

sua aquisição, invocando, para o efeito, que tal financiamento não foi aplicado pela sociedade beneficiária na exploração. Contudo, em nossa opinião, tal posição não deverá prevalecer em face dos seguintes argumentos: (i) o financiamento em causa foi utilizado pela sociedade fundida na sua actividade de exploração, na qual se incluía a aquisição e detenção de uma participação na sociedade beneficiária, sendo que o mesmo apenas foi transmitido para a sociedade beneficiária por força da própria operação de fusão; (ii) todos os direitos e obrigações da sociedade fundida são transferidos para a sociedade beneficiária por imposição legal, pelo que na medida em que a sociedade fundida tivesse direito a deduzir os juros em causa, tal direito deve ser mantido pela sociedade beneficiária; e (iii) o financiamento em causa foi utilizado para adquirir uma participação na sociedade beneficiária, logo, em última instância, para adquirir os activos utilizados por tal sociedade no exercício da sua actividade de exploração.

FILIFE ROMÃO E MARTA PONTES*

LATINOAMÉRICA

A RESPONSABILIDADE LEGAL DOS ADMINISTRADORES DAS SOCIEDADES LIMITADAS E A TENDÊNCIA JURISPRUDENCIAL BRASILEIRA NA ATUALIDADE

Introdução

Ao assumir a posição de administrador de uma sociedade empresária limitada, seja com a designação de diretor, presidente ou de outra qualquer, dúvidas e receios bastante fundamentados têm sido suscitados por aqueles que estarão à frente dos mais diversos empreendimentos económicos no Brasil.

É verdade que o exercício da função de gerência ou de direção acarreta uma inegável exposição pessoal e patrimonial para o administrador, na medida em que este poderá ser chamado a responder pessoalmente por obrigações e dívidas diversas da empresa, especialmente no que se refere às dívidas tributárias.

Há, contudo, maneiras de alcançar uma relativa proteção jurídica, minimizando riscos de exposição patrimonial e garantindo ao administrador o exercício de seus deveres com maior tranquilidade.

Como regra geral, os administradores não respondem pelos atos ordinários de gestão empresarial, ou seja, atos de administração praticados com estrita observância das mais diversas disposições legais, dentro dos limites das respectivas competências fixadas no contrato social.

Numa primeira hipótese, se o contrato social estabelecer quais são as competências isoladas dos membros da administração, cada administrador deverá agir dentro dos limites da respectiva atribuição. No âmbito de sua competência contratual, o administrador não será pessoalmente responsável pelas obrigações contraídas em nome da sociedade.

Numa segunda hipótese, se o contrato social não especificar as atribuições dos membros da administração, estes terão, por presunção legal, competência plena de administração. Ou seja, os administradores poderão livremente contrair obrigações pertinentes aos objetivos sociais, respeitadas as disposições legais aplicáveis.

Há apenas uma ressalva quanto ao exercício dos poderes amplos de gestão. Trata-se da alienação e oneração de bens imóveis da sociedade não relacionados com o objeto social da empresa, para os quais a lei exige prévia aprovação de sócios representando a maioria do capital social.

Em qualquer das hipóteses acima, se o administrador agir de forma culposa, com imprudência ou negligência, ou dolosa, violando intencionalmente a lei, tornar-se-á pessoalmente responsável, perante a sociedade e quaisquer terceiros, pelos atos praticados.

Hipóteses legais de responsabilidade pessoal do administrador

As hipóteses de responsabilidade pessoal do administrador de empresas por atos indevidamente praticados estão presentes em variadas legislações, tais como tributária, concorrencial, societária, comercial e ambiental.

Em matéria tributária, por exemplo, o art. 135, III, do Código Tributário Nacional afirma a responsabilidade pessoal do administrador de empresas pelos créditos tributários correspondentes às obrigações resultantes dos atos praticados com abuso de poder ou infração à lei ou ao contrato social.

* Abogados del Departamento de Derecho Tributario de Uría Menéndez (Lisboa).

Já no campo das contribuições sociais destinadas ao custeio da previdência social, o art. 13 da Lei n.º 8.620/93 disciplina a responsabilidade solidária dos sócios das sociedades limitadas, bem como dos administradores, pelos débitos existentes junto à Seguridade Social.

O Código Civil, em seu art. 1015, parágrafo único, igualmente disciplina a responsabilidade pessoal do administrador de empresas, exonerando a sociedade de responsabilidade pelos atos praticados pelos administradores, caso possa demonstrar:

- (i) que a limitação dos poderes de administração estava inscrita ou averbada no registro próprio da sociedade (Junta Comercial ou Registro Civil da Pessoa Jurídica), sendo conhecida do terceiro que indevidamente contratou com a sociedade; ou
- (ii) que a operação praticada não guardava relação com os objetivos sociais da empresa.

Nessas hipóteses, o administrador suportará, com seu patrimônio, os ônus decorrentes da operação indevidamente praticada em nome da sociedade.

Já em matéria penal, há inúmeras hipóteses em que o administrador poderá ser responsabilizado pelos crimes cometidos, especialmente quando há emprego de fraudes na condução da administração da empresa.

A Lei n.º 9.605/1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas decorrentes de condutas potencial ou efetivamente lesivas ao meio ambiente, prevê a responsabilidade pessoal dos administradores, incluindo os membros de conselho de administração ou dos órgãos técnicos da empresa, bem como dos auditores, gerentes, prepostos e procuradores que tenham se omitido ou deixado de impedir a prática, pela sociedade, de crimes contra o meio ambiente.

Com efeito, as hipóteses legais que procuram disciplinar a responsabilidade dos administradores de empresas por atos de gestão indevidamente praticados são cada vez mais numerosas, impondo aos dirigentes de empresas a adoção de cautelas, necessárias a garantir o exercício das funções de administração com tranquilidade e segurança.

A tendência jurisprudencial brasileira na atualidade

Se, por um lado, há vasta previsão legal estabelecendo a possibilidade de responsabilizar os administradores pelos atos de gestão praticados em nome da sociedade, há, por outro lado, uma maciça

construção jurisprudencial que procura limitar e restringir a aplicação indiscriminada dos aludidos preceitos, especialmente no que tange à responsabilidade tributária e penal.

Os acórdãos proferidos pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça demonstram que a responsabilidade do administrador de empresas pressupõe a evidência, por provas contundentes, da ação culposa ou dolosa do agente, ensejando, somente então, sua responsabilização, nos termos do art. 135, III, do Código Tributário Nacional.

Não basta, destarte, existir débito tributário. Com efeito, a mera inadimplência de uma obrigação, decorrente de dificuldades financeiras, não poderia simplesmente ensejar a responsabilidade pessoal do administrador. Exige-se, portanto, a demonstração do nexa causal entre a conduta (culposa ou dolosa) praticada pelo administrador e o resultado (inadimplência da obrigação tributária). Nesse sentido, admite-se a penhora de bens particulares dos administradores para garantir dívidas fiscais de empresas, desde que, contudo, a aferição da responsabilidade destes tenha ocorrido no curso da execução fiscal.

Igual juízo se faz sobre a hipótese de responsabilidade solidária entre a sociedade e seus sócios e dirigentes, por débitos de natureza previdenciária, prevista no art. 13 da Lei n.º 8.620/93. O mesmo Egrégio Tribunal considera aquela disposição integralmente desprovida de validade, na medida em que pretende —indevidamente— alargar a responsabilidade dos sócios e dirigentes das pessoas jurídicas, violando flagrantemente o disposto no art. 135, III, do Código Tributário Nacional (Recurso Especial 720.253-RS (2005/0013679-0), Ministro Relator Luiz Fux. Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de 16 de março de 2006, publicado no Diário de Justiça em 30 de março de 2006).

Importante esclarecer, ademais, que a jurisprudência não acolhe as pretensões de que resultem em responsabilidade penal objetiva para o administrador.

Nesse sentido, em matéria de crimes contra o meio ambiente, em que a aferição da responsabilidade dos culpados constitui, geralmente, tarefa dificultosa, é indispensável a demonstração do vínculo entre a conduta culposa ou dolosa praticada pelo administrador e o crime ambiental praticado (Recurso Especial 838846-MT (2006/0058320-0). Ministro Relator Sr. Gilson Dipp. Acórdão proferido pela 5.^a

Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 17 de agosto de 2006, publicado no Diário de Justiça em 11 de setembro de 2006).

Os mecanismos que possibilitam a mitigação da exposição patrimonial do administrador de empresas

Não obstante a elevada exposição patrimonial a que se sujeita o administrador de empresas, em decorrência das inúmeras previsões legais que autorizam o alcance do seu patrimônio pessoal para garantir obrigações contraídas em nome da sociedade, devemos salientar que a função de gestão corresponde a uma obrigação de meio e não de resultado.

Nesse sentido, o exercício do mandato deve ser feito com diligência e lealdade. O administrador deve sempre agir no interesse da sociedade, cercado dos cuidados técnicos, jurídicos, administrativos e financeiros adequados ao cumprimento dos fins sociais da empresa.

Adicionalmente, o administrador poderá adotar medidas aptas a mitigar os riscos de responsabilização pessoal pelos atos ordinários de gestão, tais como:

- (i) conhecer a extensão contratual e legal de suas responsabilidades, cumprindo e fazendo cumprir normas regulamentares relacionadas às atividades econômicas desenvolvidas pela empresa;
- (ii) exigir da sociedade a definição clara e precisa, no contrato social ou em políticas internas da sociedade, dos poderes de gestão que lhe serão conferidos;
- (iii) submeter aos sócios da sociedade e obter destes a aprovação formal, por escrito, das contas anuais da administração, nos termos da lei;
- (iv) celebrar contratos com os sócios da sociedade estabelecendo a obrigação de obter destes o justo ressarcimento por danos ou custos incorridos em função do regular exercício da gerência; e
- (v) figurar como beneficiário de apólices de seguros especiais contra riscos de ações promovidas por terceiros contra o administrador.

ANA LÚCIA ALVES DA COSTA ARDUIN*

* Abogada del Departamento de Derecho Mercantil en Dias Carneiro Advogados, en Asociación con Uría Menéndez (São Paulo).

INTERNACIONAL

EMISIONES DE OBLIGACIONES EN EL EXTRANJERO POR SOCIEDADES ESPAÑOLAS Y LA NECESIDAD DE CONSTITUIR SINDICATO DE OBLIGACIONISTAS Y NOMBRAR UN COMISARIO

Planeamiento de la cuestión

La introducción de la Disposición Adicional Segunda en la Ley 13/1985, de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros por la Ley 19/2003, de 4 de julio, sobre el Régimen Jurídico de los Movimientos de Capitales y de las Transacciones Económicas con el Exterior y sobre determinadas medidas de Prevención del Blanqueo de Capitales (en adelante, la Ley 19/2003, de 4 de julio) ha supuesto una «revolución» en las estructuras tradicionalmente utilizadas por las empresas españolas para captar recursos ajenos en los mercados internacionales. Así, tras la aprobación de esta norma la gran mayoría de las emisiones de valores representativos de deuda dirigidas a los mercados internacionales que realizan los grupos encabezados por las grandes compañías cotizadas españolas y algunas cajas de ahorro ya no se llevan a cabo a través de vehículos extranjeros —sean estas sociedades domiciliadas en Holanda, Luxemburgo o en algún paraíso fiscal— sino utilizando filiales españolas íntegramente participadas cuyo único objeto es la emisión de títulos de deuda o, en algunos casos, por la propia matriz española.

Las principales características de esta nueva estructura de emisión de obligaciones son las siguientes: (i) el emisor es una entidad española —una sociedad anónima o una caja de ahorros—; (ii) los términos y condiciones de los valores, y de la garantía que presta la sociedad matriz cuando el emisor es un vehículo, se rigen por un derecho extranjero —normalmente el derecho inglés o el derecho del Estado de Nueva York (E.E.U.U.)—; (iii) los valores emitidos cotizan en un mercado secundario organizado de un país O.C.D.E. distinto de España; (iv) las emisiones se dirigen a inversores de los mercados internacionales —i.e., no son emisiones dirigidas al mercado español— y; (v) por motivos fiscales se incluyen mecanismos tendentes a identificar y conocer el lugar de residencia de los inversores.

El objeto de las presentes líneas no es analizar los motivos que determinan este cambio en la estructura «tradicional» de acudir a los mercados internacionales de deuda por las compañías españolas —que