há possibilidade de constituição de empresas de diversos tamanhos, desde que obedeçam ao capital mínimo exigido pela legislação. Na União Europeia há, inclusive, empresas que tem capital de um euro por sócio⁵⁰⁸. Portanto, somente o abuso de direito na utilização da personalidade social será ilícito⁵⁰⁹, o qual ensejará a desconsideração do véu empresarial e consequente responsabilização dos acionistas.

Uma das formas mais claras deste abuso será a descapitalização provocada da empresa. Digamos que uma sociedade está a enfrentar problemas de liquidez e, a certa altura, passa transferir sua produção para outra empresa formada pelos mesmos sócios, empresa essa que se encontra com maior equilíbrio financeiro. Evidentemente, o deslocamento dos ativos da empresa para outra, deixando só os passivos para responderem às dívidas sociais implicará no reconhecimento de uma descapitalização provocada. É evidente que os sócios não têm a obrigação de reinvestir em uma empresa

⁵⁰⁷ Mülbart PO. Op. cit. p. 396 et seq.

⁵⁰⁸ Sobre o capital social na Europa, ver Domingues PT. Variações sobre o capital social. Almedina, Coimbra, 2009.

⁵⁰⁹ Duarte D. 2007, op. cit. p. 160, lembra que o critério da equidade será utilizado pela doutrina dos Estados Unidos como o definidor do uso lícito ou abuso de direito.

quando esta encontrar-se com problemas de liquidez. Entretanto, a transferência dos ativos da empresa para descapitalizá-la será uma violação aos limites da personalidade jurídica, o que ensejará a desconsideração da mesma para que os credores possam buscar seus créditos junto aos sócios. “Não é permitido aos sócios agravar ou espoliar a crise descapitalizando a sociedade, liquidando-a a frio ou inanindo-a em detrimento dos credores sociais”⁵¹⁰

Será o caso de abuso de direito, o qual é ilícito. Comprovada a culpa dos sócios (dolo ou negligência), existência de danos aos credores e nexo de causalidade, estarão constituídos os três pressupostos para a responsabilização dos sócios frente aos credores sociais através da desconsideração da personalidade jurídica⁵¹¹.

Poderá também haver responsabilidade dos administradores na subcapitalização. Quando da ocorrência de perdas consideráveis do capital social, estes terão a obrigação de convocar a assembleia geral para tratar do assunto. Não há a obrigação de oferecer um plano de reinvestimento dos sócios. Entretanto, a ausência da convocação poderá levar à responsabilidade penal⁵¹² e civil dos administradores⁵¹³. Os credores poderão responsabilizar os administradores no regime português.

O capital social mínimo pode ser a garantia de diversos credores⁵¹⁴. A reserva legal também é forma de manutenção do capital que interessa aos credores e é estabelecida pela LSA brasileira. Ha também normas para a redução do capital social em hipóteses

⁵¹⁰ Coutinho de Abreu, op. cit. 2012, p. 237.

⁵¹¹ No mesmo sentido, Abreu JMC. 2012, op. cit.

⁵¹² Art. 523º do CSC.

⁵¹³ Conforme Domingues PT. Variações sobre o capital social. Almedina, Coimbra, 2009, p. 355), poderá o administrador ser responsabilizado quando, em conjunto com a não efetivação do dever legal de convocação da assembleia (art. 248, 3º ou arts. 375 e 377 do CSC), configurarem-se os pressupostos da responsabilidade civil (arts. 72, 78 ou 79 do CSC).

⁵¹⁴ Lamy Filho A. 2009, op. cit.

específicas, permitindo aos credores que se manifestem acerca da redução, sendo norma de proteção dos seus interesses.⁵¹⁵

A subcapitalização pode também ser posterior à formação da sociedade, devendo ser feita pelas regras de redução do capital social⁵¹⁶. Embora haja percentuais mínimos a serem obedecidos, não há mais a necessidade de fazer a redução pela via judicial⁵¹⁷. A tutela dos credores frente a subcapitalização existe conforme a segunda directiva 2006/68/CE⁵¹⁸. Segundo estas normas, caberá os credores a possibilidade acionar a empresa quando da redução do seu capital, desde que provem que a redução comprometerá a satisfação dos seus créditos⁵¹⁹. A finalidade desta lei é evitar confusões patrimoniais decorrentes de atos lícitos (distribuição de dividendos e bens aos sócios) possam prejudicar os credores sociais. Em casos de créditos futuros, poderá a sociedade oferecer garantias suficientes⁵²⁰, o que removerá o objeto da ação.

6.8. RESPONSABILIDADE DA SOCIEDADE DOMINANTE ENQUANTO SÓCIA CONTROLADORA

O grupo controlador poderá ser composto de pessoas singulares ou sociedades colectivas⁵²¹. A composição por pessoas singulares existirá com o controle por um sócio

⁵¹⁵ *Faria LP. Mecanismos Jurídicos de Proteção aos Credores Sociais*, em Congresso de Direito das Sociedades. 2012, p. 83

⁵¹⁶ O regime de redução do capital social é regido pelo art. 95 CSC de Portugal.

⁵¹⁷ A redação do CSC anterior a 2007 previa que a redução do capital social superior a 20% deveria ser feita pela via judicial, salvo a redução por perdas. Domingues PT. *Variações sobre o capital social*. Almedina, Coimbra, 2009, p. 544.

⁵¹⁸ Art. 96 do CSC.

⁵¹⁹ Em Portugal, esse direito deverá ser exercido dentro de um mês após a publicação do registro da operação. A ação terá o viés de suspender a alteração por tempo a ser fixado pelo juiz da causa. Domingues PT. 2009. Op. cit., p. 545.

⁵²⁰ Domingues PT. 2009. Op. cit., p. 545, explica que a garantia de créditos futuros não decorre da directiva, mas existe na legislação portuguesa.

⁵²¹ Em Portugal, conforme art. 83 do CSC.

único ou acordos parassociais e existirá controle quando formar votos suficientes para eleger administrador por si só (inclusive quanto a eleição de administrador por direito especial).

As razões que admitem a responsabilização da sociedade controladora são conexas ao abuso de direito. O credor não poderá ficar a mercê do arbítrio da sociedade controladora, que se utiliza de técnicas de organização empresarial cujo risco de confusão patrimonial é alto⁵²², especialmente sobre os resultados (os resultados da dominada comporão o ativo da dominante). Tratam-se de grupos onde há alto grau de “permeabilidade” patrimonial⁵²³. Existe ainda um potencial de subcapitalização que não pode ser ignorado⁵²⁴.

Três razões justificam a responsabilização da sociedade dominante: difícil equilíbrio entre capacidade de autonomia da sociedade dominada e autonomia da personalidade jurídica, similaridade com o regime de representação e os riscos que estas situações trazem aos credores⁵²⁵.

Em situações onde há perda da autonomia de gestão da sociedade, há como se sustentar a tese da autonomia da personalidade? A partir do momento que uma sociedade é amplamente dominada por outra, esta torna-se meio, não tendo um fim em si própria. A dependência será económica e jurídica.⁵²⁶

O próprio objeto social da sociedade controlada é alargado a ponto de favorecer a sociedade controladora, bem como sua direcção é reordenada para os fins do grupo⁵²⁷. A mudança de perspectiva de atuação e lucratividade da empresa deverá justificar uma

⁵²² Andrade AG. 2009, op. cit. p. 89, cita Correia LB. “Grupos de sociedades”, in *Novas perspectivas de direito comercial*, Coimbra. Almedina. 1988, p. 383.

⁵²³ Ribeiro MF. 2009, op. cit., p. 407.

⁵²⁴ Andrade AG. *A Responsabilidade da Sociedade Totalmente Dominante*. Almedina, Coimbra, 2009 p. 92.

⁵²⁵ Idem, p. 52.

⁵²⁶ Idem, p. 63.

⁵²⁷ Idem, p. 54.

garantia maior aos credores, a fim de reequilibrar a relação. Do contrário, acumular-se-ia nos credores todos os riscos da empresa dominada⁵²⁸. O credor, muitas vezes, será levado a crer que está negociando com o grupo, caso em que a imagem da sociedade controladora sobreporá a da controlada.⁵²⁹

Quando o administrador for responsabilizado, será solidariamente responsável o grupo de sócios que o elegeu⁵³⁰. Casos de responsabilidade que não dependem da influência no voto, decorrem naturalmente do controle.

O controle também pode ser exercido pela capacidade de destituição dos administradores⁵³¹. Quando houver controle de votos suficientes para a destituição, o controlador responderá solidariamente com o administrador que teve capacidade para a prática do ato. Tal situação poderá manifestar-se inclusive quando for imposto aos administradores comportamentos prejudiciais à sociedade por deliberações com base em voto de sócio dominante, em algumas circunstâncias.⁵³²

A sociedade dominante é directamente responsável pela dominada, mas indirectamente responsável pela obrigação⁵³³. Isto ocorre porque a sociedade que está vinculada ao credor será a dominada, então esta deverá responder primeiramente. Somente no caso de insuficiência, subsidiariamente responderá a dominante⁵³⁴.

⁵²⁸ No mesmo sentido, Ribeiro MF. 2009, op. cit., p. 408 e cfm. Antunes E. Os grupos de sociedades, 2002, p. 140, onde constata que a relação de domínio gera uma “externalização virtualmente total dos riscos da exploração empresarial sem quaisquer contrapartidas”.

⁵²⁹ Andrade AG. 2009, op. cit. p. 70.

⁵³⁰ Abreu JMC. 2012, op. cit., p 231 et seq., refere expressão do art. 64. Ver capítulo 6.3.4. Culpa *in Eligendo*.

⁵³¹ Em Portugal, art. 83, nº 4 do CSC.

⁵³² Abreu JMC. 2012, op. cit., p. 233). Abreu JMC e Ramos MEG. Responsabilidade civil de administradores e sócios controladores, IDET Miscelâneas nº 3. 2004, p. 51. Contra, Vaz TA. A responsabilidade do accionista controlador, 1996, p. 376.

⁵³³ Andrade AG. 2009, op. cit. p. 83.

⁵³⁴ Em sentido contrário, Andrade AG. 2009, op. cit. p. 84, entende que a exoneração pelo cumprimento da obrigação, a exclusão do benefício da execução prévia (art. 518 CC português) e a invocação por parte da dominante das exceções de defesa apresentáveis pela dominada corroboram com a existência de solidariedade.

Quebrar as regras de vinculação de transformar títulos executivos frente a uma empresa em executivos frente a outra parece um salto irresponsável e desnecessário. Irresponsável porque pode gerar prejuízos imediatos à sociedade dominante (insuficiência) não contingenciados (a contingência ocorreu na dominada). Desnecessário porque, no primeiro sinal de insuficiência da dominada, poderá o credor buscar à dominante.

A natureza da responsabilidade da empresa dominante será objetiva, pois deriva do risco do negócio⁵³⁵. A dominação é um risco que foi adotado e por este deverá arcar a empresa dominante.

Lei da concorrência brasileira define que serão solidariamente responsáveis as empresas de um grupo econômico se uma delas violar a ordem econômica⁵³⁶. Esta lei dita a exceção à regra, que deverá ser de subsidiariedade.

6.8.1. CONTROLE DE FATO E DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

Põe-se a questão da possibilidade de responsabilização da sociedade dominante como administradora de fato (ou nas sombras⁵³⁷). Para que tal seja considerável, primeiro há de verificar-se a existência de um domínio qualificado ou grupo de fato qualificado⁵³⁸. O direito comparado provê algumas pistas para o enquadramento destes casos:

⁵³⁵ Andrade AG. 2009, op. cit. p. 88.

⁵³⁶ Art. 33. da lei de concorrência de 2011: “Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, quando pelo menos uma delas praticar infração à ordem econômica.”

⁵³⁷ Cfr. capítulo 5.7.2.

⁵³⁸ Koppensteiner HG. 2006. op. cit. p. 25

Há doutrina que defenda a aplicação analógica das normas de grupos de direito⁵³⁹. Corrente doutrinal oposta considera-se que não há lacuna jurídica para tal⁵⁴⁰. Afirma-se também que é importante diferenciar domínio total e jurídico (relação legal) do domínio qualificado e de fato (comportamentos ilícitos e abuso de direito)⁵⁴¹.

Considera-se também a possibilidade do domínio equiparado: se a sociedade poderia emitir instruções vinculantes, mas não o faz abertamente, ainda assim estaria sujeita a mesma regra, por maioria de razão⁵⁴². Outros autores vêem dificuldades para chegar a tal conclusão por lógica jurídica (ilícito não é igual ao ato lícito)⁵⁴³. Coutinho de Abreu defendia o uso da desconsideração da personalidade jurídica para tal caso, o que levaria a responsabilização do sócio dominante⁵⁴⁴. Hoje, mudou o entendimento para a responsabilização da sociedade dominante enquanto administradora de facto, o que considera mais simples e direto⁵⁴⁵.

Ao considerar-se uma sociedade como administradora de fato, impõe-se sobre esta todas as outras regras de responsabilidade dos administradores⁵⁴⁶. Inclusive a

⁵³⁹ Há normas que regulam os grupos de sociedades em diversos países. Na união europeia, existe a directiva das empresas mãe-filhas, a qual foi incorporada de forma similar nos sistemas legais dos países membros. É o caso de Portugal, conforme determinam os arts. 501 e 502 do CSC. Esta aplicação é defendida por Antunes E. Op. cit. p. 601. Coloca também a alternativa da desconsideração da personalidade para esses casos.

⁵⁴⁰ Duarte DP. 2007, op. cit., p. 346.

⁵⁴¹ Koppensteiner HG. 2006. op. cit., também aponta para a desconsideração da personalidade jurídica, tese corroborada pelos tribunais alemães (p. 26-27)

⁵⁴² Aplicação do art. 501 do CSC, cfm. Vogler Guiné (A responsabilidade solidária nas relações ..., ROA, 2006, p 309). Seguido por Pereira de Almeida (Sociedades comerciais, VM e Mercados, 2011, p. 602) e Pinto Monteiro/Pedro Maia (p. 224, nota 15)

⁵⁴³ Neves AC. O Actual Problema Metodológico da Interpretação Jurídica. Coimbra: Coimbra; 2003.

⁵⁴⁴ Abreu JMC. Dialogo com a jurisprudência II - Responsabilidade dos administradores para com credores sociais e desconsideração da personalidade jurídica. 2010, p. 63-64.

⁵⁴⁵ Desde Abreu JMC e Ramos MEG. Op. cit. p. 43; Abreu JMC. 2010, p. 101. V. Costa R. Responsabilidade civil societária dos administradores de facto, IDET, 2006, p. 27.

⁵⁴⁶ Cfr. supra, capítulo 5.7.2, sobre *shadow directors*.

responsabilidade penal por insolvência dolosa, frustração de créditos, insolvência negligente e favorecimento de credores⁵⁴⁷.

Entretanto, a legislação brasileira é restritiva no quesito da personalidade do administrador. Há exigência legal de que o administrador seja uma pessoa física, o que impede que uma empresa possa ser considerada administradora de fato. É uma questão criticada pela doutrina brasileira⁵⁴⁸ por não andar em consonância com os desenvolvimentos recentes da legislação societária comparada⁵⁴⁹. Esta questão que deverá ser superada para a aplicação da doutrina dos *shadow directors* no controle de fato por pessoa jurídica. Atualmente, é impossível seguir tal entendimento por opor-se a lei explícita.

Há também a solução de utilizar a desconsideração da personalidade jurídica das empresas dominadas para alcançar ao patrimônio das dominantes. Embora seja um uso que pode ser considerado excessivo da doutrina da desresponsabilização, é a opção jurídica dentro do sistema legal brasileiro. Desconsiderando a personalidade jurídica da empresa dominada, o patrimônio da dominante responderá subsidiariamente pelos danos causados aos credores.

Parece-nos que todas as soluções geram resultados equivalentes. Ao considerar-se uma sociedade como administradora de facto, tem-se como alvo da responsabilização o património da sociedade controladora⁵⁵⁰, enquanto a desconsideração levará ao sócio dominante, i.é, a sociedade dominante. Resta a dúvida sobre qual seria a solução mais conveniente e mais justa. Parece-nos, entretanto, que a solução mais abrangente será a de considerar a sociedade dominante como *shadow director*.

⁵⁴⁷ Ver arts. 227, nº3, 227-A, n 2, 228, nº 2 e 229, nº 2 do CP Português.

⁵⁴⁸ Rocha JLC. Particularidades do conselho de administração das sociedades anônimas. Revista de Direito Mercantil, p. 62.

⁵⁴⁹ Ripert e Roblot, Traité de Droit Commercial, p. 441 destacam que em França há a possibilidade de pessoa jurídica ser administradora de outra sociedade. O mesmo acontece em Portugal.

⁵⁵⁰ Equivalente a solução com base no art. 501 do CSC.

Entretanto, sem que haja uma reforma mais profunda na legislação societária brasileira, fica impedida a aplicação imediata da tese dos *shadow directors* para os casos de controle da sociedade por outra sociedade (entretanto, o caminho está aberto para maiores desenvolvimentos). Neste contexto, o caminho já reconhecido como possível por diversos autores será o da desconsideração da personalidade jurídica.

Esta foi a solução adotada pela doutrina norte americana e em diversos países onde não há leis específicas a regular a relação entre grupos de empresas⁵⁵¹. Alguns entendem que a relação de domínio é, por si, o ilícito punível com a desconsideração da personalidade jurídica⁵⁵². Outros entendem-se que se trata de abuso de direito, o que permite a aplicação da desconsideração⁵⁵³

A análise dos aspectos processuais força a conclusão de que a obrigação controvertida é uma só, a justificar que seja categorizado como litisconsórcio voluntário. Sendo obrigação objetiva, poderá a sociedade dominante alegar em defesa a inexistência do domínio e a extemporaneidade da dívida (só a dívida posterior à relação de domínio é excluída)⁵⁵⁴.

6.9. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DOS SÓCIOS

⁵⁵¹ Antunes, JE. *Liability of Corporate Groups: Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in U. S., German and EEC Law: An International and Comparative Perspective*. Kluwer Law and Taxation Publishers. 1994, p. 281.

⁵⁵² Incluem-se aqui Duarte D. 2007, op. cit. p. 20; Correia LB. Op. cit., p. 395.

⁵⁵³ Ascensão JO. *Direito comercial*, 1993, p. 69; Cordeiro P. *A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais*. Universidade Lusíada Editora, 2008, p. 13; e entendimento prévio de Abreu JMC. 2012, op. cit.

⁵⁵⁴ Andrade AG. 2009, op. cit., p. 116-135.

O primeiro responsável pela obrigação frente aos credores será a sociedade. Esta regra aplica-se a todos os tipos societários e para a generalidade dos créditos. Por isto, o credor sempre poderá acionar à sociedade⁵⁵⁵ para obter a satisfação dos seus créditos.

Nas sociedades de autonomia patrimonial imperfeita os sócios responderão somente de forma subsidiária, pois não há limitador de responsabilidade ao patrimônio da mesma⁵⁵⁶. Nos casos em que devam ser desconsiderados os limites da personalidade jurídica, os sócios também respondem de forma subsidiária. As duas situações são similares, porque a desconsideração promove a perda da vantagem da limitação da responsabilidade ao patrimônio da empresa e, neste contexto, o sócio responderá como se a sociedade não limitada fosse.

A responsabilidade dos sócios também será subsidiária⁵⁵⁷ e obrigacional⁵⁵⁸ nos casos da *culpa in eligendo* do administrador. Isso porque decorre de uma escolha culposa do administrador ou de influência dos sócios, violando o dever de lealdade a estes imposto⁵⁵⁹. A responsabilidade decorrente da influência exercida por sócio dominante deverá ser provada⁵⁶⁰, diferentemente no que ocorrerá no caso dos administradores.

Nas situações onde há a dominação de sociedade por outra, a sociedade dominada responderá por seus atos. Somente no caso de insuficiência da sociedade dominada, subsidiariamente responderá a dominante⁵⁶¹. Tal entendimento justifica-se pela natural separação de ambas as personalidades jurídicas. Há de observar-se, ainda que

⁵⁵⁵ A sociedade sempre poderá integrar o polo passivo da demanda.

⁵⁵⁶ Ribeiro MF. 2009, op. cit., p. 339.

⁵⁵⁷ Há quem defenda que trate-se de responsabilidade solidária. Cfr. Andrade AG. 2009, op. cit.

⁵⁵⁸ Segundo Abreu JMC. 2012, op. cit., p. 235.

⁵⁵⁹ O dever de lealdade também é imposto aos sócios, conforme visto anteriormente.

⁵⁶⁰ Abreu JMC. 2012, op. cit., p. 235, somente a influência deverá ser provada, não sendo codependente da existência de culpa.

⁵⁶¹ Em sentido contrário, Andrade AG. 2009, op. cit. p. 84, entende que a exoneração pelo cumprimento da obrigação, a exclusão do benefício da execução prévia (art. 518 CC de Portugal) e a invocação por parte da dominante das exceções de defesa apresentáveis pela dominada corroboram com a existência de solidariedade.

inicialmente, a separação entre os patrimônios de ambas as empresas. No momento em que esta separação é respeitada, somente na insuficiência da empresa dominada justificar-se-ia a cobrança dos créditos frente à dominante.

Estes exemplos mostram que a responsabilidade dos sócios frente aos credores será, em geral, subsidiária. Os casos de responsabilidade exclusiva serão específicos, excepcionais. Por vezes a exceção decorrerá de lei; noutros casos, decorrerá da construção lógica e doutrinária. Uma destas exceções existirá pela violação de normas econômicas de concorrência, caso em que a lei prevê a solidariedade entre empresa dominada e dominante⁵⁶².

Por vezes, o sócio deverá responder solidariamente com administrador. É o que acontece nos casos de coação dos administradores ou *culpa in eligendo*, nos quais o ato do administrador fará com que sobre este recaia a responsabilidade. Se o sócio de controle tiver elegido o administrador sobre o qual recai a responsabilidade ou coagir administrador a praticar ato lesivo aos credores, responderá solidariamente com este.

6.10. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA PARA ADMINISTRADORES

A jurisprudência portuguesa é clara: “pela via da desconsideração da personalidade jurídica são responsabilizados sócios (enquanto tais), não administradores (sócios ou não).”⁵⁶³ Nenhuma novidade em relação aos outros países. Evidente é que a técnica da desconsideração da personalidade jurídica permite remover o véu da responsabilidade limitada. Do outro lado do véu estarão os sócios, seja pessoa física ou

⁵⁶² Art. 32 da Lei da Concorrência do Brasil.

⁵⁶³ Abreu JMC, Código das sociedades comerciais em comentário. Comentários art. 5º, p.102, nota 19. 2010.

empresa. Os administradores não estão do outro lado do véu, são a parte decisória da empresa.

Há de evitar-se a confusão da teoria. Os administradores serão responsabilizáveis pelas regras próprias de sua responsabilidade, conforme previstas nas leis nacionais. Os sócios serão responsabilizáveis nos casos legais (e quando forem equiparados a administradores para este efeito) e pela desconsideração da personalidade jurídica. O sócio-administrador estará sujeito a todas as formas de responsabilidade.

7. CONCLUSÃO

Nesta obra vimos a importância que tem o sistema de responsabilidade civil para que as sociedades melhorem sua governança corporativa. A busca por um desenvolvimento econômico mais estável requer uma maior segurança jurídica sobre os riscos do negócio de cada investidor. Partindo destes princípios, o sistema legal aplicável deverá ser objetivo e cada agente deverá responder civilmente por seus atos (deve-se evitar que presunções justifiquem uma extensão de responsabilidade indevida).

Os empresários devem ter ciência sobre os riscos e responsabilidades assumidas ao iniciar um investimento. Para isso, é importante desenvolver a proteção do patrimônio pessoal dos sócios nos casos em que estes não tenham cometido erros suscetíveis de responsabilização.

Vimos que os sócios não devem correr um risco indiscriminado pela utilização exagerada da desconsideração da personalidade jurídica da empresa. Devem responder somente quando estejam a usar de tal personalidade para infringir danos aos credores. Os quadros para a desconsideração da personalidade jurídica foram-se determinados e não devem ser excedidos. Somente os sócios de controle deverão ser acionados por este instituto, pois são aqueles que detém poder decisório na esfera empresarial.

Os sócios também responderão pela atuação com abuso de poder. Esse abuso só pode existir em casos de domínio (seja total ou parcial) da sociedade e muitas vezes se dará através da cooptação dos administradores. Se a atuação com abuso causar danos aos credores, estes poderão se ressarcir frente ao sócio de controle.

Os administradores que não forem probos em sua função poderão responder frente aos credores em diversas situações, além de ter responsabilidades internas para com a sociedade. As situações nas quais os administradores podem ser responsabilizados são mais amplas que os sócios, pois seus deveres são mais estritos.

Além dos deveres específicos e gerais perante a sociedade, os administradores também estão sujeitos ao dever de cuidado para com os interesses dos credores nas proximidades da insolvência. Esse dever decorre do risco que os credores têm no negócio e justifica-se pela inversão da balança de risco. No momento em que os sócios e administradores se sentem mais inclinados a operar em alto-risco, os interesses dos credores devem ser especialmente protegidos.

Os interesses dos credores são o escopo principal desta obra, pois são os stakeholders que terão menor influência sobre o curso das atividades sociais. Enquanto administradores detêm o poder de comando da empresa e os sócios podem utilizar seu poder de desconstituição de administradores para pressioná-los a proteger seus interesses, os credores são desprotegidos. Entretanto, o investimento dos credores é de extrema importância para as sociedades e eficiência econômica do mercado. Quanto maior for a segurança dada aos credores, menores serão os juros de mercado e maior o crescimento econômico.

Por estes motivos e conforme a estrutura descrita, esta obra demonstrou que grande parte dos desenvolvimentos internacionais (em especial na Europa continental) na matéria são aplicáveis no Brasil sem a necessidade de alteração legal, pois os diplomas já possibilitam a compreensão do sistema da forma proposta. Devem, então, os julgadores se ater a dogmática ora apresentada para possibilitar maior eficiência econômica e segurança jurídica na aplicação deste sistema de responsabilidades civis perante os credores das sociedades comerciais.

8. BIBLIOGRAFIA

- Abeltshauser, Thomas E. *Unternehmensbegriff Und Öffentliches Interesse. (= Wirtschaftsrecht Und Wirtschaftsverfassung, Bd.6)*. Lang Frankfurt a. M., 1982.
- Abreu, Jorge Manuel Coutinho de. *Curso de direito comercial: Das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2011.
- ———. *Curso de direito comercial: Introdução, actos de comércio, comerciantes, empresas, sinais distintivos*. Coimbra: Almedina, 2006.
- ———. *Da Empresarialidade: (as Empresas No Direito)*. Reimp. Teses. Coimbra: Almedina, 1999.
- ———. *Do Abuso de Direito*. Coimbra: Almedina, 1999.
- ———. *Governança das sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 2006.
- ———. *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*. Coimbra: Almedina, 2010.
- Allegri, Vincenzo. *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*. A. Giuffrè, 1979.
- Almeida, Amador Paes de. *Execução de Bens Dos Sócios*. São Paulo, n.d.
- ———. *Execução de bens dos sócios: obrigações mercantis, tributárias, trabalhistas: da desconsideração da personalidade jurídica (doutrina e jurisprudência)*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- Almeida, António Pereira de. *Sociedades Comerciais*. 4ª ed., completamente reformulada de acordo com o Dec.-Leinº 76-A/2006. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- Andrade, Ana Gomes de. *A Responsabilidade Da Sociedade Totalmente Dominante*. Coimbra: Almedina, 2009.
- Andrade, João da Costa. *Responsabilidade Fiscal Dos Gerentes e Administradores: a Culpa Jurídico-tributária: Quasare Do Multiversum Fiscal*. Coimbra: s.n., 2004.
- Antunes, José Engrácia. *Liability of Corporate Groups: Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in U. S., German and EEC Law: An International and Comparative Perspective*. Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994.
- ———. *Os Grupos de Sociedades: Estrutura e Organização Jurídica Da Empresa Plurissocietária*. 2ª ed. rev. e actualiz. Coimbra: Almedina, 2002.
- Ascarelli, Tullio. *Problemas das sociedades anónimas e direito comparado*. Bookseller, 2001.
- Ascensão, José de Oliveira. *Direito comercial*, 1993.

- Bachner, Thomas. “Wrongful Trading before the English High Court.” *European Business Organization Law Review (EBOR)* 5, no. 01 (2004): 195–199. doi:10.1017/S1566752904001958.
- Bainbridge, Stephen M. *Abolishing Veil Piercing*. SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, July 21, 2000.
- Bar, Christian Von. *The Common European Law of Torts: Volume 2: Damage and Damages, Liability for and Without Personal Misconduct, Causality, and Defences*. Clarendon Press, 2000.
- Barbosa, Mafalda Miranda. *António Menezes Cordeiro, Da Responsabilidade Civil Dos Administradores Das Sociedades Comerciais, Lex, Lisboa, 1997*. Coimbra: s.n., 2002.
- Barreiros, Filipe. *Responsabilidade Civil Dos Administradores: Os Deveres Gerais e a Corporate Governance*. 1ª ed. Lisboa: Wolters Kluwer Portugal-Coimbra Editora, 2010.
- Baudouin-Bugnet, Pierre, and Gilles Gozard. *La direction des sociétés par actions en France et en Allemagne*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1941.
- Bebchuk, Lucian, and Mark Roe. “A Theory of Path Dependence in Corporate Ownership and Governance.” *Harvard Law School John M. Olin Center for Law, Economics and Business Discussion Paper Series* (October 7, 1999).
- Bernardino, Diana Isabel Magalhães. *Causas de Exclusão Da Responsabilidade Civil Dos Administradores de Sociedades Anónimas*. Coimbra: s.n., 2010.
- Bianchi, Giorgio. *Amministratori e Sindaci: Gli Adempimenti e Le Responsabilità*. Manuali Professionali. Torino: UTET, 2009.
- Bonelli, Franco. *Gli Amministratori Di S.P.A.: Dopo La Riforma Delle Società*. Milano: Giuffrè, 2004.
- — — —. *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*. A. Giuffrè, 1992.
- Borgioli, Alessandro. *L’Amministrazione delegata*. Nardine, Centro Internazionale del Libro, 1982.
- Bulgarelli, Waldírio. *Manual Das Sociedades Anonimas*. Atlas, 2001.
- Bump, Orlando F. *Fraudulent Conveyances: A Treatise Upon Conveyances Made by Debtors to Defraud Creditors*. Beard Books, 2000.
- Cannu, Paul Le. *Droit des sociétés*. Montchrestien, 2003.
- — — —. *La société anonyme à directoire*. Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1979.
- Carrillo, E. F. Pérez. “HERNANDO CEBRIÁ, L. El Deber de Diligente Administración En El Marco de Los Deberes de Los Administradores Sociales. La Regla Del Buen Juicio Empresarial.” *Revista de Derecho Mercantil* (2009): 1227.

- Carvalho, Orlando de. *Critério e estrutura do estabelecimento comercial: O problema da empresa como objecto de negócios. I.* Atlântida editora, 1967.
- Carvalhosa, Modesto Souza Barros. *Comentários a Lei de Sociedades Anônimas.* Editora Saraiva, 2009.
- — — —. *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas.* Vol. 3. Editora Saraiva, 2003.
- Charlton, Kenneth William Wedderburn Baron Wedderburn of, and Klaus J. Hopt. *The Legal Development of Corporate Responsibility: For Whom Will Corporate Managers Be Trustees ?*, 1985.
- Clark, Robert Charles. *Corporate Law.* Aspen Pub, 1986.
- Clemente, E. S. *Governança Corporativa e Questões Jurídicas Concretas in Governança Corporativa.* Edited by R. Corrêa and Luis Cantidiano, 2004.
- Coase, R. H. “Nature of the Firm: Origin, The.” *Journal of Law, Economics & Organization* 4 (1988): 3.
- Coelho, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial.* São Paulo: Editora Saraiva, 2003.
- — — —. *Desconsideração da personalidade jurídica.* Editora Revista dos Tribunais, 1989.
- Coffee, John C. Jr. “Privatization and Corporate Governance: The Lessons from Securities Market Failure.” *Journal of Corporation Law* 25. 2000.
- Comparato, Fábio Konder. *Direito empresarial: estudos e pareceres.* Editora Saraiva, 1990.
- — — —. *O Poder de controle na sociedade anônima.* Forense, 1983.
- Comparato, Fabio Konder, and Calixto Salomão Filho. *O poder de controle na sociedade anônima.* Editora Forense, 2005.
- Cook, William Wilson. *A Treatise on Stock and Stockholders, Bonds, Mortgages and General Corporation Law.* Callaghan and Company, 1894.
- Cordeiro, António Meneses. *Da Responsabilidade Civil Dos Administradores Das Sociedades Comerciais.* Lisboa: LEX, 1997.
- Cordeiro, Pedro. *A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais.* Universidade Lusíada Editora, 2008.
- Correia, Luís Brito. *Administradores de sociedades anónimas.* Livraria Almedina, 1993.
- Cunha, Tânia S. P. R. Meireles da. *A Culpa Dos Gerentes, Administradores e Directores Na Responsabilidade Por Dívidas de Impostos.* Coimbra, 2001.
- Davies, Paul L. *Gower and Davies’ Principles of Modern Company Law.* 7th ed. London: Sweet and Maxwell, 2003.
- *Desenvolvimentos Recentes Da Corporate Governance Na Europa: Perspectivas Para o Futuro.* Miscelâneas 5. Coimbra: Almedina, 2008.

- Dias, Gabriela Figueiredo. *Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil (Após a Reforma Do Código Das Sociedades Comerciais)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- Dignam, Alan. *Company Law*. 7th edition. Core Text Series. Oxford: University Press, 2012.
- Diniz, Gustavo Saad. *Responsabilidade dos administradores por dívidas das sociedades limitadas*. Síntese, 2003.
- Domingues, Paulo de Tarso. *A vinculação das sociedades por quotas no Código das sociedades comerciais*. Coimbra Editora, 2004.
- — — —. *Variações Sobre o Capital Social*. Teses. Coimbra: Almedina, 2009.
- Duarte, Diogo. *Aspectos Do Levantamento Da Personalidade Colectiva Nas Sociedades Em Relação de Domínio: Contributo Para a Determinação Do Regime Da Empresa Plurissocietária*. Coimbra: Almedina, 2007.
- Duarte, Rui Pinto, Jorge Manuel Coutinho de Abreu, and Pedro Pais de Vasconcelos. *Direito Das Sociedades Em Revista*. Vol. 1 e 2. Coimbra: Almedina, 2009.
- Easterbrook, Frank H. *The Economic Structure of Corporate Law*. Harvard University Press, 1996.
- Echegaray, José Luis Díaz. *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de Sociedades de Capital*. Aranzadi, 2006.
- Eidenmüller, Horst. “Trading in Times of Crisis: Formal Insolvency Proceedings, Workouts and the Incentives for Shareholders/Managers.” *European Business Organization Law Review (EBOR)* 7, no. 01 (2006): 239–258. doi:10.1017/S1566752906002394.
- Eidenmüller, Horst, and Wolfgang Schön. *The Law and Economics of Creditor Protection: A Transatlantic Perspective*. T.M.C. Asser Press, 2008.
- Eisenberg, Melvin A. “Duty of Good Faith in Corporate Law, The.” *Delaware Journal of Corporate Law* 31 (2006): 1.
- Eisenberg, Melvin Aron. *The Structure of the Corporation: a Legal Analysis*. Washington, D.C.: Beard Books, 2006.
- Emmerich, Volker. *Das Wirtschaftsrecht der öffentlichen Unternehmen*. d. H., Berlin, Zürich, Gehlen, 1969.
- Enriques, Luca, and Jonathan R. Macey. “Creditors Versus Capital Formation: The Case Against the European Legal Capital Rules.” *Cornell Law Review* 86 (2001 2000): 1165.
- Farrar, John. “Frankenstein Incorporated or Fools’ Parliament? Revisiting the Concept of the Corporation in Corporate Governance.” *Bond Law Review* 10, no. 2 (December 1, 1998).

- FBA, Simon Deakin, Angus Johnston, and Sir Basil Markesinis QC FBA. *Markesinis and Deakin's Tort Law*. OUP Oxford, 2012.
- Ferri, Giuseppe. *Manuale di diritto commerciale*. Utet Giuridica, 2010.
- Fleischer, Holger. "Die „Business Judgment Rule“: Vom Richterrecht Zur Kodifizierung." *ZIP-online*, 2004.
- Frada, Manuel A. Carneiro da. *A Business Judgment Rule No Quadro Dos Deveres Gerais Dos Administradores Em "Jornadas - Sociedades Abertas, Valores Mobiliários e Intermediação Financeira,"* 2007.
- França, Maria Augusta. "A estrutura das sociedades anónimas em relação de grupo." Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.
- Franzoni, Massimo. *La responsabilità civili degli amministratori di società di capitali*. La responsabilità degli amministratori e dei sindaci. Cedam, 1994.
- Frazão, Ana. *Função social da empresa: repercussões sobre a responsabilidade civil de controladores e administradores de S/As*. Renovar, 2011.
- Galgano, Francesco. *Diritto Commerciale*. 4. ed. Bologna: Zanichelli Editore, 1991.
- — — —. *Il Nuovo Diritto Societario*. Trattato Di Diritto Commerciale e Di Diritto Pubblico dell'Economia V. 29. Padova: CEDAM, 2003.
- — — —. *Le istituzioni dell'economia capitalistica: società per azioni, Stato e classi sociali*. Zanichelli, 1980.
- — — —. *Trattato Di Diritto Civile*. 2ª ed., accresciuta. Padova: CEDAM, 2010.
- — — —. *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*. CEDAM, 1999.
- Germany, Regierungskommission Corporate Governance, and Theodor Baums. *Bericht der Regierungskommission Corporate Governance: Unternehmensführung, Unternehmenskontrolle, Modernisierung des Aktienrechts*. Köln: Otto Schmidt, 2001.
- Griffith, Sean. "Good Faith Business Judgment: A Theory of Rhetoric in Corporate Law Jurisprudence." *Duke Law Journal* 55, no. 1 (October 1, 2005): 1–73.
- Guerra Martín, Guillermo. *El Gobierno de Las Sociedades Cotizadas Estadounidenses: Su Influencia En El Movimiento de Reforma Del Derecho Europeo*. RdS Monografía 20. Cizur Menor: Thomson/Aranzadi, 2003.
- Hackney, William P., and Tracey G. Benson. "Shareholder Liability for Inadequate Capital." *University of Pittsburgh Law Review* 43 (1982 1981): 837.
- Hamilton, Robert W. *The Corporate Entity, in "Corporate Law Anthology."* Edited by Franklin Gevurtz. Anderson Pub. Co., 1997.

- Hansmann, Henry, and Reinier Kraakman. "Toward Unlimited Shareholder Liability for Corporate Torts." *The Yale Law Journal* 100, no. 7 (May 1991): 1879. doi: 10.2307/796812.
- Hefermehl, Wolfgang, and Gerald Spindler. *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz Bd. 3 Bd. 3 §93*. 2 ed. Münchener Kommentar zum Aktiengesetz. München: Beck [u.a.], 2004.
- Hopt, Klaus J. *Comparative Corporate Governance: The State of the Art and Emerging Research*. Oxford University Press, 1998.
- Institute, American Law. *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*. American Law Institute Publishers, 1994.
- Irujo, José Miguel Embid. *Trends and Realities in the Law of Corporate Groups*. SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2005.
- Johnson, Lyman. "Rethinking Judicial Review of Director Care." *Delaware Journal of Corporate Law* 24 (1999): 787.
- Keynes, John Maynard. *Teoria Geral Do Emprego, Do Juro e Da Moeda*. Lisboa, 1936.
- *La Riforma Delle Società Quotate*. Quaderni Di Giurisprudenza Commerciale 187. Milano: Giuffrè, 1998.
- Lamy Filho, Alfr, and José Luiz Bulhões Pedreira. *Direito das companhias*. GEN, Editora Forense, 2009.
- Lamy Filho, Alfredo, and José Luiz Bulhões Pedreira. *A Lei das S.A.* Renovar, 1992.
- Leitão, Adelaide Meneses. *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*. Teses. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.
- Lemos Jr., Eloy Pereira. *Empresa & Função Social*. Jurua Editora, 2009.
- Lutter, Marcus. "Die Business Judgment Rule Und Ihre Praktische Anwendung." *ZIP-online*, 2009.
- Magalhães, Vânia Patrícia Filipe. *A Conduta Dos Administradores Das Sociedades Anónimas: Deveres Gerais e Interesse Social*. Revista de Direito Das Sociedades 2. Coimbra: Almedina, 2009.
- Maia, Pedro. *Função e Funcionamento Do Conselho de Administração Da Sociedade Anónima*. Studia Iuridica 62. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.
- Majó, José Oriol Llebot. *Los Deberes de Los Administradores de la Sociedad Anónima*. Civitas Ediciones, S.L., 1996.
- Marroquim, Stayleir. *A Responsabilidade Civil Dos Administradores Das Sociedades Comerciais Em Moçambique*. Estudos de Direito Africano. Coimbra: Almedina, 2011.

- Martins, Alexandre Soveral. *A Responsabilidade Dos Membros Do Conselho de Administração Por Actos Ou Omissões Dos Administradores Delegados Ou Dos Membros Da Comissão Executiva*. Coimbra: s.n., 2002.
- ———. *Os Poderes de Representação Dos Administradores de Sociedades Anónimas*. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- Martins, Fran. *Direito societário: estudos e pareceres*. Forense, 1984.
- Medicus, Dieter, and Dr Stephan Lorenz. *Schuldrecht: Allgemeiner Teil: ein Studienbuch*. C. H. Beck, 2008.
- Minervini, Gustavo. *Gli amministratori di società per azioni*. Giuffré, 1956.
- Monteiro, António Pinto, and Pedro Maia. *Sociedades Anónimas Unipessoais e Reforma de 2006. Em “Estudos Em Homenagem Ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida - Volume IV,”* 2011.
- Mülbert, Peter O. *A Synthetic View of Different Concepts of Creditor Protection - Or a High-Level Framework for Corporate Creditor Protection*. SSRN Scholarly Paper. Rochester, NY: Social Science Research Network, February 1, 2006.
- Nahra, Cinara, and Hingo Weber. *Através da lógica*. Vozes, 2009.
- Nery Jr., Nelson, and Rosa Nery. *Doutrinas Essenciais - Responsabilidade Civil*. RT, n.d.
- Neves, A. Castanheira. *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*. Coimbra Editora, 2003.
- Nunes, Marcio Tardeu Guimarães. *Desconstruindo a Desconsideração Da Personalidade Jurídica*. Quartier Latin, 2007.
- Nunes, Pedro Caetano. *Corporate Governance*. Coimbra: Almedina, 2006.
- ———. *Dever de Gestão Dos Administradores de Sociedades Anónimas*. Teses. Coimbra: Almedina, 2012.
- ———. *Responsabilidade Civil Dos Administradores Perante Os Accionistas*. Coimbra: Almedina, 2001.
- Oliveira, Ana Perestrelo de. *A Responsabilidade Civil Dos Administradores Nas Sociedades Em Relação de Grupo*. Coimbra: Almedina, 2007.
- Oliveira, António Cândido de. *Scientia Iuridica: Revista Trimestral Portuguesa e Brasileira*. Vol. 329. Braga: U.M, 1951.
- *Os Grupos No Direito Societário Alemão*. Miscelâneas 4. Coimbra: Almedina, 2006.
- Paes, Paulo Roberto Tavares. *Responsabilidade dos administradores de sociedades*. Editora Revista dos Tribunais, 1999.
- Pedro, Luis Antonio Velasco San. “La Información En El Consejo de Administración: Derechos y Deberes Del Consejo y de Los Consejeros” (1999): 305–372.

- Pinto, Alexandre Mota Pinto, and Jorge Manuel Coutinho de Abreu. *Código das sociedades comerciais em comentário: Artigos 1º a 84º*. Almedina, 2010.
- Pinto, Filipe Vaz. *A Responsabilidade Civil Dos Administradores de Sociedades comerciais*. Working Paper N. 5. Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2001.
- Planiol, Marcel. *Traité élémentaire de droit civil: Principes généraux. Les personnes. La famille. Les incapables. Les biens*. Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1920.
- Prentice, D. *Corporate Personality, Limited Liability and the Protection of Creditors in "Corporate Personality in the 20th Century."* Edited by Ross Grantham and C. E. F. Rickett. Hart Publishing, 1998.
- *Questões de Direito Societário Em Portugal e No Brasil*. Obras Colectivas. Coimbra: Almedina, 2012.
- Ramos, Maria Elisabete. *Insolvência Da Sociedade e Efectivação Da Responsabilidade Civil Dos Administradores*. Coimbra: FDUC, 2007.
- — — —. *O Seguro de Responsabilidade Civil Dos Administradores: Entre a Exposição Ao Risco e a Delimitação Da Cobertura*. Coimbra: Almedina, 2010.
- Ramos, Maria Elisabete Gomes. *Responsabilidade civil dos administradores e directores de sociedades anónimas perante os credores sociais*. Coimbra Editora, 2002.
- Reimann, Mathias, and Reinhard Zimmermann. *The Oxford Handbook Of Comparative Law*. Oxford University Press, 2008.
- Reis, Nuno Tiago Trigo dos. *Os Deveres de Lealdade Dos Administradores de Sociedades Comerciais Em Temas de Direito Comercial* N.º 4/2009. Almedina, 2009.
- *Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores: Notas Sobre o Art. 379.º Do Código Do Trabalho*. Miscelâneas 3. Coimbra: Livraria Almedina, 2004.
- Ribeiro, Maria de Fátima. *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a "desconsideração da personalidade jurídica."* Almedina, 2009.
- Ribeiro, Renato Ventura. *Dever de diligência dos administradores de sociedades*. Editora Quartier Latin do Brasil, 2006.
- Ringleb, Henrik-Michael, Thomas Kremer, Marcus Lutter, and Axel v. Werder. *Kommentar zum Deutschen Corporate-Governance-Kodex: Kodex-Kommentar*. München: Beck, 2003.
- Ripert, Georges, Louis Vogel, and René Roblot. *Traité de droit commercial: Commerçants; Tribunaux de commerce; Fonds de commerce; Propriété industrielle; Concurrence (droits communautaire et français)*. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 2001.

- Rodrigues, Sílvio. *Direito civil: Parte geral das obrigações*, 9. ed. 1978. Saraiva, 1978.
- Salomão Filho, Calixto. *O novo direito societário*. 3. ed. Malheiros Editores, 2006.
- Santo, João Espírito. *Sociedades por quotas e anónimas: vinculação : objecto social e representação plural*. Almedina, 2000.
- Santos, Filipe Cassiano dos. *Direito Comercial Português*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- Sanz, Margarita Viñuelas. *Responsabilidad por obligaciones sociales y responsabilidad concursal*. Editorial Tirant lo Blanch, 2011.
- Schön, Wolfgang. "The Future of Legal Capital." *European Business Organization Law Review (EBOR)* 5, no. 03 (2004): 429–448. doi:10.1017/S156675290400429X.
- Schöne, Torsten. *Deutsches und Europäisches Gesellschaftsrecht: [Vorschriftensammlung]*. Heidelberg ; München: Müller, 2006.
- Semler, Johannes. "Die Unternehmensplanung in Der Aktiengesellschaft – Eine Betrachtung Unter Rechtlichen Aspekten –." *Zeitschrift Für Unternehmens- Und Gesellschaftsrecht* 12, no. 1 (1983): 1–33. doi:10.1515/zgre.1983.12.1.1.
- Silva, Alexandre Couto. *Responsabilidade Dos Administradores de S/a*. Elsevier Brasil, 2007.
- Silva, Arthur Santos, Carlos Francisco Alves, António Vitorino, Jorge Arriaga da Cunha, and Manuel Alves Monteiro. *Livro Branco Sobre Corporate Governance em Portugal*. Lisboa, 2006.
- Silva, João Calvão da. *Estudos Jurídicos: Pareceres*. Coimbra: Almedina, 2001.
- Silva, João Soares da. *Responsabilidade Civil Dos Administradores de Sociedades: Os Deveres Gerais e Os Princípios Da Corporate Governance*. Vol. 2. ROA, 1997.
- *Sindacati Di Voto e Sindacati Di Bloco*. Milano: Giuffrè, 1993.
- Stoffel, Walter A, and Druey. *Die Verantwortlichkeit des Verwaltungsrates = La responsabilité des administrateurs*. Zürich: Schulthess Polygraphischer Verlag, 1994.
- "Subcapitalização Significa Uma Capitalização Singnificativamente Pequena Se Confrontada Com a Natureza Do Negócio Que d," n.d.
- Testy, Kellye Y. "Linking Progressive Corporate Law with Progressive Social Movements." *Tulane Law Review* 76 (2002 2001): 1227.
- Toledo, Paulo Fernando Campos Salles de. *O conselho de administração na sociedade anônima: estrutura, funções e poderes, responsabilidade dos administradores*. Atlas, 1999.

- Triunfante, Armando Lopes de Lemos. *A Tutela Das Minorias Nas Sociedades Anónimas: Quórum Deconstituição e Maiorias Deliberativas (e Autonomia Estatutária)*. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- Triunfante, Armando Lopes de Lemos. *Código das sociedades comerciais: anotado (anotações a todos os preceitos alterados)*. Coimbra Editora, 2007.
- v. Werder, Axel. “Shareholder Value-Ansatz Als (einzige) Richtschnur Des Vorstandshandelns?” *Zeitschrift Für Unternehmens- Und Gesellschaftsrecht* 27, no. 1 (1998). doi:10.1515/zgre.1998.27.1.69.
- Valverde, Miranda. *Sociedades Por Ações*. 2 vols., 1941.
- Varela, João de Matos Antunes. *Das Obrigações Em Geral*. Coimbra: Almedina, 2000.
- Vasconcelos, Pedro Pais de. *A Participação Social Nas Sociedades Comerciais*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2006.
- Vaz, Teresa Anselmo. *Contencioso Societário*. Petrony, 2006.
- Velasco, Gaudencio Esteban. *El poder de decisión en las sociedades anónimas: derecho europeo y reforma del derecho español*. Editorial Civitas, 1982.
- Ventura, Raúl. *Responsabilidade Civil Dos Administradores de Sociedades Por Quotas: Estudo Comparativo Dos Direitos Alemão, Francês, Italiano e Português*. Lisboa, 1970.
- Vieira, Solange Paiva, and André Mendes. “Governança Corporativa: Uma Análise de Sua Evolução e Impactos No Mercado de Capitais Brasileiro” (2004): 48–67.
- Visintini, Giovanna. *Trattato breve della responsabilità civile: fatti illeciti, inadempimento, danno risarcibile*. CEDAM, 2005.
- “Votos Abusivos Em Sociedades de Controle - P. 330,” n.d.
- Wald, Arnoldo. *Doutrinas Essenciais - Direito Empresarial*. RT, n.d.
- Wormser, I. Maurice. *Disregard of the Corporate Fiction and Allied Corporation Problems*. Beard Books, 2000.
- Xavier, Vasco da Gama Lobo. *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1998.