

**UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
FACULDADE DE DIREITO
ESCOLA DE LISBOA**



MESTRADO FORENSE

**A RESPONSABILIDADE DOS
ADMINISTRADORES MERAMENTE DE
DIREITO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS:
- UM TRILHO PARA UMA CONSTRUÇÃO
DOGMÁTICA**

Dissertação Elaborada por: Henrique Tomás Moreira Alves Nabais

Orientada:

Pelo Professor Doutor Germano Marques da Silva

Lisboa, Abril de 2016

**UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA
FACULDADE DE DIREITO
ESCOLA DE LISBOA**



MESTRADO FORENSE

**A RESPONSABILIDADE DOS
ADMINISTRADORES MERAMENTE DE
DIREITO DAS SOCIEDADES
COMERCIAIS:**

**- UM TRILHO PARA UMA CONSTRUÇÃO
DOGMÁTICA**

Dissertação Elaborada por: Henrique Tomás Moreira Alves Nabais

Orientada:

Pelo Professor Doutor Germano Marques da Silva

Lisboa, Abril de 2016

A Responsabilidade dos Administradores Meramente de Direito das Sociedades Comerciais:
- Um trilho para uma construção dogmática

Existem pessoas que nos marcam para sempre e moldam a nossa personalidade e maneira de ser, por isso não podia deixar de dedicar a presente dissertação à minha Avó MARIA ALICE por todo o esforço, apoio, carinho, dedicação, e amizade desde sempre...com imensa saudade....Obrigado por tudo.

Em primeiro lugar, gostaria de reiterar o meu enorme agradecimento ao PROFESSOR DOUTOR GERMANO MARQUES DA SILVA, que me deu a imensa honra de orientar a presente Dissertação, e cujos preciosos conselhos formaram a base da mesma, não sendo possível concluí-la sem o seu indispensável apoio e disponibilidade. Muito Obrigado por tudo, por ter sido uma inspiração, e respeitosamente, um amigo. Muito Obrigado!

No entanto, existiram muitas pessoas, que por diversas razões contribuíram, e muito, para a elaboração deste projecto, e às quais devo os meus agradecimentos, nomeadamente: ao meu Avô Tomaz, por todo o apoio que me deu desde sempre, e pelo enorme investimento na minha formação, tanto profissional como pessoal, sem o qual não teria chegado nem perto deste objectivo...à Nicole, pelo apoio incondicional, ajuda e incentivo imprescindíveis para a elaboração da dissertação... ao meu pai e à Judite pela ajuda que me deram, sem olhar a meios...à minha mãe pelos conselhos e incentivo em alturas difíceis... à minha tia Teresa por todo o apoio, incentivo, e disponibilidade, sem os quais não tinha sido possível terminar esta dissertação, e ainda um agradecimento aos meus irmãos...

“A vitória pertence aquele que nela acredita, e que nela acredita por mais tempo, sendo que não existe triunfo sem perda, vitória sem sofrimento, nem liberdade sem sacrifício...”

por Autor Desconhecido

“... Quem estuda e não pratica o que aprendeu, é como o homem que lava e não semeia...”

Provérbio Árabe

LISTA DE ABREVIATURAS:

Ac. - Acordão

ADHGB - Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch

Art.º - Artigo

AMA – American Management Association

C. Com. – Código Comercial

CEO – Chief Executive Officer

CIRE – Código de Insolvência e Recuperação de Empresas

Cit. - Citação

CMVM – Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários

CP – Código Penal

CRC – Código do Registo Comercial

CSC – Código das Sociedades Comerciais

Ed. - Edição

Et al. – e outros

ICRAM – innovation and creativity risk acceptance margins

N.º - Número

pp. – Página

RGIT – Regime Geral das Infracções Tributárias

SA – Sociedade Anónima

Séc. – século

ss. - seguintes

SQ – Sociedade por Quotas

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

TRP – Tribunal da Relação do Porto

TRL – Tribunal da Relação de Lisboa

Vol. - Volume

A Responsabilidade dos Administradores Meramente de Direito das Sociedades Comerciais:
- Um trilho para uma construção dogmática

Nota: Por opção do autor, o texto da presente dissertação encontra-se escrito de acordo com o antigo acordo ortográfico.

ÍNDICE

INTRODUÇÃO	8
CAPÍTULO I	10
RAÍZES E EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES	10
CAPÍTULO II	
NOÇÕES BASE SOBRE A RESPONSABILIDADE DAS PESSOAS COLECTIVAS E DOS ADMINISTRADORES	14
CAPÍTULO III	
O PAPEL DO ADMINISTRADOR.....	22
CAPÍTULO IV	
A RESPONSABILIDADE POR ACÇÃO, POR OMISSÃO E O DEVER DE AGIR.....	26
CAPÍTULO V	
DECISÕES EMPRESARIAIS: <i>A CORPORATE VIEW</i>	31
CAPÍTULO VI	
OS DEVERES DOS ADMINISTRADORES.....	36
CAPÍTULO VII	
ESBOÇO DE UMA CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA DA RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES APENAS DE DIREITO	42
1. TRILHO	42
2. A PROBLEMÁTICA DO DOLO NOS CRIMES COMISSIVOS POR OMISSÃO ..	45
3. SOLUÇÃO DO CASO INICIAL	47
4. ESPECIFICIDADES DAS SOCIEDADES ANÓNIMAS	49
5. CONCLUSÕES	50
BIBLIOGRAFIA	52
<i>OBRAS CONSULTADAS:</i>	52
<i>JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA:</i>	59

INTRODUÇÃO

Este projecto move-se na área da responsabilidade dos Administradores das Sociedades Comerciais, focando-se na problemática dos administradores de direito que não exercem de facto as suas funções na sociedade, figura pouco trabalhada legislativa e doutrinariamente, mas de suma importância na vida prática das sociedades.

Imaginemos a *Sociedade Ananáses dos Açores, Lda, que se dedica ao comércio de ananáses, criada por Anselmo nos anos 50. Este falece em 2000, deixando como herdeiro o seu filho Martim, que sendo advogado em Lisboa não pretende gerir a Sociedade, com sede em Ponta Delgada. Como tal, este, em conversação com Daniel, homem de suposta confiança do seu pai, acorda que ele pode gerir a sociedade, desde que essa continue a gerar lucro. Martim fica então como Gerente em todos os documentos oficiais, mas na prática quem irá gerir a sociedade será Daniel.*

Suponhamos que Daniel durante a sua “gerência” faz uma série de adulterações na contabilidade da sociedade de forma a iludir os impostos, criando um espólio monetário ilícito considerável. Em consequência do aperto da fiscalização da Autoridade Tributária em 2015, Daniel, apercebendo-se de que não poderá continuar com o seu esquema, e que poderá perder toda a fortuna amealhada, foge com o dinheiro para as Ilhas Caimão, escapando sem deixar rasto. Em Outubro de 2015, Martim é detido no seu escritório em Lisboa. Será Martim responsável? Esta é a grande questão que esperamos poder dar resposta.

Aos leitores poderá parecer porventura estranha tal metodologia, no entanto, consideramos que uma abordagem prática inicial demonstra a problemática tratada, e facilita a familiarização com o tema.

As sociedades comerciais possuem hoje uma enorme importância económico-social, sendo a sua responsabilização penal absolutamente incontestável e imprescindível, doutrinária e legislativamente. Actualmente, é impensável uma construção jurídica que a negue, pois as sociedades são hoje os principais intervenientes no comércio jurídico. O oposto, seria negar um pilar fundamental da ordem na sociedade, abrindo a porta à criminalidade económica disfarçada atrás da máscara da personalidade colectiva.

O nosso tema centra-se assim numa questão singular - a responsabilização dos Administradores apenas de Direito, tema que se move no âmbito da chamada “*criminalidade de empresa*”¹.

E quem são estes administradores? Superficialmente, são aqueles vulgarmente conhecidos como os administradores apenas “*no papel*”, isto é, aqueles que dão o seu nome para efeitos legais, mas que na prática não exercem as suas funções. É a situação de Martim no caso apresentado, que deixou Daniel à frente da sociedade, embora constasse como gerente da mesma.

Sendo os administradores os responsáveis pela vontade societária, e confiando a ordem jurídica na emanção dessa vontade, merecerá essa confiança ser minada por uma imunidade criada pela postura omissiva destes administradores? E em situações em que ocorram factos ilícitos cometidos por quem de facto administra a sociedade, devidos à permeabilidade criada pela passividade dos administradores meramente de direito? Merece, de certo, uma punição quem age, mas e quem possibilita essa acção?

Os pontos chave serão os de saber se a partir do momento em que um administrador aceita esse cargo, assume ou não deveres sobre a governação societária? E se sim, qual a sua abrangência, implicações e consequências? Questões que obrigarão a analisar muitos outros temas. Foram estas problemáticas, e a instabilidade pela qual se tem pautado a sua resposta, o *input* para realizar este projecto subordinado a este tema.

Procurando estas respostas, a dissertação será elaborada como um “*trilho*”, a ser percorrido passo a passo, com vista às alcançarmos. Desta forma, iniciaremos com matérias mais gerais, abordando temas base para a compreensão do problema-chave, indo aprofundando problemas mais específicos ao longo da dissertação, de modo a seguir um encadeamento lógico. Terminaremos com um esboço de uma construção dogmática para a responsabilização dos administradores apenas de direito, concluindo o trabalho desenvolvido.

Avancemos...

¹ *Unternehmenskriminalität*, conceito que engloba “*todo el ámbito de los delitos económicos en los que por medio de una actuación de una empresa se lesionan bienes jurídicos e intereses externos...*” – BERND SCHUNEMANN; “*Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa*”. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLI, Fascículo II, Madrid: Ministerio de Justicia, 1988, pp. 530 a 531

CAPÍTULO I

RAÍZES E EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES

Principiando, propomos ao leitor uma “*breve viagem*” pela evolução da doutrina e da jurisprudência sobre a responsabilidade colectiva e dos administradores, ao longo dos tempos.

I. A personalidade colectiva nasceu na Roma Imperial², mas apesar de se aceitar que as pessoas colectivas pudessem ser titulares de direitos e obrigações, vigorava o princípio *societas delinquere non potest*³, defendendo-se a incapacidade de actuação e expressão da vontade destas entidades.

Na Idade Média, os glosadores admitiam essa possibilidade, exigindo para o reconhecimento de uma infracção colectiva que ela tivesse sido praticada por todos os membros da pessoa colectiva (acabando por admitir depois, que o tivesse sido só por uma maioria). Como refere Filipa Assunção⁴, existem provas de que até ao séc. XVIII, se aplicaram penas a entidades colectivas, como vilas, comunas, cidades e até a famílias.

Com a Revolução Francesa e a consagração da responsabilidade individual, abandona-se um pouco a responsabilidade penal das entidades colectivas (por se entender contrária à individualidade), ganhando a mesma novo fôlego com a industrialização do séc. XIX, e a criação de grandes organizações empresariais.

A grande objecção à responsabilização das pessoas colectivas ao longo da história foi a sua incapacidade de culpa, dado que sendo construções humanas e entidades puramente jurídicas⁵, não possuíam capacidade de tomarem decisões por si próprias, nem de por essas possuírem culpa. Só as pessoas físicas eram consideradas

² *Municipia, Collegia e Universitas* - representações da personalidade colectiva na Roma Antiga.

³ Brocardo latino: “*a sociedade não pode praticar delitos*”.

⁴ FILIPA ASSUNÇÃO, “*A responsabilidade penal das Pessoas Colectivas – Em especial a problemática da culpa*”; Dissertação de Mestrado orientado para a Investigação; 2013; Disponível em – www.dd.lisboa.ucp.pt/research, pp. 9 a 12

⁵ ISABEL MARQUES DA SILVA, “*Responsabilidade fiscal penal cumulativa das sociedades e dos seus administradores e representantes*”, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa, 2000, pp. 44

como passíveis de responsabilização penal. Este argumento veio a ser fortemente combatido pela doutrina mais moderna.

II. No que concerne à responsabilidade dos administradores, o seu percurso começou titubeante aquando da renovação da responsabilização das entidades colectivas.

No séc. XVII, os estatutos das Companhias Coloniais (como a Carta da Companhia das Índias Orientais Francesa⁶), aceitavam já a responsabilidade dos entes colectivos, mas isentavam dela os seus administradores. Essa desresponsabilização, por um lado era uma forma de tornar apetecível um cargo visto à época como pouco prestigiante, e por outro, porque sendo os actos dos administradores imputados à Sociedade, negar a sua responsabilidade, era uma forma de afirmar a ainda embrionária personalidade colectiva.

O *Code de Commerce* Francês de 1807, veio depois considerar os Administradores como mandatários, na vigência do qual alguma doutrina tentou explorar as possibilidades de os responsabilizar pelo incumprimento do mandato, embora sem muito eco à altura devido à Teoria da Representação⁷ em voga à data, a qual repercutia logo na própria sociedade os actos cometidos pelos seus Administradores.

No entanto, legislador e jurisprudência evoluíram, passando a aceitar a responsabilidade dos administradores. Em França, logo na Lei de 1867 aceitava-se que a sociedade pudesse usar de acções contra os administradores pela violação das obrigações do mandato. A jurisprudência foi mais longe, admitindo as acções *ut singuli*⁸, e nessa sequência, a *Cour de Cassation*, em Acórdão de 13 Janeiro 1869, veio confirmar a condenação de administradores por falta de vigilância (acórdão que representa uma das primeiras “pedras” na responsabilização dos administradores pelo incumprimento dos seus deveres).

⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “*Da responsabilidade civil dos administradores das Sociedades Comerciais*”; Lisboa, 1996, pp. 78

⁷ Teoria que defende não ser necessária a vontade do agente em alcançar o resultado, bastando que este o preveja / represente, facilitando a imputação directa do facto à pessoa colectiva, pois dispensava a vontade do agente.

⁸ Acções passíveis de serem intentadas por cada sócio contra o administrador.

Na Alemanha, no ADHGB⁹ de 1861, aceitava-se a responsabilidade dos administradores perante a sociedade, mas não uma acção singular dos accionistas contra estes. Com a sua reforma em 1884, estabeleceram-se deveres de direcção a que os administradores estavam sujeitos, estipulando-se no art.º 241 que “...os membros da direcção devem aplicar, na sua gestão, o cuidado de um comerciante ordenado...”.

Em Itália, mais tarde, o Código Civil de 1942 estipulou no seu art.º 2392: “Os administradores devem cumprir os deveres que lhes são impostos por lei e pelo acto constitutivo, com a diligência do mandatário...são solidariamente responsáveis, para com a sociedade, pelos danos derivados da inobservância de tais deveres...se não tiverem vigiado o andamento geral da gestão ou se, tendo conhecimento dos actos prejudiciais, não tiverem feito o que poderiam, para impedir a sua prática ou eliminar ou atenuar as suas consequências danosas....”. Encara-se o administrador como mandatário (tese que fez escola), e definem-se já os deveres a que o mesmos se encontram adstritos, responsabilizando-se omissões.

III. Sem nos imiscuirmos mais no direito comparado, podemos concluir alguns pontos importantes: primeiro, a responsabilidade dos Administradores não é uma ideia recente, tendo profundas raízes na Europa do séc. XIX., que embora concebida como responsabilidade de cariz civil, abriu portas à sua consideração noutros ramos do direito. Segundo, a ligação de base descortinada logo nos primórdios, entre a responsabilidade e deveres dos Administradores, sejam estes representados como Deveres de Vigilância (em França), deveres de cuidado de um gestor criterioso (Alemanha), ou ainda Deveres da Administração (Itália). No fundo, todos os ordenamentos se referem aos Deveres a que um Administrador está sujeito no exercício da sua função de administração.

A aceitação do binómio Responsabilidade - Deveres (do Administrador), é uma base a reter no nosso trilho.

IV. No caso Português, o Código Comercial de Ferreira Borges (muito influenciado pelo *Code de Commerce* francês), falava em Companhias (entes similares às Sociedades Anónimas), aceitando a sua responsabilização. Esta legislação veio a ser substituída pela Lei das Sociedades Anónimas de 22 de Junho de 1867, a qual estabelecia que a

⁹ *Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch* de 1861, legislação que configura o Código Comercial Alemão.

Administração destas seria realizada por mandato, procurando responsabilizar os administradores perante terceiros¹⁰ pela violação deste (à semelhança do resto da Europa). Tal regra transitou depois para o art.º 173 do Código Veiga Beirão, na vigência do qual Adriano Anthero¹¹ distinguiu já entre responsabilidade civil e criminal.

Jurisprudencialmente existiram várias acções contra os administradores, tendo-se notado uma resistência à sua responsabilização, como se depreende do Acórdão de 27 de Março de 1900 do Supremo Tribunal de Justiça¹². No entanto, tal não obstou a que essas acções se fossem tornando mais frequentes com o passar dos anos.

O Código Comercial de 1888, ainda hoje em vigor apesar das sucessivas alterações e amputações, deixou de regular as matérias societárias em 1986, com a entrada em vigor do Código das Sociedades Comerciais. Em 2006, deu-se a grande reforma de direito societário em Portugal, onde se introduziram importantes alterações nos deveres dos Administradores, em especial pela alteração do art.º 64 desse diploma, que de acordo com o preâmbulo do DL 76-A/2006 “*pretendeu fixar um núcleo mínimo de deveres dos administradores e densificá-los, em prol de uma maior transparência e eficiência das SA Portuguesas*”¹³.

¹⁰ Art.º 16 da Lei das SA de 1867: “*Os mandatários das sociedades anónimas só respondem pela execução do mandato conferido e aceite, e não contraem obrigação alguma pessoal e solidária em relação às operações da sociedade. / São porém pessoal e solidariamente responsáveis, conforme as regras do direito comum, para com a sociedade e para com terceiros, pela falta de execução do seu mandato, violação dos seus estatutos e preceitos desta lei.*”

¹¹ ADRIANO ANTHERO, “*Comentário ao Código Comercial Português*”, Volume I, Porto: Tipografia “Artes&Letras”, 1915;

¹² Acórdão que discutiu a responsabilidade dos administradores das sociedades, absolvendo os mesmos entendendo-se que teriam agido com a conivência da Assembleia Geral, o que funcionaria como causa de justificação. Mas admitiu-se, em teoria, a sua responsabilização.

¹³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO *et al.* (coordenação)– “*Código das Sociedades Comerciais Anotado*”, Coimbra: Edições Almedina, 2009, pp. 243

CAPÍTULO II

NOÇÕES BASE SOBRE A RESPONSABILIDADE DAS PESSOAS COLECTIVAS E DOS ADMINISTRADORES

A *ratio* deste capítulo é a fixação de bases, que possibilitem estabelecer pontos de apoio em temas-chave sobre a responsabilidade das pessoas colectivas e dos administradores, de modo a sustentar o nosso percurso.

I. O direito penal é um ramo importantíssimo do direito, compreendendo várias subáreas, e uma multitude de normas que abrangem as mais variadas áreas. A responsabilidade penal das sociedades comerciais e dos seus administradores afigura-se uma área transversal, que embora dogmaticamente organizada (na sua maioria) no direito penal tributário, o transvasa.

De acordo com Germano Marques da Silva, “*a grande especialidade do direito penal tributário é a admissibilidade da responsabilidade tributária das Pessoas Colectivas*”¹⁴, o que se explica porque na actualidade o comércio e a economia são monopolizados pelas sociedades comerciais, as quais geram avultados lucros, que se convertem em fonte de receita estatal através de tributação, sendo assim desviados da sociedade, criando a tentação de ludibriar essa tributação, facto que não pode deixar de ser punido.

Incidindo o direito penal tributário sobre ilícitos na área tributária, e sendo a economia e a fiscalidade áreas *core* nas sociedades, estas serão as áreas onde a punição desses agentes económicos mais será necessária. Tal não significa que essa responsabilização não interesse ao direito penal comum. Pelo contrário, existem (e cada vez mais) ilícitos noutras áreas cometidos pelas pessoas colectivas (e pelos seus administradores) merecedores de tutela penal, razão pela qual o Código Penal também prevê a responsabilidade destes agentes, embora não da mesma forma que o direito penal tributário. E sendo o direito penal comum, direito geral, por certo haverá regras possíveis de aplicação na referida sub-área.

¹⁴ GERMANO MARQUES DA SILVA, “*Direito Penal Tributário – Sobre a responsabilidade das Sociedades e dos seus Administradores conexas com o crime tributário*”. Lisboa: UCP Editora, 2009

II. A responsabilidade das pessoas colectivas é aceite pelo Código Penal como excepção (embora hoje mais alargada) ao princípio da responsabilidade das pessoas singulares, no n.º 2 do seu art.º 11¹⁵. Tal é já uma diferença para o direito penal tributário, pois no Regime Geral das Infracções Tributárias o legislador optou por a consagrar enquanto regra¹⁶.

Este art.º 11 do Código Penal foi revisto em 2007, sendo posterior portanto ao diploma penal tributário (de 2001), pelo que se concluiu que o legislador no Código Penal é reticente a aceitar essa responsabilidade como regra. Compreende-se, pois este diploma postula direito penal comum, e não lida tão de perto com a realidade económica e social, sendo por isso menos permeável à transladação do centro do dinamismo económico e financeiro do comerciante individual dos sécs. XVII e XVIII para as Sociedades actuais e ao seu monopólio sobre o comércio jurídico.

Entre os referidos diplomas existem outras diferenças, nomeadamente o conceito de personalidade jurídica tributária usado no diploma penal tributário para efeitos de responsabilização das entidades colectivas, difere do utilizado no Código Penal, que segue o conceito geral de personalidade jurídica¹⁷. Embora a regra seja a equiparação entre os conceitos, existem excepções que conduzem a que haja entidades que possuem personalidade tributária, mas não personalidade jurídica.

Apesar das diferenças, retemos que a responsabilidade das pessoas colectivas é, seja como excepção ou regra, inquestionavelmente aceite pelo direito positivo.

III. Relativamente ao autor do facto ilícito, o Código Penal considera no art.º 26¹⁸, autor quem executa o facto (*autoria singular*), quem toma parte directa na sua execução (*autoria material*), quem o executa por intermédio de outrem (*autoria moral*), e ainda quem determina um terceiro a praticar o facto (*instigador*).

¹⁵ Art.º 11 n.º 2 do CP: “As pessoas colectivas e entidades equiparadas...são responsáveis pelos crimes previstos nos artigos...quando cometidos: a) em seu nome e no interesse colectivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança; ou por quem aja sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação de deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem...”

¹⁶ Art.º 7 n.º 1 RGIT: “As pessoas colectivas, sociedades, ainda que irregularmente constituídas, e outras entidades fiscalmente equiparadas são responsáveis pelas infracções previstas na presente lei quando cometidas pelos seus órgãos ou representantes, em seu nome e no interesse colectivo”

¹⁷ Personalidade Jurídica, nas palavra do autor italiano FRANCESCO FERRARA será a “abstracta possibilidade de receber os efeitos da ordem jurídica”, sendo “o fundamento e a pré – condição de todo o direito e um status”. Vide art.º 66 do CC

¹⁸ Art.º 26 do CP: “quem executa o facto, por si mesmo ou por intermédio de outrem, ou toma parte directa na sua execução ou juntamente com outro ou outros, e ainda quem, dolosamente, determina outra pessoa à prática do facto, desde que haja execução ou começo de execução”

Como é de fácil apreensão, as pessoas colectivas não cometem crimes, quem o faz são as pessoas físicas que as administra¹⁹ pois executam o facto, ficcionando-se depois a responsabilidade da entidade colectiva, pois sendo o autor o administrador da sociedade o responsável pela emissão da vontade colectiva (pois os entes colectivos dependem de outrem para expressar a sua vontade), então a pessoa colectiva será também autora do crime, pois a sua vontade também será praticar o facto ilícito.

Nos crimes próprios²⁰, poderia surgir dificuldades na imputação do facto ao agente físico pela existência de qualidades especiais apenas verificadas na entidade colectiva, no entanto, tais dificuldades são ultrapassadas pelo art.º 28 do Código Penal que alarga o conceito de autor nestes casos, dispondo que: “...*basta que essas qualidades ou relações se verifiquem em qualquer deles, excepto se outra for a intenção da norma incriminadora...*”, pelo que, basta existir um *intraneus*²¹ nos agentes do crime, para que todos sejam punidos.

Tal posição influencia o art.º 12 Código Penal²², que dispõe sobre a Responsabilidade por facto de outrem, no qual parte da doutrina baseia a Responsabilidade dos Administradores²³. Em bom rigor, e respeitosamente discordando desses autores, perfilhamos a tese de Germano Marques da Silva²⁴, defendendo que na maior parte das situações bastará o recurso ao art.º 26 do Código Penal, não havendo necessidade de recorrer ao art.º 12 para responsabilizar os administradores, uma vez que são eles quem pratica / executa o facto, sendo seus autores, advindo assim a sua responsabilização do art.º 26. Só haverá necessidade de recorrer ao art.º 12 no caso dos

¹⁹ Como referiu o Prof. GERMANO MARQUES DA SILVA nas suas lições de Direito Penal Económico.

²⁰ Crimes em que a norma incriminadora exige certas qualidades para a prática do facto

²¹ *Intraneus* é “o sujeito tipicamente idóneo”, nas palavras de TERESA SILVA, “*Domínio da organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e “actuação em lugar de outrem” – Tese de Doutoramento; 2013; disponível no repositório da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – www.repositorio.ul.pt. Quer isto dizer que o *intraneus* é o agente do crime que possui as qualidades especiais exigidas pelo tipo legal de crime.*

²² Espelhado no art.º 6 RGIT

²³ Art.º 12 CP: “*é punível quem age voluntariamente como titular de um órgão de uma Pessoa Colectiva, sociedade ou mera associação de facto, ou em representação legal ou voluntária de outrem, mesmo quando o respectivo tipo de crime exigir: a) determinados elementos pessoais e estes só se verificarem na pessoa do representado; ou que o agente pratique o facto no seu próprio interesse e o representante actue no interesse do representado...*”.

²⁴ GERMANO MARQUES DA SILVA; obra citada pp.105 e 106; e “*Da responsabilidade individual à responsabilidade colectiva em Direito Penal Económico*”. Revista Direito e Justiça. Lisboa: UCP Editora, 2012, pp. 515

crimes próprios, em que os elementos pessoais exigidos pela norma incriminadora se verifiquem apenas na pessoa colectiva, e não na pessoa física que a administra.²⁵

IV. As pessoas colectivas são, ao invés das singulares, uma criação do espírito humano, necessitando de pessoas físicas para tomar decisões, pois são incapazes de emitir a sua vontade *per si*.

Lembrando o nosso mestre, o Prof. Germano Marques da Silva, “*as pessoas colectivas não cometem crimes, quem os comete são as pessoas de carne e osso*”²⁶²⁷. Não podemos olvidar que as pessoas colectivas não são criações naturais, mas teóricas/artificiais, criadas pelo homem para satisfazer as suas necessidades, *in casu*, facilitar o comércio jurídico.

Tal conduz a que a construção da responsabilização dos entes colectivos seja mais complexa do que a dos singulares. Não obstante, ambas são pessoas, singulares ou colectivas, mas pessoas, diferindo apenas pela sua origem, as singulares possuindo origem natural, e as colectivas artificial, por serem criação humana.

Pela incapacidade de auto-suficiência²⁸ na emanção da sua vontade, a construção da responsabilidade destas entidades assenta necessariamente no comportamento das pessoas singulares, pois são essas que expressam a sua vontade, enquanto titulares dos seus órgãos. Assim sendo, é sempre necessário um comportamento das pessoas singulares, sem o qual não existiria emanção de vontade do ente colectivo.

V. Este mecanismo de responsabilização das pessoas colectivas não é perfeito, possuindo dificuldades, ainda que ultrapassáveis, (nomeadamente na identificação dos autores físicos das infracções em órgãos de administração plurais), mas é hoje unanimemente aceite entre nós.

²⁵ “*un delito especial, que consiguientemente exige ostentar una determinada condicion que no se da em el autor material y sí en su representado*”, sendo que no direito espanhol “*para lograr la punibilidad de estos sujetos, el articulo 31 CP extiende la responsabilidad penal proveniente de la comisión de un delito especial a los sujetos no cualificados, siempre que actúen como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica o en nombre o representación, legal o voluntaria, de otro*”. – JOSÉ ECHEGARAY, “*La responsabilidad penal de los socios y administradores*” – Editorial Montecorvo, 1997, Madrid, pp. 29 e 30

²⁶ Nas suas lições de Direito Penal Económico.

²⁷ “*Así pues, puede seguir afirmándose que sólo la persona humana puede delinquir y que en nuestro Derecho no es posible que incurran en responsabilidad penal quienes encarnam sus órganos de administración*” – JOSÉ ECHEGARAY; obra citada, pp. 32

²⁸ Incapacidade natural para tomar decisões, e exteriorizar a sua vontade.

Outros sistemas existem, como nos Estados Unidos da América por exemplo, que consagram a Teoria da Responsabilidade Directa²⁹, a qual responsabiliza de forma directa, o administrador, e a sociedade.

Filho desse sistema, Tiedmman teoriza sobre a responsabilidade das pessoas colectivas, colocando o referencial não na actuação das pessoas singulares que actuam no seu nome e interesse, mas na culpa na organização. Esta funcionaria quando a pessoa colectiva não adoptava em tempo útil meios preventivos necessários e suficientes, de modo a evitar a infracção.

Em nosso entender, tal teoria é criticável. Primeiro, porque em *ultima ratio* não dispensa por completo (como dá a entender) um comportamento humano, pois tal como é uma acção ou omissão que leva à prática da infracção, também é um comportamento humano que permitirá adoptar as medidas de prevenção de que o autor fala. Segundo, pelo facto dessa tese não colocar o referencial na culpa pela prática do facto, mas na culpa na formação da personalidade³⁰, remetendo o facto ilícito para a mera posição de condição de punibilidade, consagrando uma espécie de responsabilidade objectiva, baseada num pressuposto atípico³¹. Não consideramos aceitável que se relegue para segundo plano a vontade na produção do facto, pois sem esta não existe crime, nem que se defecte o facto ilícito para mera condição de punibilidade, quando em direito penal é esse o objecto da punição.

Em direito penal é necessário preciso ser prudente na adopção de responsabilidades objectivas, uma vez que a a responsabilidade penal tem sempre subjacente a culpa, sendo este um dos elementos do crime, o qual não podemos olvidar. Não é portanto defensável nos mesmos moldes do direito civil.

VI. Entre nós, a responsabilidade dos entes colectivos não abdica da responsabilidade dos agentes físicos que emanam a sua vontade, existindo uma dependência da actuação funcional dos mesmos, conforme o disposto na alínea a) e b) do n.º 2 do art.º 11 do Código Penal.

²⁹ Teoria que principiou na área laboral a propósito da problemática do aumento dos acidentes de trabalho com a industrialização, sendo a resposta para enfrentar as deficiências na organização da empresa que os causavam, e responsabilizar os responsáveis da empresa pelas falhas.

³⁰ Defendemos tal, em consonância com ISABEL MARQUES DA SILVA, *obra citada* pp. 148; EDUARDO CORREIA, “*Direito Criminal*”, Vol. I, Coimbra: Almedina; 1971, pp. 322-330

³¹ ISABEL MARQUES DA SILVA, *obra citada* pp. 148

Por essa razão, e para evitar a irresponsabilidade de algum dos intervenientes, o legislador dispõe no art.º 11 n.º 7 do Código Penal, que “*a responsabilidade das pessoas colectivas não exclui a responsabilidade individual dos respectivos agentes nem depende da responsabilização destes*”, criando-se o instituto da responsabilidade cumulativa, que admite ambas as responsabilidades (a pessoal do agente físico, e a colectiva da sociedade), surgindo como consequência lógica da impossibilidade da emissão autónoma de vontade pelos entes colectivos.

Este instituto conduz à identidade do facto em ambas as responsabilidades, pois é o mesmo facto (em todos os seus elementos) que é imputado a dois autores, pelo que as causas de exclusão da ilicitude aproveitarão também à sociedade, além de ao agente físico, pois se o facto for praticado numa circunstância de exclusão da ilicitude, já não será ilícito quando imputado à sociedade.

É importante distinguir a responsabilidade cumulativa da comparticipação criminosa. Existem autores, como Augusto Silva Dias³², que defendem que a responsabilidade cumulativa se trata de uma modalidade de comparticipação. Discordamos. A responsabilidade cumulativa trata-se de uma ficção jurídica, na qual se ficciona uma transferência automática de responsabilidade do agente físico para a pessoa colectiva verificados determinados pressupostos, e não de uma participação no facto, conforme existe na comparticipação, entre vários agentes físicos.

VII. Pelo exposto, sem exteriorização da vontade colectiva pelos titulares dos órgãos sociais com poderes para a emanar, não é possível a sua responsabilização.

Embora uma sociedade possua vários órgãos sociais, apenas os de administração possuem poderes para emanar a sua vontade e a vincular. Nas Sociedades Anónimas, esse órgão é o Conselho de Administração³³, e nas Sociedades por Quotas, a Gerência. Quando o órgão de administração for colegial, aplicam-se então as regras da comparticipação relativamente aos agentes físicos dos ilícitos.³⁴

³² AUGUSTO SILVA DIAS; “*O novo direito penal fiscal não aduaneiro – Considerações dogmáticas e Político - Criminais*”, Fisco, n.º 22, Julho (1990), pp. 21-22

³³ Nas SA, pode existir apenas um administrador único (quando o capital social não exceda os 200.000 € - art.º 390 n.º 2 CSC) ou um Conselho de Administração.

³⁴ Ainda de salientar que a sociedade além desses órgãos sociais, também pode ser responsabilizada por infracções praticadas por um representante habilitado a agir em seu nome e interesse, pela lei ou pelos estatutos. Casos incomuns, mas similares com as actuações dos órgãos sociais.

Mas mesmos para os órgãos de administração, nem todos os actos dos seus titulares vinculam a sociedade, sendo necessário que se verifiquem determinados pressupostos para essa vinculação:

1. **A infracção deve ser praticada por um órgão ou representante da pessoa colectiva** – isto é, pelos seus órgãos de administração. De acordo com Isabel Marques da Silva³⁵, apresentando-se a responsabilidade das Pessoas Colectivas como excepcional (no Código Penal), deve-se exigir uma actuação no quadro das competências definidas por lei, pelos estatutos ou pelo título. De outro modo já não estaríamos perante uma actuação como órgão ou representante, mas perante uma actuação do agente por si próprio, entrando na esfera pessoal do agente, e saindo da esfera de actuação colectiva.
2. **A infracção deve ser praticada em nome e no interesse da pessoa colectiva** – e não em nome pessoal do titular do órgão (agente do crime), isto é, tem de existir uma actuação no âmbito das funções do órgão da pessoa colectiva; e ainda que seja realizada no interesse dessa entidade, embora não seja pacífico o conceito de interesse colectivo. Não será de se exigir uma ligação concreta ao objecto estatutário, pois tal conduziria a que nenhuma infracção cumprisse este requisito, pois todas as infracções configuram ilícitos, e por lei o objecto de uma sociedade não pode ser ilícito³⁶. Recorrendo uma vez mais a Isabel Marques da Silva, aderimos à posição que a autora defende, na qual se preenche a exigência de actuação no interesse colectivo, quando a prática da infracção penal pretenda obter uma vantagem (*máxime* económica) em benefício da Entidade colectiva.
3. **A infracção não pode ser praticada contra ordens ou instruções expressas de quem de direito** – Pressuposto em forma de exclusão, no qual apenas há a salientar que as instruções que refere têm de ser dadas

³⁵ ISABEL MARQUES DA SILVA; *obra citada*, pp.80

³⁶ Art.º 42 n. 1 alínea c) do CSC

por quem tenha competência para tal. Caso existam, apenas o titular do órgão a título pessoal pode ser responsabilizado, não transmitindo essa responsabilidade à sociedade, por a sua actuação agir contra a vontade da mesma (expressa por quem de direito).

VIII. Para a responsabilização das pessoas colectivas, é necessário então a verificação dos requisitos que expusemos, e CUMULATIVAMENTE (de acordo com o n.º 2 do art.º11 do Código Penal), enquadramento do facto praticado num dos crimes presentes na enumeração do preceito, a qual se nos afigura taxativa, pois a responsabilidade dos entes colectivos no código penal é estruturada como excepção, e não como regra.

CAPÍTULO III

O PAPEL DO ADMINISTRADOR

I. Nos primórdios da industrialização o Administrador era considerado o encarregado de uma unidade de empresa, tendo como função supervisionar pessoas e actividades. Com a evolução económica e social as sociedades evoluíram, e com elas os Administradores de modo a se adaptarem às novas exigências. Hoje, um Administrador³⁷ é quem “*está ao leme*” da sociedade, “*conduzindo-a*” no mundo dos negócios, aproveitando ou não oportunidades, e tomando decisões empresariais com vista a gerar resultados positivos para a sociedade, decisões estas que configuram apenas uma obrigação de meios e não de Resultado.³⁸

O administrador encontra-se no topo da sociedade, planeando, organizando, coordenando e comandando³⁹ o seu destino, sendo esta actividade cada vez mais complexa, e enfrentando novos desafios todos os dias.⁴⁰

Como define a *American Management Association*⁴¹, “*a administração é a arte de fazer coisas através de pessoas*”, expressão que hoje talvez seja demasiado simplista, mas que nos faz lembrar o cerne da problemática, dado que as sociedades possuem sempre um substrato físico e pessoal, sem o qual não funcionam. Obviamente que a realidade económica, financeira e comercial actual, obriga os Administradores ao controlo de muito mais variáveis do que apenas esse estrato pessoal, no entanto, a expressão não deixa de ser verdadeira.

³⁷ Terminologia usada num *lato sensu*, pois rigorosamente só há administradores nas SA, enquanto as SQ possuem gerentes, no entanto, aqui consideramos ambos.

³⁸ Uma obrigação de meios, é uma obrigação em que o não se obriga o devedor a cumprir um certo resultado, mas apenas a realizar os possíveis para o atingir, ao invés de uma obrigação de resultado, em que o devedor de encontra condicionado a esse mesmo resultado.

³⁹ Nas palavras de VÂNIA MAGALHÃES, “*A conduta dos administradores das sociedades anónimas: deveres gerais e interesse social*”, pp. 380 a 381

⁴⁰ “*As atribuições do órgão de administração assumem, como é óbvio, papel fundamental para a vida social: é a este órgão que cabe, verdadeiramente, a condução dos negócios sociais, a prática corrente dos actos destinados a dinamizar e prosseguir o escopo da sociedade*” - Acórdão STJ de 28.02.2013, Processo nº 189/11.3TBCBR.C1.S1, Relator – Granja da Fonseca.

⁴¹ AMA – American Management Association, uma associação norte-americana, com origem em 1913 e consolidada em 1973, sendo hoje reconhecida no universo académico como uma instituição educacional que visa a formação de administradores.

II. O legislador reconhece o papel fulcral do administrador na sociedade, estipulando na al. m) do art.º 3 do Código do Registo Comercial a necessidade de registo da designação dos administradores das sociedades⁴², e no n.º 1 do art.º 15 do mesmo diploma, a obrigatoriedade dessa menção no registo comercial da sociedade.

Tal estipulação é a forma que o legislador encontrou para identificar os verdadeiros autores da vontade colectiva, e permitir a sua responsabilização.

III. A situação desejável é a de um administrador possuir o título por direito (sendo nomeado para o cargo), e que exerça de facto a administração da sociedade. No entanto, por vezes existem desvios a esse “*modelo*”, existindo uma divisão desta figura por duas pessoas físicas distintas, havendo que distinguir entre o Administrador de Facto e o Administrador meramente de Direito.

O primeiro é aquele que não foi formalmente designado como administrador da sociedade⁴³, mas que ainda assim exerce essas funções. O segundo, aquele que a lei ou os estatutos da sociedade indicam como titular dessas funções, mas que na prática não as exerce. Relembramos o exemplo exposto na introdução, no qual Daniel actua como Administrador de Facto da sociedade, e Martim como Administrador apenas de Direito.

Face a esta dualidade, há que saber identificar ambas as figuras. Os administradores de direito estarão sempre indicados na lei ou nos estatutos, como titulares do órgão de administração. Quanto aos Administradores de Facto, a situação complica-se, pois não existe uma base legal que os identifique.

Para identificar um Administrador de Facto⁴⁴, alguma doutrina, como João Cabral⁴⁵ “*impõe a essencialidade de existência de uma designação e/ou investidura nas funções de administrador, ainda que estas não preenham os requisitos estabelecidos na lei*”. No entanto, a maioria da doutrina enveredou por caminho diverso, apostando na construção de requisitos para aferir da Administração de facto, dispensando a existência dessa designação irregular.

⁴² Alínea m) do art.º 3 do CRC: “*a designação...dos membros dos órgãos de administração...*”

⁴³ PEDRO NASCIMENTO, “*A responsabilidade dos gerentes e administradores de facto no CIRE*”, Tese de Mestrado, disponível <http://repositorio.ucp.pt/>. Porto, 2012, pp. 6

⁴⁴ Figura nascida na doutrina e jurisprudência italianas.

⁴⁵ JOÃO SANTOS CABRAL, “*O Administrador de Facto no Ordenamento Jurídico Português*”. Revista CEJ, n.º 10 2.º Semestre, Lisboa, 2008, pp.116 – 128.

Para Ricardo Costa⁴⁶, o primeiro requisito seria o “*exercício positivo de funções de gestão similares ou equiparáveis às dos administradores formalmente instituídos*”. Dado que não existe um título que permita instituir o administrador (pela sua inexistência ou irregularidade), terá necessariamente de existir uma real e efectiva participação na administração, conforme lembra Pedro Nascimento⁴⁷, que invoca Nuria Chiner⁴⁸, a qual faz um paralelo entre o caso do administrador de facto e o do comerciante em nome individual. Se este último adquire o estatuto de comerciante através da prática de actos de comércio de forma reiterada, estável e pública, não necessitando de qualquer registo para tal, nada obsta a que alguém que realiza de forma pública, estável, reiterada, efectiva e real a administração de uma sociedade, seja considerado como seu administrador. A autora⁴⁹ refere ainda a necessidade de uma especial intensidade na administração (quantitativa e qualitativa), deixando de fora sugestões e instruções, não bastando o sugerir / supervisionar a sociedade, exigindo-se “*actos típicos de gestão empresarial ou alta direcção*”⁵⁰.

Ricardo Costa⁵¹ conceptualiza tais actos como aqueles que “*espelham a intensidade qualitativa do comando e planeamento gerais no que toca ao destino comercial e financeiro da sociedade, ao provimento dos recursos humanos e materiais, atendendo à dimensão da sociedade e ao tipo de actividade societária, não sendo suficiente o governo técnico do dia-a-dia*”. Doutrinariamente as opiniões divergem quanto à intensidade quantitativa exigida para esses actos.

Resumindo, este requisito exige a realização de forma pública, estável, reiterada, efectiva e real da administração da sociedade, prática que se reflectirá na promanação de *actos de direcção societária*, que são os actos essenciais para a direcção / organização da sociedade, e sem os quais esta tende a desaparecer. Como sublinha Ricardo Costa⁵², são actos “*que expressam capacidade de comando na sociedade*”. Na prática, estes terão de ser apurados casuisticamente, sendo certo que têm de traduzir o controlo que o administrador possui sobre a sociedade, e uma essencialidade relative à sociedade.

⁴⁶ RICARDO COSTA, “*Responsabilidade Civil Societária dos Administradores de Facto*”, *op. Cit.* P. 29 n.º 4

⁴⁷ PEDRO NASCIMENTO, *obra citada*, pp.9

⁴⁸ NURIA CHINER, “*El administrador de hecho en las Sociedades de Capital*”, Editorial Comares, Granada, 2003, p. 65

⁴⁹ NURIA CHINER, *obra citada* pp 68

⁵⁰ PEDRO NASCIMENTO, *obra citada* pp. 10

⁵¹ RICARDO COSTA, “*Responsabilidade Civil...*” pp. 29 n.º 4

⁵² RICARDO COSTA, “*Responsabilidade Civil...*”, *idem*

A doutrina exige ainda dois outros requisitos: a *autonomia decisória*, ou seja o “*poder de impor decisões e de influenciar a gestão, de forma vinculativa*”⁵³, não se permitindo a existência de subordinação; e o *conhecimento e/ou consentimento dessa actuação pelos sócios e administradores de direito*, pois o contrário configuraria uma situação de usurpação de funções, e não de administração de facto. A este propósito Nuria Chiner afirma que tal requisito permite “*diferenciar el administrador de hecho de aquel mero extraneus que usurpando funciones de administración entabla relaciones com terceros en nombre de una sociedad ajena a dicha situación*”⁵⁴.

Salientamos que implicando a administração de facto o uso de poderes de administração, no caso de um administrador de direito desconhecer a actividade do administrador de facto, facilmente dela teria percepção pela diminuição de poderes de administração que a mesma acarreta, pelo que, só se o entender permitiria que a situação se mantivesse. Tal, em rigor configura uma manifestação tácita do seu consentimento, impedindo a alegação do desconhecimento para rebater a verificação deste terceiro requisito.

⁵³ PEDRO NASCIMENTO, *obra citada*, pp. 10

⁵⁴ NURIA CHINER, *obra citada*, p 76

CAPÍTULO IV

A RESPONSABILIDADE POR ACÇÃO, POR OMISSÃO E O DEVER DE AGIR

I. O crime baseia-se sempre numa acção humana, não existindo crime sem uma acção dirigida a uma finalidade contrária à lei.

A acção⁵⁵ consubstancia sempre um comportamento humano, o qual pode consistir num agir ou num omitir, mas é sempre dominado pela vontade humana e dirigido à lesão (ou à exposição a um perigo de lesão) de um bem jurídico.

Existem variadas teorias sobre o conceito de comportamento humano, nomeadamente:

- a. **Teoria Causal** – que defende que a conduta é o efeito da vontade e causa do resultado, consistindo num *facere* voluntário que actua sobre o mundo. Exige-se não uma vontade para caracterizar a conduta, mas apenas a voluntariedade do comportamento do agente;
- b. **Teoria Social** – onde a conduta será a realização de um resultado socialmente relevante;
- c. **Teoria Finalista** – que defende que a conduta será a actividade humana final, e não apenas um comportamento causal, implicando necessariamente uma finalidade.

A nosso ver, não existe conduta/comportamento sem vontade, e que esta sendo racional, terá sempre subjacente uma finalidade que prosseguirá (mesmo que o resultado pretendido se veja frustrado por qualquer razão, a vontade não deixa de existir, nem a finalidade contrária à lei de ter sido concebida). Deste modo, aceitamos a Teoria Finalista pois o direito penal pune condutas, e não resultados em si mesmos.⁵⁶

⁵⁵ Usamos o conceito amplo de acção, abrangendo tanto acções em sentido estrito, como omissões.

⁵⁶ Quanto ao conceito de vontade, têm sido muitos os autores que sobre ele se debruçaram. SANTO AGOSTINHO, na sua obra “*De Duabus Animalibus*” define vontade como “*voluntas est animi motus, cogente nullo, ad liquit non amittendem vel adipiscendam*”, salientando o seu carácter livre. KANT, na sua “*Metafísica dos Costumes*”, defende que a vontade é a razão prática, isto é, razão enquanto determinadora das leis, princípios ou regras gerais a querer, afirmando: “*Todas as coisas da natureza agem segundo leis. Apenas um ser racional tem a faculdade de agir segundo a representação de leis, isto é, mediante princípios, ou uma vontade. Na medida em que é exigida razão para a derivação de acções a partir de leis, então a vontade não é outra coisa senão a razão prática*”. SCHOPENHAUR, mais recentemente defende que “*a vontade é o elemento fundamental a fim de trazer o sentido das coisas e do mundo*”. Quanto a nós, entendemos que a vontade é racional. Sendo a vontade uma emanção humana (aliás a

Se a conduta humana se baseia na vontade, não existirá então comportamento na ausência desta, significando isto que não relevam actos involuntários como reflexos condicionados, coacção irresistível por terceiro, e ainda estados de inconsciência (sonambulismo, hipnose, e similares).

II. Dependendo o comportamento da vontade, então este pode consistir numa acção ou numa omissão, já que no comportamento de se abster da prática de certo acto também existirá vontade, vontade de não agir é certo, mas vontade.

Configurando a acção (em sentido estrito) um comportamento positivo, esta consistirá num *facere*, enquanto que a omissão consubstanciará um comportamento negativo (*non facere*), ou seja, a não realização de uma conduta exigida ao sujeito.

Para a omissão possuir relevância penal, além da possibilidade de realização da conduta exigida, é necessário a existência de um Dever de Agir imposto pelo direito, ao agente⁵⁷.

Ilustremos:

Situação 1 - Ricardo passeia na Av. do Brasil quando vê uma moeda no chão, mas não a apanha. – Existe aqui uma omissão porque Ricardo não apanhou a moeda, mas que é desprovida de relevância penal, pois não existe um dever de a realizar.

Situação 2 – Jorge, regressando a casa às 4h da manhã depois de uma saída com amigos, passando pelo Jardim do Príncipe Real, vê um assalto a uma mulher terminando com a vítima esfaqueada e o assaltante em fuga. A vítima, esvaindo-se em sangue, súplica a Jorge ajuda, o qual assustado, entra em pânico e foge. – Esta omissão, de acordo com o disposto no art.º 200 do Código Penal, que estabelece o crime de omissão de auxilio, criando a obrigação de promover o socorro da pessoa em perigo à qual Jorge estava sujeito por lei, já possui relevância penal, pois existe um dever de agir.

primordial emanção do ser humano, pois sem ela este não se expressa), e sendo os seres humanos racionais, a vontade humana obedecerá à razão. Assim, exceptuando certos casos de comportamentos involuntários e de anomalia psíquica, todos os comportamentos do homem obedecerão à razão, para o bem e para o mal. Por sua vez a razão, a razão obedece a finalidades, pois tudo o que o homem faz obedece a objectivos, a finalidades. Dessa forma, a vontade obedecerá também a finalidades, quaisquer que sejam, tendo sempre um fim. Sendo a vontade o elemento interior de uma acção, esta terá correspondência num elemento exterior que a traduz para o mundo exterior, o qual será o comportamento/conduta humana. Assim, todos os comportamentos possuem uma finalidade, pelo que tendamos a aceitar a Teoria Finalista.

⁵⁷ Séculos atrás, considerava-se que só existiria punição caso houvesse acção. Hoje o paradigma mudou, e a lei além de proibir que se executem certos actos, também impõe deveres cujo não cumprimento (omissão), acarreta punição.

III. Sendo as omissões puníveis, aceitam-se dois tipos de crimes por omissão: os **puros / próprios**, caracterizados pela simples abstenção de agir punida por lei, sendo estes os crimes de mera conduta (como por exemplo o crime de omissão de auxílio previsto no art.º 200 do Código Penal), e os **comissivos por omissão (impróprios / impuros)**, que consistem na violação de uma imposição legal de actuar. Em ambos existe a violação de um dever de agir, só que nos puros basta a mera abstenção do agir, enquanto que nos impróprios se exige também um resultado.

Como refere Santiago Mir Puig, *“los de omisión pueden contentarse con el solo no hacer algo determinado, ou requerir además la no evitación de un resultado. Los primeros...constituyen tipos de omisión pura, en tanto que los segundos...reciben el nombre de comisión por omisión...”*.⁵⁸

Os primeiros encontram-se descritos num tipo legal de crime, enquanto que os impuros recorrem à cláusula geral de equiparação⁵⁹, sendo crimes de resultado.⁶⁰ Estes crimes serão todas as omissões enquadradas nos tipos legais de crime (descritos na lei como crimes de acção) que tenham produzido um resultado, e que se encontrem no âmbito da cláusula geral do art.º 10 do Código Penal, a qual estende a tutela penal a essas omissões. Como refere Maia Gonçalves, *“a equiparação da acção à omissão nos crimes de resultado ou materiais, parte da ideia fundamental de que quando a negação de valores supõe – ou quando um preceito quer evitar – a produção de um certo resultado, resulta evidente que lhe interessam não só as actividades que o produzem, como as omissões que o deixam ter lugar”*⁶¹.

Em nosso entender, e conforme exposto, os crimes omissivos próprios são crimes de mera conduta, nos quais o agente se abstém de agir quando é a tal obrigado

⁵⁸ SANTIAGO MIR PUIG, *“Derecho Penal – Parte General”*, reimpressão da 3.ª edição. Barcelona: PPU, 1995

⁵⁹ **Artigo 10.º CP - Comissão por acção e omissão 1.** Quando um tipo legal de crime compreender um certo resultado, o facto abrange não só a acção adequada a produzi-lo como a omissão da acção adequada a evitá-lo, salvo se outra for a intenção da lei. **2.** A comissão de um resultado por omissão só é punível quando sobre o omitente recair um dever jurídico que pessoalmente o obrigue a evitar esse resultado. **3.** No caso previsto no número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada.”

⁶⁰ Existe uma distinção doutrinária entre crimes de resultado, que são os crimes em que o tipo legal exige a produção de um evento material, a ofensa de um objecto material (exemplo: crime de homicídio – art.º 131 do CP, onde se exige um dano no corpo da vítima); e crimes de actividade, que são os que se esgotam na própria acção (ou omissão), como por exemplo o crime de difamação, previsto no art.º 180 do CP, que se esgota na própria difamação não se exigindo a obtenção de qualquer resultado em consequência dessa difamação.

⁶¹ MAIA GONÇALVES, *“Código Penal Português – Anotado e Comentado e Legislação Complementar”*, 12.ª edição – 1998, Almedina, pp. 102;

pela lei, enquanto que os crimes comissivos por omissão, são crimes em que pela omissão se causa (ou não se evita) um certo resultado, equiparando a lei por essa razão, a omissão à acção. Nestes últimos, a omissão apesar de causa hipotética do evento, é equiparada por lei à causa real do evento, considerando-se que se o agente tivesse actuado conforme era sua obrigação, o evento não se teria produzido⁶².

IV. Relativamente ao nexu causal entre a omissão e o resultado, a lei no n.º 1 do art.º 10º do Código Penal⁶³, adopta a tese da causalidade adequada como bitola para o problema da imputação objectiva do resultado ao agente.⁶⁴

A doutrina maioritária tende a estabelecer que o resultado não é imputável ao agente da omissão, se a diminuição do risco da concretização do resultado, através da acção que se exigia ao agente pelo dever de agir, só aparece como possível segundo uma concretização *ex ante*, mas já o será, se se comprovar que aquela diminuição se teria efectivamente existido, também de acordo com uma concepção *ex post*.

V. Além da causalidade adequada exigida para o binómio omissão – resultado (*non facere* – evento), nos crimes comissivos por omissão exige-se um *quid pluris*, sendo que pelo dever de agir (dever pessoal do agente evitar o evento típico), o agente encontra-se assim instituído numa posição de garante da não verificação do resultado típico.

Em tese, o dever de agir pode ter 3 fontes: a lei, o contrato e a ingerência⁶⁵. Na vigência do Código Penal de 1886 existiram autores que defenderam que o dever de agir também poderia surgir do dever moral (ou dos bons costumes), e não apenas de fontes jurídicas⁶⁶, no entanto, com a redacção actual do preceito, tal tese encontra-se enterrada na memória.

A posição de garante que o dever de agir consubstancia pode ser de dois tipos: **posição de protecção**, que tem por finalidade preservar determinados bens jurídicos de

⁶² Apesar da equiparação mencionada, as omissões não são, em regra, tão gravosas quanto as acções, pois apenas consubstanciam uma violação de deveres, e não uma violação de proibições, motivo pelo qual, o legislador estabeleceu a atenuação especial (facultativa) para os crimes comissivos por omissão, prevista no n.º 3 do art.º 10

⁶³ “...o facto abrange não só a acção adequada a produzi-lo como a omissão da acção adequada a evitá-lo...” – n.º 1 do art.º 10 do CP.

⁶⁴ MAIA GONÇALVES, obra citada pp. 101, comentário 3

⁶⁵ A ingerência é um fonte do dever de agir, dado que se entende que se o omitente criou uma situação de perigo, então colocou-se também na posição de garante da não produção do resultado previsto.

⁶⁶ MAIA GONÇALVES, obra citada pp. 103

todos os perigos que os possam ameaçar, qualquer que seja a sua causa⁶⁷; e **posição de controlo**, que visa neutralizar apenas certas causas de perigo para garantir a integridade dos bens jurídicos que possam ser ameaçados⁶⁸. A posição de garante contém ainda uma outra divisão entre: posições originárias e derivadas, recaindo as primeiras sobre certas pessoas, determinadas em razão das suas funções específicas, e as segundas que se transferem do seu titular originário para um terceiro mediante um acto de transferência negocial (como seria a situação de um contrato com uma *baby sitter*, em que os pais transferem o seu dever de proteger os filhos menores para o terceiro que os vigiará).

VI. Pautando-se a (in)actuação dos Administradores meramente de Direito por omissões, a certeza da responsabilização penal destas e dos termos em que ocorre, bem como da existência de deveres de agir, são passos importantes para a construção da responsabilidade dos mencionados administradores.

⁶⁷ Um exemplo deste dever consiste no dever ao qual os pais estão adstritos de proteger os seus filhos menores de todos os perigos que os ameacem.

⁶⁸ Neste caso poderíamos configurar uma situação em que o proprietário do edifício a ameaçar ruína tem o dever de impedir eventos danosos.

CAPÍTULO V

DECISÕES EMPRESARIAIS: *A CORPORATE VIEW*

I. Os administradores não possuem total discricionariedade na sua actividade, tal como lembra Coutinho de Abreu⁶⁹, os seus poderes são poderes–deveres, norteados pelo interesse da sociedade. Ricardo Costa⁷⁰, nesse campo refere a Relação Fiduciária existente na gestão de bens e interesses alheios do ente jurídico⁷¹, gerido pelo administrador.

Naturalmente que o primordial objectivo de uma Sociedade será a obtenção de lucros⁷², mas no mundo da economia de mercado nada é linear, muito menos preconizar uma conduta certa, homogénea e aceite unanimemente para esse objectivo. Assim sendo, existirá sempre um certo *risk* inerente a todas as decisões empresariais que visam o lucro, pois cada administrador possui ideias distintas sobre como atingir esse objectivo, sejam elas motivadas por diferentes concepções de gestão empresarial, pela constante inovação da economia e do mercado, pelas diferentes abordagens à concorrência, ou ainda por condicionantes específicas de cada momento na vida da empresa, e como tal, cada administrador há-de tomar diferentes decisões, com o mesmo objectivo.

Se cada decisão empresarial acarreta um certo *business risk*⁷³, em função dele teremos de aceitar certas margens – as ICRAM⁷⁴, de modo a possibilitar a criatividade e

⁶⁹ COUTINHO DE ABREU, “*Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades*”, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 25

⁷⁰ RICARDO COSTA, “*Deveres Gerais dos Administradores e Gestor Criterioso Ordenado*”; pp. 160

⁷¹ A nosso ver, esta relação fiduciária que o autor refere, explica-se porque quando um administrador aceita o cargo irá gerir interesses e bens que são directamente da sociedade, mas indirectamente dos seus sócios / accionistas, que última análise detêm a sociedade, e por consequência os seus bens e interesses. Ora, assim, estabelece-se entre a sociedade, os seus detentores, e o administrador, uma relação norteadas pelos interesses dos primeiros.

⁷² Primordial, mas não único, objectivo de todas as Sociedades Comerciais, independentemente da sua forma.

⁷³ Terminologia que pretende englobar todo o risco envolvente às decisões empresariais na busca do seu objectivo principal – o lucro.

⁷⁴ Chamemos-lhes *innovation and creativity risk acceptance margins* ou ICRAM. Esta é uma expressão da nossa autoria que pensamos retratar de forma fiel a necessidade de aceitação do risco nas decisões empresariais. Cada decisão empresarial deve manter-se dentro destas margens, ditas aceitáveis. Estas margens expressam uma valoração entre o *business risk* assumido, e a probabilidade de lesão da sociedade (tendo como guia o interesse da sociedade), sendo violadas quando esta última seja de tal forma elevada (casuisticamente valorado), que nem a capacidade de inovação e criatividade do administrador a consiga justificar. Não nos referimos apenas a casos completamente desproporcionais, mas também a casos em que pesados os interesses em jogo, a probabilidade de lesão seja alta e injustificável do ponto de

inovação de cada administrador, pelo que só após um certo patamar que ultrapasse estas margens, é que esse *business risk* se torna inaceitável, e conseqüentemente inquina a decisão em si mesma.

A ideia a reter é que cada decisão de um administrador pode vir, eventualmente, a gerar perdas ou causar danos á sociedade, mas se se mantiver dentro de certos parâmetros, respeitadores da capacidade de inovação e criatividade dos administradores (sem a qual hoje, nenhuma sociedade sobrevive), são aceitáveis (excepto se ilícita, aí saem claramente do âmbito dessas margens).

II. Juridicamente, tende a aceitar-se o *business risk* na *business judgment rule*⁷⁵, regra que pretende controlar as decisões empresariais⁷⁶.

De acordo com Gabriel Ramos⁷⁷, esta regra aplica-se após prova de que as imposições formais do *duty of care* foram desrespeitadas⁷⁸, averiguando depois o juiz se a decisão tomada se mostra racional⁷⁹. No nosso sistema legislativo, esta regra é consagrada nos n.º 1 e 2 do art.º 72 do Código das Sociedades Comerciais⁸⁰, e funciona atribuindo o ónus da prova ao demandante, que tem de provar os factos que constituem o direito à indemnização (art.º 342 n.º1 do Código Civil), tendo assim de fazer prova de que os actos/omissões do administrador violaram os seus deveres (gerais ou específicos) causando danos ao património social, provando desta forma a ilicitude.⁸¹⁸² Cabe depois

vista do interesse da sociedade. Aceita-se um risco de lesão, mas esse risco não pode ser demasiado elevado, nem injustificável. Atente-se que não defendemos uma avaliação do mérito da decisão, mas apenas da inaceitabilidade do seu risco.

⁷⁵ A *business judgment rule* é uma regra de origem jurisprudencial nascida nos EUA, criada á cerca de 200 anos, embora, de acordo com GABRIEL RAMOS, ainda não se tenha conseguido alcançar um consenso relativamente à sua natureza, formulação e conteúdo, permanecendo ainda em consolidação na doutrina e jurisprudência.

⁷⁶ Aplicando-se apenas à responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade.

⁷⁷ GABRIEL RAMOS, “*A business judgment rule e a diligência do administrador criterioso e ordenado antes da reforma do Código das Sociedades Comerciais*”, pp. 853

⁷⁸ Isto é, as 4 manifestações já referidas do *duty of care*

⁷⁹ Entendendo o autor por este conceito de racionalidade o administrador que estando de boa-fé acredita racionalmente que a sua decisão é o melhor para a sociedade. Quanto a nós, tal posição parece-nos pouco clara.

⁸⁰ Art.º 72 do CSC “N.º 1 – os gerentes e administradores respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados por actos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais, salvo se provarem que procederam sem culpa. N.º 2 – A responsabilidade é excluída se alguma das pessoas referidas no número anterior provar que actuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial”

⁸¹ Acórdão do TRP de 11.11.2014, Processo nº 5314/06.3TVLSB.L1-7, Relator: Roque Nogueira.

⁸² Não funciona como causa de exclusão da ilicitude como alguma doutrina parece sugerir pois o preceito dispõe - “*A responsabilidade é excluída se alguma das pessoas referidas no número anterior provar...*”, o que significa antes de mais que a responsabilidade é pressuposta e só afastada caso os administradores façam a prova de que agiram sem culpa.

ao administrador provar que agiu sem culpa, fazendo prova das 3 condições (CUMULATIVAS) enumeradas no n.º 2 do referido artigo⁸³. Ou seja, a norma configura uma presunção de ilicitude (a nosso ver inilidível) após prova do demandante, dando depois a hipótese ao administrador de provar que agiu sem culpa, eximindo-se de responsabilidade. Assim, o administrador pode violar os seus deveres, mas não será sancionado se agiu sem culpa.

A culpa é excluída mediante a verificação de 3 requisitos: *ter agido em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal, e de acordo com critérios de racionalidade empresarial*. Destes critérios apenas o último nos suscita dúvidas. Coutinho de Abreu⁸⁴ defende que o conceito de racionalidade empresarial deve ser entendido extensivamente, dada a *ratio legis* procurar limitar a sindicabilidade judicial do mérito das decisões de gestão, bastando “*ao administrador, para ficar isento de responsabilidade, que (contra) prove não ter actuado de modo irracional (incompreensivelmente, sem qualquer explicação coerente)*”⁸⁵.

Entendemos que este autor peca demasiado permissivo, restringindo o conceito de irracionalidade apenas a casos extremos de dolo *directo* (“*decisões sem explicação coerente*”). Não olvidemos que o conceito visa controlar decisões após o desrespeito dos deveres a que o administrador se encontra adstrito, pelo que a linha a seguir deve ser criteriosa, a bem da rigorosidade empresarial. Por esta razão, preferimos que o preenchimento do conceito de racionalidade pelas *ICRAM*, garantindo flexibilidade mas abrangendo decisões não incompreensíveis, mas com um *business risk* elevado, existindo alta probabilidade de lesão da sociedade, tornando a decisão injustificável, perante o interesse desta.

Não queremos que se avalie judicialmente o mérito das decisões, mas apenas a sua ilicitude e culpa, aceitando-se um risco inerente a todas as decisões do administrador, mas não entrando em trilhos demasiado permissivos, e permissivos da máscara colectiva para a criminalidade. A aplicação do conceito das *ICRAM* no nosso direito, poderia, a nosso ver, passar pelo preenchimento deste conceito de racionalidade empresarial.

⁸³ “...provar que actuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial...” – n.º 2 do art.º 72 do CSC.

⁸⁴ COUTINHO DE ABREU, “*Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*”, IDET, Cadernos / n.º5, pp.36 e 42.

⁸⁵ COUTINHO DE ABREU, *obra citada*, pp. 42.

III. As decisões empresariais consubstanciam um comportamento, o qual pode consistir numa acção ou numa omissão (por vezes a ausência de uma decisão é uma decisão empresarial que visa o lucro)⁸⁶. Aliás um administrador pode mesmo pautar a sua actuação por estaticidade, isto é, por omissões sucessivas visando manter a actual situação da sociedade. Desde que o faça em termos informados, não se colocarão entraves.

Sendo as omissões decisões empresariais, encontram-se sujeitas ao mesmo tipo de escrutínio do que as acções, no respeito pelos deveres a que os administradores se encontram adstritos no exercício da sua actividade.

IV. Ilustremos a problemática:

Teotónio administrador da sociedade “Sea Constructions, SA”, que se dedica à construção civil no Algarve, pretende construir um aldeamento junto à Ria Formosa, dentro do parque natural, de modo a conseguir uma localização privilegiada, para obter um valor muito superior ao de mercado na venda dos apartamentos, gerando lucros excepcionais.

Com esse intuito, Teotónio, adquire um terreno rural (sem possibilidade de construção) ao Sr. Josefino por um preço simbólico, pedindo depois ao Arquitecto Miguel que elabore o projecto, e combina um almoço com um amigo de infância, o Dr. Manuel, vereador do urbanismo na Câmara Municipal de Tavira, no qual tenta convencer o amigo a deixar de fora o referido terreno na alteração do Plano Director Municipal em curso. Para isso, promete que a sociedade lhe doará um apartamento no aldeamento, e “fundos” para a “Fundações Corações Manuelinos” a constituir pelo vereador, o qual, após negociar o valor desta para 2.000.000,00€, aceita a proposta, pedindo uma garrafa de Don Perignon para brindar ao “negócio”.

As decisões de Teotónio são empresariais, no entanto a de negociar a aprovação do projecto junto do Vereador, embora vise o lucro, configura também o crime de Tráfico de Influências, punido pelo art.º 355 do Código Penal. Neste caso a decisão

⁸⁶ O administrador de uma sociedade pode visar o lucro adoptando uma postura estática, por exemplo: Tomás, administrador da Sociedade Água d’Alto, SA que possuía 1000 acções do BES, vendo a sua queda abrupta em Agosto de 2014, decide esperar que as mesmas recuperem para depois as vender. Tal acabou por não acontecer com o colapso do banco, gerando perdas para a sociedade. Existiu aqui uma omissão, que consubstancia uma decisão empresarial, a qual possuía um *business risk* elevado, e tendo de facto gerado perdas para a sociedade, mas que se encontra dentro do âmbito da sua criatividade e experiência, bem como da legalidade, sendo por isso de aceitar.

ultrapassa claramente as ICRAM por consubstanciar um ilícito penal, violando sem dúvida os deveres dos administradores.

Cada decisão empresarial dos administradores (**consubstancie ela uma acção ou omissão**), de um ponto de vista estritamente *corporate*, é aceitável se se encontrar dentro das ICRAM. Penalmente, a responsabilidade advirá da prática de ilícitos penais, ou da permissividade em permitir que esses ocorram.

V. No entanto, uma omissão pontual é distinta de uma omissão generalizada da função de administração, situação esta que ocorre no caso do administrador meramente de direito, caso em que não existe uma decisão empresarial por omissão, mas uma omissão contínua e generalizada da própria administração, porque o administrador apenas de direito, simplesmente não exerce a sua função, não tomando decisões empresariais, e omitindo totalmente a administração da sociedade. Exige portanto tratamento diferenciado.

Exemplificando:

“Tiago, conhecido skater profissional, herdou em 2000, do seu pai, Augusto, a totalidade das quotas da Sociedade “Oriental Spa, Lda”. Não se interessando pela sociedade, combina com Marília, colaboradora da sociedade, que a mesma a pode gerir, desde que os lucros revertam para o primeiro, embora continue a ser Tiago o gerente da sociedade. Tiago em 15 anos nunca se deslocou à empresa, nem praticou actos de gerência.”

No caso, Tiago omite por completo as suas funções de administrador, nunca praticando qualquer acto de administração da mesma, e embora seja legalmente o gerente da sociedade, não o é de facto. Estamos perante um administrador meramente de direito, e uma situação de omissão generalizada da administração da sociedade.

E é esta a natureza jurídica da actuação dos administradores apenas de direito.

CAPÍTULO VI

OS DEVERES DOS ADMINISTRADORES

I. Como refere Gabriel Ramos⁸⁷, a posição jurídica dos administradores não se configura apenas como sujeição a deveres, correspondendo pelo contrário, segundo Engrácia Antunes⁸⁸ e Menezes Cordeiro⁸⁹, a um complexo uno de direitos e obrigações inerentes à qualidade de administrador, consubstanciando um estatuto jurídico complexo.

No que aos deveres concerne, a lei estabelece no art.º 64 do Código das Sociedades Comerciais⁹⁰ dois deveres gerais: de cuidado e de lealdade; e ainda um elenco disperso de deveres específicos em várias disposições legais ao longo desse diploma, referidos consoante matérias específicas da vida societária.

Existem assim dois tipos de deveres: **específicos** e **gerais**. Os primeiros impõem uma determinada conduta com um certo grau de concretização, enquanto que os segundos determinam um tipo de conduta de carácter mais genérico, a concretizar posteriormente perante o caso concreto.⁹¹ Os *deveres legais específicos ou vinculados*^{92 93} são determinados por natureza, ao invés dos deveres gerais que configuram “*padrões abstractos de comportamento que conformam caso a caso, como*

⁸⁷ GABRIEL RAMOS, *obra citada* pp. 847

⁸⁸ ENGRÁCIA ANTUNES, “*Direito das Sociedades*”, 3.ª edição, 2012, pp. 318

⁸⁹ MENEZES CORDEIRO, “*Manual de Direito das Sociedades – I – Parte Geral*”, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2011

⁹⁰ Art.º 64 n.º 1 CSC: “*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; e b) Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses de outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores. ...*”.

⁹¹ MARIANA FIGUEIREDO, “*Business Judgment Rule e a sua Harmonização com o Direito Português*”, 2011, pp. 9

⁹² RICARDO COSTA, *obra citada* pp. 163

⁹³ Estes deveres caracterizam-se pela ausência de discricionariedade na acção do administrador, isto é, existe uma imposição de uma conduta ou de uma omissão. De referir aqui o argumento de que se se pode impor uma omissão ao administrador, também poderemos condenar uma omissão voluntária do mesmo. Prosseguindo, basta uma breve discorrência pelo CSC (mas não só), para descortinarmos alguns deles: art.º 6 n.º 1 a 3 : *não celebrar actos e negócios jurídicos que desrespeitem o objecto da sociedade*; art.º 35 : *convocar ou requerer a convocação de uma Assembleia Geral no caso de perda de metade do capital; entre muitos outros.*

normação da conduta devida, a actuação dos administradores e gerentes no exercício da sua função”⁹⁴, não possuindo conteúdo definido, com margem discricionária.

II. Antes da reforma do direito societário em 2006, estabelecia-se nesse art.º 64⁹⁵ um dever geral⁹⁶ para os membros dos órgãos de administração das sociedades, segundo o qual estes deveriam actuar com a *diligência de um gestor criterioso e ordenado*. Dever que possuía três interesses como guias: os da sociedade, os dos sócios, e os dos trabalhadores (atribuindo um papel preponderante ao primeiro⁹⁷).

A doutrina, na pré-reforma⁹⁸, como Horta Osório⁹⁹, tendia a defender a existência desse dever geral de vigilância, o qual compreendia diversos deveres laterais e secundários do administrador perante a sociedade. Também Coutinho de Abreu¹⁰⁰ defendia a existência desse dever geral, o qual seria passível de concretização, redundando na obtenção de deveres específicos.

III. A alteração de 2006 teve grande influência do direito societário norte-americano, no qual também se entende que os administradores possuem dois deveres, um *duty of care* e um *duty of loyalty*¹⁰¹, os quais o nosso legislador veio a estipular em 2006 como deveres fundamentais do Administrador¹⁰². Entende-se ainda que o conteúdo do *duty of care*¹⁰³ possui 4 imposições:

⁹⁴ MENEZES CORDEIRO, “*Manual de Direito das Sociedades*”, vol. I, pp. 779 ss., pp. 809, 810-811, 820; COUTINHO DE ABREU, “*Deveres de Cuidado e de lealdade*”, p. 17 e ss.

⁹⁵ Redacção do art.º 64 CSC pré-reforma: “*Dever de Vigilância: os gerentes, administradores ou directores de uma sociedade devem actuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e trabalhadores...*”

⁹⁶ A própria epígrafe do artigo fala num Dever de Vigilância dos administradores / Gerentes.

⁹⁷ Assim, o interesse da sociedade figurava como principal “guia” do dever dos administradores das sociedades, não invalidando que complementarmente se tomassem em consideração os interesses dos sócios e dos trabalhadores. Tal opção compreende-se pelo facto de o interesse da sociedade ser a razão de ser da própria sociedade.

⁹⁸ Chamemos assim à legislação anterior à reforma do CSC de 2006, com especial foco no seu art.º 64.

⁹⁹ HORTA OSÓRIO, “*Da Tomada do Controlo de Sociedades (Takeover) por Leveraged Buy-Out e sua Harmonização com o Direito Português*”, 2001, pp. 238-239

¹⁰⁰ COUTINHO DE ABREU, “*Responsabilidade Civil dos Administradores da Sociedade*”, 2.ª ed., 2010, pp.16-17, nota 26

¹⁰¹ Em especial baseamo-nos aqui nos *Principles of of Corporate Governance*.

¹⁰² A influência norte-americana justifica-se pela enorme experiência em *corporate law* dos EUA, pela economia que possuem (a mais forte e evoluída mundialmente), onde o fenómeno das sociedades e dos administradores mais evoluiu, tendo a doutrina, a jurisprudência e a legislação, obrigatoriamente acompanhado essa evolução.

¹⁰³ Onde nos focamos por ser de maior interesse ao objecto da dissertação, uma vez que o *duty of loyalty* se aplica mais na relação do Administrador com os accionistas/sócios e com a sociedade.

1. *Duty to monitor* - ou seja, o dever de vigilância, concretizável como a obrigação de o administrador estar atento à situação da sociedade, quer no âmbito económico-financeiro¹⁰⁴, quer no humano¹⁰⁵;
2. *Duty of inquiry* – dever de aferir da veracidade das informações com que trabalhar, tendo de as verificar;
3. *Duty to use reasonable decision making process* – dever de nas decisões empresariais utilizar um processo que lhe permita obter informação suficiente para a tomada de decisão de forma racional;
4. *Duty to take reasonable decision* – nas elucidativas palavras de Vânia Magalhães¹⁰⁶, “...o dever de tomar e executar decisões razoáveis, equitativas e ponderadas...”.

Duty of care que possui depois no plano jurisdicional a *business judgement rule* como instrumento de controlo, funcionando esta como *standart of review* à posteriori da conduta dos administradores.

A nosso ver, o dever de cuidado é mutável, pois tal como não existem dois seres humanos iguais, também não existem dois administradores, nem duas sociedades, iguais. Podem apresentar semelhanças sim, mas nunca uma igualdade absoluta.

No nosso sistema, o dever de cuidado é configurado como dever geral, não possuindo objecto fixo e definido, sendo mutável por natureza consoante o caso concreto, dependendo o seu conteúdo de certos factores. Ricardo Costa¹⁰⁷, neste tema defende a existência de diversos factores casuísticos que moldam o seu conteúdo, por exemplo: o tipo, o objecto, a dimensão da sociedade, a natureza do seu negócio, o estado da sociedade, a forma de obtenção da sociedade, entre outros que permitam aferir da sociedade e da sua gestão. Só possuindo um quadro minimamente realístico da sociedade, é que podemos aferir da validade da decisão do administrador e do cumprimento do seu dever de cuidado.

A doutrina tende a descortinar 4 manifestações (com conteúdo mutável) do dever de cuidado¹⁰⁸, tal como nos EUA: i) - *dever de controlar a actividade da sociedade, através da vigilância da suas políticas e práticas;* ii) – *dever de se*

¹⁰⁴ Quer nos seus resultados financeiros, rentabilidade, valor, percurso financeiro, e outros indicadores económicos essenciais para a vida societária.

¹⁰⁵ Referimo-nos aqui ao estrato pessoal da sociedade, corporizado na área de recursos humanos da sociedade.

¹⁰⁶ VÂNIA MAGALHÃES, *obra citada* pp. 390

¹⁰⁷ RICARDO COSTA, *obra citada* pp.166

¹⁰⁸ RICARDO COSTA, *obra citada* pp. 166

informar sobre cada decisão que tome, e de aferir da validade dessa mesma informação; iii) – dever de seguir um processo informado para tomar uma decisão; iv) – dever de tomar decisões substancialmente razoáveis

Tais corolários, no entanto não valem *per se*, sendo necessário interpretar a alínea a) do n.º1 do art.º 64¹⁰⁹, pois a lei fornece um “*critério de actuação diligente que serve de bitola do cumprimento daquela*”¹¹⁰. Este é a “*diligência de um gestor criterioso e ordenado*”, usado para aferir do cumprimentos dos referidos corolários. Estabelece-se uma “*diligência em sentido normativo*”¹¹¹, que traduz “*o grau de esforço exigível para determinar e executar a conduta que representa o cumprimento de um dever*”¹¹². Este critério, reforça a tese de que após a reforma de 2006, o conceito de diligência não desapareceu entre nós, permanecendo como bitola do cumprimento dos deveres, mudando apenas do plano de dever geral, para o de critério aferidor do cumprimento dos deveres. Critério este, mais exigente do que o critério civilística do “*bonus pater familias*”¹¹³, exigindo a lei que esse gestor criterioso e ordenado possua certas qualidades, qualidades essas que vêm estabelecidas ainda na alínea a): “*revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade adequados às suas funções*”.

Parte da doutrina vê aqui uma exigência de profissionalização dos administradores, a qual apesar de inegavelmente útil (e corrente na prática até), não é exigida por lei¹¹⁴, e não o sendo, teremos de aferir se no caso concreto, um administrador mediano com a sua experiência, formação, competências e conhecimentos, agira ou não dessa forma. Para Pais de Vasconcelos¹¹⁵, as mencionadas

¹⁰⁹ Redacção actual do n.º 1 do art.º 64 do CSC – “*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; e b) Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses de outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores. ...*”.

¹¹⁰ Definição que nos é oferecida pela CMVM – “*Respostas à consulta pública n.º 1/2006 sobre alterações ao Código das Sociedades Comerciais*”, disponível em www.cmvm.pt, ponto 2, A – *Temas Gerais/Deveres e Responsabilidade dos titulares dos órgãos sociais*.

¹¹¹ RICARDO COSTA, *obra citada*. Nota de rodapé n.º 45.

¹¹² PESSOA JORGE, “*Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*”, *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, CEF/DGCI, Ministério das Finanças, 1968, p.76

¹¹³ O critério muito utilizado no nosso direito civil (com raízes no direito romano) e que se refere à diligência de um bom pai de família, ou seja, um homem médio.

¹¹⁴ A lei não estabelece a exigência de habilitações académicas para o exercício de funções de administração.

¹¹⁵ PAIS DE VASCONCELOS, “*Responsabilidade Civil dos Gestores de Sociedades Comerciais*”. *Revista – Direito das Sociedades em Revista*. Vol. 1. Ano 1. Coimbra: Almedina, 2009, pp. 18

qualidades funcionam como “*critérios de concretização*” que o Código das Sociedades Comerciais nos fornece: a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade social adequados às funções.¹¹⁶

IV. Quanto ao dever de lealdade, este consiste na obrigação de o administrador se comportar *fairly* na sua relação com a sociedade¹¹⁷, emanando alguns corolários, que de acordo com Coutinho de Abreu, são: “*correção na contratação estabelecida entre os administradores e a sociedade; b) não concorrência com a sociedade; c) não aproveitamento em benefício próprio de oportunidades de negócio societárias, assim como de bens ou informações da sociedade; d) não abusar do estatuto ou posição de administrador*”¹¹⁸. No fundo é o “*dever de os administradores exclusivamente terem em vista os interesses da sociedade e procurarem satisfazê-los, abstendo-se portanto de promover o seu próprio benefício ou interesses alheios*”¹¹⁹.

V. Escortinados os deveres gerais dos Administradores, estes pouca luz nos darão sobre a responsabilização dos Administradores apenas de Direito, pois encontramos-nos perante uma omissão generalizada da própria função de administração (e não perante decisões empresariais omissivas), sem cujo exercício, logicamente deixamos de poder falar em deveres a que o mesmo se encontra sujeito, pois na realidade não existem decisões de administração.

É altura de mudar de perspectiva, auxiliados por Ricardo Costa¹²⁰, (entre outros autores¹²¹) que defende a existência de um dever genérico de administrar e representar a

¹¹⁶ Nas palavras do Acórdão do TRP de 5.2.2009: “*os administradores hão-de aplicar nas actividades de organização, decisão e controlo societários o tempo, esforço e conhecimento requeridos pela natureza das funções, as competências específicas e as circunstâncias*” - Processo nº 0835545, Relator – Pinto de Almeida.

¹¹⁷ MARIA ELISABETE RAMOS, “*Debates Actuais em torno da responsabilidade e da protecção dos administradores – Surtos de Influência Anglo-Saxónica*” Boletim da Faculdade de Direito, Vol. 84, 2008, pp. 598; M.A. EISENBERG, “*Obblighi e responsabilità delle società nel diritto americano*”, *Giurisprudenza Commerciale*, I, 1992, pp. 626

¹¹⁸ COUTINHO DE ABREU, “*Deveres de Cuidado e de lealdade dos administradores*”, pp. 22

¹¹⁹ COUTINHO DE ABREU, *obra citada*, pp. 22

¹²⁰ RICARDO COSTA, *obra citada*, pp. 161

¹²¹ Neste sentido existem diversas posições: como RAÚL VENTURA e BRITO CORREIA, “*Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Anónimas e dos Gerentes de Sociedades por Quotas*”. Boletim do Ministério da Justiça, n.º 192 pp. 112 que referem a existência de um dever de gestão, de fonte legal, baseada nos preceitos que atribuíam aos administradores a competência para a administração e representação da sociedade. Também ILÍDIO RODRIGUES, “*A administração das Sociedades por Quotas e Anónimas – Organização e Estatuto dos Administradores*”, Lisboa: Livraria Petrony, 1990, pp.172 a 180 e 208 a 218; MARIANA FIGUEIREDO, “*A business judgment rule e a sua harmonização com o direito português*”, Tese de Mestrado, disponível em <http://repositorio.ucp.pt>, 2011; PEDRO CAETANO NUNES,

sociedade, dever esse que será depois concretizado pelos deveres de cuidado, de lealdade, e demais deveres específicos expressos na lei.

Entenda-se que os Administradores apenas de Direito não deixam de ser administradores. A partir do momento que aceitam ser titulares do órgão de administração, incluindo registando-se como tal, encontram-se numa posição jurídica complexa, detendo deveres e direito. Um administrador pode optar por não exercer os direitos inerentes ao cargo, mas no que concerne aos deveres a questão afigura-se mais complexa.

Quando o Administrador é indigitado para titular do órgão de administração, fica, desde logo, adstrito ao dever de administrar a sociedade (os restantes deveres prendem-se com o decurso dessa administração). Dever esse que configure um dever de agir, um dever de exercer as suas funções, consubstanciando assim uma posição de garante (posição de control). Parece-nos que um administrador pode decidir não agir pontualmente, encarando tal como uma forma de administrar (mas de forma informada e pensada). O que não pode é repetir tal situação *ad infinitum*, pois tal postura viola esse dever basilar de administrar a sociedade. Um administrador que aceita sê-lo, não pode vir depois adoptar uma postura de negar essa administração. Até pela necessidade que as sociedades têm de uma pessoa física que emane a sua vontade, principal razão para que exista um órgão de administração, e se o titular desse órgão não criar e emanar essa vontade, estará a colocar em causa a própria razão de ser do cargo que ocupa. Razão mais do que suficiente para fundamentar o dever de administrar.

“Corporate Governance”, Coimbra: Almedina, 2006, pp. 18; e ELISABETE RAMOS, “Responsabilidade Civil dos Administradores e Directores de Sociedades Anónimas perante os credores sociais”, Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXIII, Coimbra, 2002, pp. 65; referem a existência de um dever de administrar que adstringe os administradores, colocando a tónica na posição dimensão passiva dessa posição jurídica. Ainda MENEZES CORDEIRO, *obra citada*, pp. 845 e 848; e ENGRÁCIA ANTUNES, “Direito das Sociedades” 3.^a ed., Porto: UCP Editora, 2012, pp. 332; defendem a existência de um poder de gestão que consubstancia uma posição jurídico-activa. PAULO OLAVO CUNHA, “Direito das Sociedades Comerciais”, 5.^a ed., 2012, pp. 704 e 705; refere que a gestão é um elemento do estatuto jurídico activo do administrador.. CARNEIRO DA FRADA, “A Business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos Administradores”, Reforma do Código das Sociedades, Jornadas de Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura, 2007 e COUTINHO DE ABREU “Responsabilidade dos Administradores das Sociedades”, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2010 defendem o dever de administrar como elemento basilar da situação jurídica de administração.

CAPÍTULO VII

ESBOÇO DE UMA CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA DA RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES APENAS DE DIREITO

1. TRILHO

I. Entendemos que o mais elementar dos deveres dos administradores é o de administrar a sociedade, até porque esta necessita de uma pessoa física para expressar a sua vontade, sendo esse o principal propósito desse órgão. A lei, ao estabelecer o registo do administrador aceita este entendimento, exigindo o registo do titular do órgão que forma a vontade colectiva, pressupondo que esse o irá fazer.

Apesar de este dever não se encontrar estabelecido *tout court* na lei, discorre do art.º 64 do Código das Sociedades Comerciais, pois o dever de cuidado aí estabelecido pressupõe a administração da sociedade, dado que se refere à forma de proceder na administração, logo, esta tem de existir para o mesmo se aplicar. Deste modo, o dever basilar do administrador será o de administrar a sociedade, e só depois o de o fazer com o devido cuidado¹²².

No caso dos administradores apenas de direito, a sua actuação consubstancia não omissões pontuais informadas, mas uma omissão generalizada da própria administração, dado que o administrador omite por completo as suas funções, violando esse primordial dever.

II. Exemplificando: *José herdou em 2010 pelo falecimento da sua avó Alice, a totalidade das quotas da sociedade Glória, Import&Export, Lda, que se dedica à importação de produtos artesanais africanos e sua revenda na Europa. José, wild life photographer no Algarve, não tem interesse em gerir a sociedade, pelo que fala com um dos funcionários, Rasjeim, profundo conhecedor do mercado em questão, e acorda que ele pode gerir a sociedade, desde que 80% dos lucros sejam depositados todos os*

¹²² Doutrinariamente aceitam-se dois deveres base: o dever de administrar e o de representar. A nosso ver, o dever de administrar num *latu sensu* abrange também a representação da sociedade, dado que esta é parte da administração.

anos numa conta de José, que fica como gerente. Rasjeim, durante a sua gerência de facto pratica uma série de actos fraudulentos, desde tráfico de influências, a adulterações contabilísticas. Enquanto esta situação se desenrola, José dedica-se à fotografia, não se interessando pela Administração da Sociedade.

Este é o típico caso do administrador apenas de direito, pois José, gerente no registo, não administra a sociedade, violando a confiança da ordem judicial de que emitirá a vontade colectiva. Desde o momento em que aceita ser titular do órgão de administração, fica adstrito ao dever de exercer a administração, o qual consubstancia um dever de agir, pelo que uma omissão na formação e emanção da vontade colectiva, tem de ser responsabilizada.

III. O conteúdo do dever de administrar alcança-se pelos vários deveres que a lei impõe aos administradores, nomeadamente pelos deveres gerais de cuidado e lealdade (e suas prerrogativas), e dos deveres específicos estabelecidos na lei. Salientamos aqui o dever de cuidado, cuja prerrogativa de controlar a actividade da sociedade através das suas políticas e práticas, expressa o cerne do dever de agir que aludimos.

Assim, o administrador (ou gerente), quando aceita ser titular desse órgão de administração, fica adstrito ao dever de exercer essa administração (e fazê-lo de certa forma), o qual consubstancia um dever de agir, que obriga o administrador ao controlo da actividade da sociedade, colocando-o numa posição de garante (posição de controlo) sobre a administração da sociedade, a qual visa neutralizar certos perigos por forma a garantir a integridade de certos bens jurídicos (neste caso a sociedade, mas não só) que possam ser ameaçados.

IV. O nosso direito, como vimos, pune, além das acções, também as omissões, distinção nestas entre crimes omissivos puros - onde o tipo legal prevê uma conduta omissiva (por exemplo o crime de abuso de confiança fiscal previsto no art.º 105 do Regime Geral das Infracções Tributárias¹²³), e crimes comissivos por omissão – nos quais a lei estipula a equiparação, em crimes de resultado, entre as omissões capazes de evitar esse resultado, e as acções que o produzam/pretenham produzir, através da cláusula de equiparação do n.º 1 do art.º10 do Código Penal. Com esta extensão da

¹²³ PEDRO CORREIRA, “A responsabilidade por omissão dos administradores e gestores empresariais”, Revista Portuguesa de Ciência Criminal, Ano 19, Outubro-Dezembro 2009, N.º 4, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 538

responsabilidade penal às omissões, o obstáculo das normas penais estarem redigidas (na sua maioria) punindo acções, deixa de existir.

Estes crimes comissivos por omissão são necessariamente crimes de resultados (naturalmente, pois a omissão só é punível quando pudesse evitar o resultado), nos quais tem de existir uma violação de um dever de agir cujo cumprimento seria adequado a evitar¹²⁴ (ou com elevada probabilidade) o resultado que se verificou.

V. Relativamente à autoria dos factos ilícitos, os titulares dos órgãos de administração são responsáveis enquanto agentes do crime, pois são dele autores (art.º 26 do Código Penal). Já a sociedade que administram, será responsável através de uma ficção jurídica, que transfere a responsabilidade do agente físico, desde que o facto tenha sido praticado em seu nome e interesse (art.º 11 n.º 7 do Código Penal).

No caso dos administradores meramente de direito, estes serão responsáveis de duas formas.

A primeira, quando existam normas incriminadoras de omissões puras, como por exemplo ocorre no crime de abuso de confiança fiscal (ex: no caso de não entrega do IVA ao estado, conforme previsto no art.º 105 do Regime Geral das Infracções Tributárias), sendo nestas responsabilizados pela omissão prevista e punida penalmente, uma vez que enquanto titulares do órgão de administração da sociedade, seriam os obrigados a cumprir a norma.

Na segunda forma, serão responsabilizados por omissão, pelos crimes que permitem que sejam praticados na sociedade, pela permissividade que tiveram, violando o dever de administrar (consubstanciado no dever de agir e na posição de control sobre a sociedade), permitindo essa prática.

Importa sublinhar que a responsabilização dos administradores apenas de direito, não invalida a dos de facto (comumente aceite pela doutrina), nem a responsabilidade colectiva, de acordo com o instituto da responsabilidade cumulativa.

¹²⁴ “...dado ser necessário determinar os efeitos de cada uma das condutas, de harmonia com a teoria da causalidade adequada, acolhida, expressamente no art.º 10 n.º 2 do Código Penal...” – Acórdão STJ de 16.01.1990, Processo nº 040378, Relator: Manso Preto.

2. A PROBLEMÁTICA DO DOLO NOS CRIMES COMISSIVOS POR OMISSÃO

I. Consagrada a regra da equiparação e a punição dos crimes comissivos por omissão, (sem a qual os administradores apenas de direito não seriam responsabilizados pela permissividade que desagua na prática de factos ilícitos através da sociedade) e sendo as normas incriminadoras dos crimes passíveis de serem praticados através da sociedade construídas na sua maioria em torno de condutas activas, o problema que surge é o da harmonização da exigência do dolo com as condutas omissiva.

Em nosso entender as omissões podem ser dolosas ou negligentes, podendo ambas estar abrangidas pela cláusula de equiparação do art.º 10, pois nada na lei o contraria. No entanto, e tendo em conta que a negligência só pode ser punida quando a lei o estabeleça, e sendo os tipos dolosos mais comuns nos casos que interessam a esta dissertação, a questão colocada, dada a maior dificuldade na verificação do dolo nas omissões, ganha importância redobrada.

Sendo o dolo “*a consciência e vontade*”¹²⁵, este possui dois elementos, o conhecimento (*consciência*) que advém da representação da produção do facto típico (elemento intelectual ou cognitivo)¹²⁶, e a predisposição (*vontade*) de aceitar essa consequência como decorrente da sua conduta (elemento volitivo ou emocional)¹²⁷. No elemento volitivo aceitam-se três formas: dolo directo, necessário e eventual. O dolo **directo** consiste na vontade intencional dirigida à realização do facto; o **necessário** na representação de que determinada conduta necessariamente acarreterá essas consequências e a vontade em a realizar; o **eventual** na representação e conformação do agente face à séria probabilidade de realização de um facto ilícito¹²⁸¹²⁹¹³⁰. A diferença desta última para a negligência consciente é o quadro de seriedade com que o autor se

¹²⁵ VICTOR SÁ PEREIRA e ALEXANDRE LAFAYETTE, “*Código Penal Anotado e Comentado*”, Lisboa: Quid Iuris Editora, 2008. pp. 93

¹²⁶ O elemento cognoscitivo do dolo inclui o conhecimento dos elementos descritivos e normativos do tipo, isto é das circunstâncias do facto e de direito que consituem o tipo, permitindo desta forma ao agente orientar a sua vontade - PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE in “*Comentário do Código Penal*”. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2008, pp. 89.

¹²⁷ Neste sentido, VICTOR SÁ PEREIRA e ALEXANDRE LAFAYETTE, *obra citada*, pp. 93

¹²⁸ PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *obra citada*, pp. 90

¹²⁹ VICTOR SÁ PEREIRA e ALEXANDRE LAFAYETTE, *obra citada*, pp. 94

¹³⁰ Tal encontra-se de acordo com a Teoria da Conformação consagrada no art.º 14 n.º 3 do CP, proposta por JOSÉ OSÓRIO na Comissão Revisora de 1963-1964 do CP, traduzindo a expressão alemã *sich mit ihr abfinden*.

conforma, sendo que na negligência consciente não existirá possibilidade séria, mas apenas uma mera previsão.

Nos crimes comissivos por omissão, o tipo subjectivo pode ser doloso ou negligente, no entanto, sem previsão legal só o dolo é punível¹³¹, e a maior parte dos crimes que interessam à presente dissertação (nomeadamente os referidos no n.º 2 do art.º 11 do Código Penal, por serem os passíveis de responsabilizar a sociedade,) são-no.

Centrando-nos no dolo, de acordo com Pinto de Albuquerque¹³², o dolo incluirá nos crimes comissivos por omissão “*a representação e vontade dos elementos objectivos do tipo pelo omitente, incluindo os pressupostos fácticos do dever de garante, bem como dos elementos especiais do tipo subjectivo e, nomeadamente, das intenções (aceitando a representação de uma “realidade equivalente à da intenção”)*”. Nestes crimes, o dolo abrange então tanto os elementos objectivos do tipo, como os pressupostos do dever de administrar – no caso, apenas o facto de se ser administrador, pois esse é o único pressuposto exigível para este dever. Quem é administrador sabe que tem, de acordo com a lei, de administrar a sociedade.

Em rigor, nada impede que uma omissão seja dolosa, nem que a forma de dolo seja a directa ou a necessária¹³³. É o caso, nos parece, dos popularmente denominados “*testas de ferro*”:

Pedro, empresário da noite de Lisboa, possui uma considerável soma monetária de negócios obscuros, e procura investimentos lícitos. Encontrando a sociedade “PerfectPaintings, Lda” em difícil situação financeira, adquire a totalidade das suas quotas. Não querendo gerir por receio que tal atraia atenções indesejadas, convida o seu primo Alberto, advogado, para esse cargo, na condição de este não o exercer, gerindo Pedro a sociedade na prática, o que Alberto, mesmo consciente dos outros negócios do primo, aceita.

Neste caso, Alberto é Administrador meramente de direito (sendo titular do órgão de administração da sociedade – a gerência, permitindo a lei tal dado que aceita a contratação de administradores externos para gerir a sociedade, situação aliás, cada vez mais comum nos dias actuais), pois apenas dá o seu nome para desviar atenções do primo, aceitando o cargo, consciente dos outros negócios do seu primo.

¹³¹ Art.º 13 do CP.

¹³² PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, *obra citada*, pp. 92

¹³³ Apenas se afigura necessário uma correcta subsunção dos factos aos seus elementos.

Imaginando que *Pedro realiza através da sociedade uma série de transacções de quadros, que permitem ocultar a origem de dinheiro proveniente do tráfico de estupefacientes nos seus negócios nocturnos*. Alberto, tendo conhecimento da situação, ao omitir qualquer conduta de oposição à prática do facto ilícito, permitiu a ocorrência do crime de branqueamento de capitais (previsto no art.º 368 - A do Código Penal), sendo responsável de acordo com o art.º 10 n.º 1 do Código Penal, pois permitiu por passividade que o facto ilícito ocorresse. Sendo o tipo em questão doloso, Alberto, tendo conhecimento de toda a situação e sabendo que, só mantendo-a sairia beneficiado porque continuaria como gerente da sociedade, agiu com dolo, omitindo qualquer acção, representando e dirigindo a sua vontade à prática do facto ilícito, consciente de todas as suas consequências¹³⁴.

Não se vislumbram portanto problemas relativamente à existência de dolo directo em condutas omissivas, no entanto, tais situações apenas configuram parte do cômputo geral de situações comissivas por omissão, nem sendo as mais frequentes.

3. SOLUÇÃO DO CASO INICIAL

Voltando ao caso exposto na Introdução, supondo que o crime praticado por Daniel era fraude fiscal, punido no art.º 103 do Regime Geral das Infracções Tributárias, qual a responsabilidade de Martim?

Pelo exposto, (não olvidando que o exposto se aplica igualmente ao direito penal fiscal, dado ser ramo especial), Martim de facto comete uma omissão, a qual é punível através da cláusula de equiparação do art.º 10 do Código Penal. Mas configurando a referida norma incriminadora um tipo doloso, terá Martim agido com dolo ou com mera negligência?

A agir com dolo apenas teria sido com dolo eventual (pois não existe uma representação e vontade dirigidas à prática do facto para se arguir dolo directo ou necessário), o que exige uma representação e vontade expressa numa conformação com uma séria probabilidade da prática do facto. Na prática, tudo irá depender da prova que

¹³⁴ Poderíamos discutir depois se haveria dolo directo ou necessário, dado que a intencionalidade de conduta de Alberto poderia gerar discussão, mas conhecendo a situação e sabendo que não agindo, o facto ilícito iria ocorrer, mesmo não tendo interesse directo nesse acto, pelo menos teria interesse em manter o *status quo* do seu cargo. Assim, pelo menos, existira dolo necessário, pois houve ao não agir, vontade de que o acto fosse praticado, representando as suas consequências ilícitas.

se faça no decurso do processo penal, dado que não existe aqui qualquer tipo de responsabilidade objectiva¹³⁵. Vigorando o principio da presunção de inocência e do *in dubio pro reo*, sem prova, não existe condenação. No caso, a responsabilização de Martim apenas seria aceitável se ele tivesse agido com dolo, ainda que eventual, sendo necessário demonstrar que representou como forte possibilidade a ocorrência do facto ilícito e se conformou com a mesma, omitindo qualquer acção que impedisse a prática do facto (manifestando assim a sua vontade), estando claro consciente da sua função de administrador.

Alterando ligeiramente o exemplo dado, imaginemos que *o crime praticado por Daniel era tráfico de influências, punido no art.º 335 do Código Penal, no qual estava envolvido um membro do Governo Português ao qual foram prometidas vantagens a troco da celebração de um contrato público por ajuste directo, que permitia à Sociedade o fornecimento de ananazes durante 10 anos para eventos públicos do governo. E suponhamos que Martim teria visto Daniel com esse membro do Governo em Lisboa, e teria desconfianças sobre a celebração de um contrato desse género através de conversas que manteve com Daniel dias antes.*

No presente caso, e estando em presença de um tipo doloso, Martim ao não agir, representou e conformou-se com uma séria possibilidade da prática do facto, agindo com dolo eventual (no mínimo), já podendo ser responsabilizado. Tudo dependerá dos indícios que existam e da prova que deles se consiga fazer.

Não é um “*beco sem saída*”, mas apenas um caminho a percorrer no âmbito da prova do dolo, cujas pedras serão os seus indícios.

Se, por outro lado, o facto ilícito tivesse sido um crime de abuso de confiança fiscal, a responsabilidade do administrador apenas de direito já adviria directamente da omissão prevista na norma incriminadora, sem necessidade de recorrer à cláusula de equiparação, uma vez que, sendo o administrador o responsável pela administração da sociedade, estaria abrangido pela norma incriminadora, recaindo a obrigação de realizar a conduta sobre ele em primeiro lugar.

¹³⁵ Na Europa existem ordenamentos onde se pretende estabelecer uma responsabilização colectiva, nomeadamente em França onde o *chef d'entreprise*, ainda que em direito do trabalho “*serai tenu d'une obligation légale de surveillance sur son personel. Le non-respect de la réglementation par l'un de ses subordonnés ne ferait alors que révéler sa propre carence et justifierait sa condamnation pénale*”... “*devrait être considéré comme l'auteur moral de l'infraction*”... – vide ALAIN COEURET e ELISABETH FORTIS – “*Droit Pénal du Travail*”, Paris: Litec, 1998, p.119

4. ESPECIFICIDADES DAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

Embora o que referimos seja transversal a todas as sociedades, são de salientar algumas especificidades existentes nas Sociedades Anónimas, por representarem boa fatia das situações dos ditos administradores apenas de direito.

Conforme vimos, estas sociedades possuem (obrigatoriamente acima de €200.000 de capital social¹³⁶) Conselhos de Administração, os quais, muitas vezes assumem um papel secundário face aos *executive officers*, com especial enfoque no CEO¹³⁷, limitando-se à “*monitorização*”¹³⁸ da actuação dos segundos.

O que ocorre é uma delegação de poderes do conselho de administração nos *executive officers*, permitindo-lhes gerir a sociedade¹³⁹. Tal ocorre por uma razão de promover uma gestão por um gestor profissional à sociedade, mas também por razões de maior praticidade e eficácia na gestão da sociedade, dada a existência de um centro de decisão uno. No entanto, essa delegação de poderes, embora reduza o dever de administração da sociedade não o esgota, nem escusa dele os administradores delegantes, mas apenas reduz o seu âmbito, restringindo-o a uma “*vigilância geral da actuação do administrador..., delegado ou da comissão executiva*”¹⁴⁰, responsabilizando os delegantes pelos factos ilícitos praticados pelos delegados aquando da violação desse dever de vigilância.

Seria o caso por exemplo do *Conselho de Administração da “Nottingham Investments, SA”* composto por três administradores: Miguel, Manuel e Martim, os quais delegam em Henrique, CEO, os poderes para administrar a sociedade. No caso de Henrique praticar o crime de tráfico de influências, os referidos administradores seriam responsáveis por violação do seu dever de vigilância¹⁴¹ da actividade do CEO, processando-se esta responsabilização nos termos já descritos (para ambos os tipos de omissões).

¹³⁶ Art.º 390 n.º 2 CSC

¹³⁷ Chief Executive Officer

¹³⁸ CALVÃO DA SILVA, “*Responsabilidade civil dos administradores não executivos, da Comissão de Auditoria e do Conselho Geral e de Supervisão*”, artigo disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=59032&ida=59049; pp. 2

¹³⁹ Art.º 406 CSC

¹⁴⁰ CALVÃO DA SILVA, *obra citada*, pp. 6

¹⁴¹ Dever distinto do dever de vigilância existente no art.º 64 do CSC pré-2006, dado que o agora referido apenas consubstancia o dever de vigiar a administração delegada (à semelhança da figura geral de delegação em direito).

5. CONCLUSÕES

À luz do nosso direito positivo actual, aceita-se a adstrição dos administradores a um dever primário de administrar a sociedade, o qual consubstancia um dever de agir, cujo conteúdo se define pelo dever de cuidado e suas emanações, considerando como principal prerrogativa uma postura activa na administração da sociedade, acarretando a colocação do administrador numa posição de garante (de control) face à sociedade.

Aceitando-se de igual forma a punibilidade das omissões, sejam puras (quando existam tipos legais que as configure) ou impuras. Nos crimes comissivos por omissão, os administradores apenas de direito, serão punidos através da equiparação que a lei estabelece no art.º 10 n.º 1 do Código Penal, entre a omissão do dever de administrar, e a acção que levou à prática do facto, por não ter impedido que o facto ilícito ocorresse, incumprindo o seu dever de administrar a sociedade (no fundo, incumprimento da posição de garante). Nos crimes omissivos puros, a punição não necessita do recurso à referida cláusula de equiparação, operando directamente da norma incriminadora, pois sendo o administrador o responsável pela administração da sociedade, estaria abrangido pela norma incriminadora.

Nos casos dos crimes comissivos por omissão, haverá que ter presente que os tipos abrangidos podem ser muitas vezes dolosos (e a negligência só pode ser punida quando a lei o estabeleça), sendo mais complexa a verificação deste elemento nas omissões. Contudo, tendemos a aceitar as três formas de dolo: directo, necessário e eventual, sendo que nas duas primeiras enquadram-se as situações atrás explicadas dos chamados “*testas de ferro*”, e na última, os restantes casos de omissões dolosas. Não se considerando a punição da negligência, se não for prevista, pelo que aí a punição do administrador de direito jogar-se-à por assim dizer, na prova de existiu uma representação de uma séria probabilidade da prática do facto ilícito, e uma vontade de conformação com a mesma, ou seja dolo eventual.

Proventura seria menos complexo aceitar uma responsabilidade objectiva, no entanto o objectivo da dissertação foi alcançar uma construção dogmática baseada no direito positivo vigente, bem como o caminho da responsabilidade objectiva nos parece desapropriado, sendo de mesmo de “*rejeitar terminantemente qualquer forma de responsabilidade objectiva pois não se pode aceitar que alguém seja considerado como responsável por um delito apenas porque desempenha uma determinada função ou*

*ocupa um lugar cimeiro dentro da hierarquia empresarial”*¹⁴². Não aceitamos que se abdique da culpa em direito penal, sendo esta um dos elementos do crime, e da punição em direito penal – *nullun crime sine culpa*.

No entanto, por aceitarem a titularidade de um órgão de administração, e violarem o dever de administrar a sociedade, quando a tal se comprometem perante a ordem judicial (*vide* a exigência de registo), os administradores apenas de direito não podem ser desresponsabilizados pelos factos ilícitos que pratiquem (omissões puras) ou permitam (omissões impuras).

E de facto, de acordo com o direito vigente, **podem sê-lo!**

Chegámos ao término do nosso percurso, esperando que o mesmo seja um contributo, ainda que diminuto, para a temática em discussão...

Muito Obrigado!



¹⁴² PEDRO CORREIA, *obra citada*, pp. 537

BIBLIOGRAFIA:

OBRAS CONSULTADAS:

A

- ✚ ABREU, J. M. Coutinho de - in *“Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social”*. Reforma do Código das Sociedades. Coimbra: Almedina, 2007. ISBN 97897224031255

- ✚ ABREU, J. M. Coutinho de - in *“Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades”*. 2.^a edição. Coimbra: Almedina, 2010

- ✚ ANTHERO, Adriano - in *“Comentário ao Código Comercial Portuguez”*. Volume II. 2.^a edição. Porto: Companhia Portuguesa, 1915

- ✚ ANTUNES, José A. Engrácia - in *“Direito das Sociedades: Parte Geral”*. 6.^a edição. Porto: Universidade Católica Editora, 2006. ISBN 978-989-20-3552-9

- ✚ ANTUNES, José A. Engrácia – in *“Direito das Sociedades”* 3.^o edição. Porto: Universidade Católica Editora, 2012

- ✚ ASSUNÇÃO, Filipa Vasconcelos de - in *“A responsabilidade penal das Pessoas Colectivas – Em especial a problemática da culpa”*. Dissertação de mestrado orientado para a investigação [Em linha]. 2013, [Consult: 14.02.2016]. Disponível no site da internet: http://www.fd.lisboa.ucp.pt/resources/documents/RESEARCH/Dissertations/Filipa_Vasconcelos_de_Assuncao.pdf

C

- ✚ CABRAL, João Miguel Santos - in *“O administrador de facto no Ordenamento Jurídico Português*. Revista CEJ, n.º 10, 2.º Semestre, Lisboa, 2008
- ✚ CHINER, Nuria Latorre – *“El administrador de Hecho en las Sociedades de Capital”*. Granada: Editorial Comares, 2003
- ✚ CORDEIRO, António Menezes - in *“Da responsabilidade civil dos Administradores das Sociedades Comerciais”*. Lisboa, 1996
- ✚ CORDEIRO, António Menezes - in *“Manual de Direito das Sociedades – I – Das Sociedades em Geral”*. 2.ª edição. Coimbra: Almedina, 2007.
- ✚ CORDEIRO, António Menezes - in *“Manual de Direito das Sociedades – I – Das Sociedades em Geral”*. 3.ª edição. Coimbra: Almedina, 2011.
- ✚ CORREIA, Eduardo; *“Direito Criminal”*, Vol. I, Coimbra: Almedina; 1971,
- ✚ COSTA, Ricardo; in *“Deveres Gerais dos Administradores e Gestor Criterioso e Ordenado”*. I Congresso Direito das Sociedades em Revista. Coimbra: Almedina, 2011. ISBN 97897224045139
- ✚ COSTA, Ricardo - in *“Responsabilidade Civil Societária dos Administradores de facto”*. Temas Societários, Colóquios n.º 2 – IDET. Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 9789724028286
- ✚ CUNHA, Paulo Olavo; in *“Direito das Sociedades Comerciais”* 5.ª edição, 2012

D

- ✚ DIAS, Augusto Silva; “*O novo direito penal fiscal não aduaneiro – Considerações dogmáticas e Político - Criminais*”, Fisco, n.º 22, Julho (1990), pp. 21-22

E

- ✚ ECHEGARAY, José Luíz Díaz- in “*La responsabilidad penal de los socios y administradores*”. Madrid: Editorial Montecorvo, 1997.
- ✚ EISENBERG, M.A.; in “*Oblighi e responsabilità delle società nel diritto Americano*”. Giurisprudenza Commerciale, I, 1992

F

- ✚ FIGUEIREDO, Mariana; in “*A Business Judgment Rule e a sua harmonização com o direito português*”. Tese de Mestrado. [Em linha]. Porto. 2011. [Consult: 22.12.2015]. Disponível no site da internet: <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/9507/1/Business%20Judgment%20Rule.pdf>
- ✚ FRADA, Manuel Carneiro da - in “*A Business Judgment Rule no Quadro dos Deveres Gerais dos Administradores*”. Jornadas em Homenagem ao Prof. Doutor Raúl Ventura, Coimbra: Almedina, 2007

G

- ✚ GONÇALVES, Maia - in “*Código Penal Português – Anotado e Comentado e Legislação Complementar*”. 12.^a edição. Local: Almedina, 1998

H

- ✚ HORTA OSÓRIO, António – in –“*Da Tomada do Controlo de Sociedades (takeover) por Leveraged Buy-Out e a sua Harmonização com o Direito Português*”. Coimbra: Almedina, 2001. ISBN 9789724015255

J

- ✚ JORGE, Fernando Pessoa; in “*Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*”. Coimbra: Almedina, 1999. ISBN 9789724008738

M

- ✚ MAGALHÃES, Vânia Patrícia Filipa; in “*A conduta dos administradores das sociedades anónimas: deveres gerais e interesse social*”. Revista de Direito das Sociedades, ano 1 (2009) n.º 2

N

- ✚ NASCIMENTO, Paulo Alexandre Azevedo do; in “*A responsabilidade dos gerentes e administradores de facto no CIRE*”. Porto. Tese de Mestrado. [Em linha]. 2012, [Consult: 08.01.2016]. Disponível no site da internet: <http://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/9727/1/Disserta%C3%A7%C3%A3o%20-%20Responsabilidade%20dos%20Gerentes%20e%20Administradores%20de%20Facto%20no%20CIRE.pdf>
- ✚ NUNES CAETANO, Paulo; in “*Corporate Governance*”, Coimbra: Almedina, 2006. ISBN 9789724028125

R

- ✚ RAMOS, Gabriel Freire Silva; in “*A Business Judgement Rule e a diligência do administrador criterioso e ordenado antes da reforma do Código das Sociedades Comerciais*”. Revista de Direito das Sociedades. Ano 5 (2013), n.º4.
- ✚ RAMOS, Maria Elisabete; in “*Debates Actuais em Torno da Responsabilidade e da Protecção dos Administradores – Surto de Influência Anglo - Saxónica*”. Boletim da Faculdade de Direito, Vol. 84, 2008
- ✚ RAMOS, Maria Elisabete; in “*Responsabilidade Civil dos Administradores e Directores de SA perante os Credores Sociais*”. Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXIII, Coimbra, 2012
- ✚ RODRIGUES, Ílidio Duarte - in “*A Administração das Sociedades por Quotas e Anónimas – Organização e Estatuto dos Administradores*. Lisboa: Livraria Petrony, 1990

P

- ✚ PUIG, Santiago Mir – in “*Derecho Penal – Parte General*”, reimpressão da 3.^a edição; Barcelona: PPU, 1995

Q

- ✚ QUINTELA DE BRITO PRAZERES DA SILVA, Teresa Maria - in “*Domínio da Organização para a execução do facto: responsabilidade penal de entes colectivos, dos seus dirigentes e actuação em lugar de outrem*”. Tese de Doutoramento. [Em linha]. 2013, [Consult: 17.01.2016]. Disponível no site da internet: <http://hdl.handle.net/10451/9642>

S

- ✚ SCHUNEMANN, Bernd; in *“Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de politica criminal acerca de la criminalidad de empresa”*. Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XLI, Fascículo II, Madrid: Ministerio de Justicia, 1988

- ✚ SERAFIM, Sónia das Neves – in *“Os deveres fundamentais dos administradores: O dever de cuidado, a Business Judgment Rule e o dever de lealdade”*. Temas de Direito das Sociedades. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. ISBN 9789723219180

- ✚ SILVA, Calvão – in *“Responsabilidade civil dos administradores não executives, da Comissão de Auditoria e do Conselho Geral e de Supervisão”*, disponível em http://www.oa.pt/Conteudos/Artigos/detalhe_artigo.aspx?idsc=59032&ida=59049

- ✚ SILVA, Germano Marques da - in *“Direito Penal Tributário – Sobre a responsabilidade das Sociedades e dos seus Administradores conexas com o crime tributário”*. Lisboa: UCP Editora, 2009

- ✚ SILVA, Germano Marques da - in *“Da responsabilidade individual à responsabilidade colectiva em Direito Penal Económico”*. Revista Direito e Justiça. Lisboa: UCP Editora, 2012

- ✚ SILVA, Isabel Marques da - in *“Responsabilidade fiscal penal cumulativa das sociedades e dos seus administradores e representantes”*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2000. ISBN 972-540014-3

V

- ✚ VASCONCELOS, Pais de; in *“Responsabilidade Civil dos Gestores de Sociedades Comerciais”*. Revista – Direito das Sociedades em Revista. Vol. 1. Ano 1. Coimbra: Almedina, 2009

- ✚ VENTURA, Raúl & CORREIA, Paulo; in *“Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Anónimas e dos Gerentes de Sociedades por Quotas.”*. Boletim do Ministério da Justiça, n.º 192. n.º 192, 193, 194 e 195 (1970)

JURISPRUDÊNCIA CONSULTADA:

- ✚ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 27.03.1990.

- ✚ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 16.01.1990, Processo nº 040378, Relator: Manso Preto, disponível em: www.dgsi.pt.

- ✚ Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, datado de 05.02.2009, Processo nº 0835545, Relator – Pinto de Almeida. Disponível em www.dgsi.pt.

- ✚ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 28.02.2013, Processo nº 189/11.3TBCBR.C1.S1, Relator – Granja da Fonseca. Disponível em www.dgsi.pt.

- ✚ Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, datado de 11.11.2014. Relator – Roque Nogueira, Processo nº 5314/06.3TVLSB.L1-7 Disponível em www.dgsi.pt.

A Responsabilidade dos Administradores Meramente de Direito das Sociedades Comerciais:
- Um trilho para uma construção dogmática

**A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES
MERAMENTE DE DIREITO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS**

—

UM TRILHO PARA UMA CONSTRUÇÃO DOGMÁTICA

MESTRADO FORENSE

UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

HENRIQUE TOMÁS MOREIRA ALVES NABAIS

ABRIL 2016