

RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS MEMBROS DOS ÓRGÃOS DE FISCALIZAÇÃO POR ACTOS E OMISSÕES DOS GESTORES DAS SOCIEDADES COMERCIAIS*

*Pelo Dr. Gonçalo Meneses***

SUMÁRIO:

I. Considerações preliminares: a responsabilidade solidária dos membros dos órgãos de fiscalização prevista no n.º 2 do artigo 81.º do Código das Sociedades Comerciais como co-responsabilidade por omissão pela prática de factos danosos da autoria dos gestores das sociedades comerciais.

II. Regime da responsabilidade solidária dos membros dos órgãos de fiscalização pela prática de factos danosos da autoria dos gestores das sociedades comerciais. 1. Sujeitos responsáveis; 2. Pressupostos da obrigação de indemnizar; 3. Danos ressarcíveis. Regime, natureza e fundamento da obrigação solidária de indemnizar a cargo dos membros dos órgãos de fiscalização; 4. Finalidade e natureza jurídica da responsabilidade solidária dos membros dos órgãos de fiscalização por factos danosos da autoria dos gestores das sociedades comerciais. **III.** Conclusões.

(*) O presente artigo corresponde, com pequenas alterações de pormenor, nomeadamente ao nível da actualização da bibliografia entretanto publicada, ao Relatório de Avaliação apresentado pelo autor, no âmbito do curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Empresariais 2008/2009 da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

(**) Advogado.

I. Considerações preliminares: a responsabilidade solidária dos membros dos órgãos de fiscalização prevista no n.º 2 do artigo 81.º do Código das Sociedades Comerciais como co-responsabilidade por omissão pela prática de factos danosos da autoria dos gestores das sociedades comerciais.

É por todos sabido que as normas jurídicas, em regra, são estruturadas, de um lado, por uma previsão (hipótese ou tipo legal) — a chamada *facti-species* — e, de outro lado, por uma estatuição (consequência jurídica), consistindo aquela na situação típica da vida — factos ou conjunto de factos (situação de facto) — cuja verificação em concreto faz desencadear os efeitos jurídicos prescritos nesta⁽¹⁾.

Ora, nesta conformidade, dispõe, sob a epígrafe de «**Responsabilidade dos membros de órgãos de fiscalização**», o n.º 2 do art. 81.º do CSC⁽²⁾ o seguinte:

«2. Os membros de órgãos de fiscalização respondem solidariamente com os gerentes ou administradores da sociedades por actos ou omissões destes no desempenho dos respectivos cargos quando o dano se não teria produzido se houvessem cumprido as suas obrigações de fiscalização.» (sic).

Desta sorte, uma questão, desde logo, se coloca: qual a situação de facto que, uma vez verificada, faz desencadear a consequên-

⁽¹⁾ Cf. sobre a noção e estrutura da norma jurídica em geral, por todos, João BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 13.ª reimpressão, Almedina, Coimbra, 2002, p. 79 e ss..

⁽²⁾ Este preceito provém originariamente do art. 27.º do DL n.º 49 381, de 15 de Novembro de 1969, que apenas se referia aos membros do conselho fiscal. A actual redacção, contém, todavia, uma alteração (a única, na verdade) relativamente à versão original de 1986 operada pela reforma de 2006 do CSC (DL n.º 76-A/2006, de 29 de Março), no sentido precisamente de suprimir a referência aos «directores» das sociedades anónimas anteriormente prevista no âmbito do chamado modelo germânico de governação das mesmas — cf. Abílio NETO, *Código das Sociedades Comerciais Anotado. Jurisprudência e Doutrina*, 4.ª ed., Ediforum, Lisboa, 2007, p. 314, e António MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, p. 293 e s..

cia jurídica fixada naquela norma, designadamente a imposição de um dever jurídico sobre os respectivos destinatários — os membros dos órgãos de fiscalização —, consistente, na verdade, na obrigação de indemnizar?

Ora, atenta a redacção da mesma, bem vistas as coisas, o conjunto de factos que faz desencadear os efeitos jurídicos nela prescritos são, desde logo, os seguintes:

- 1) responsabilidade civil dos gestores⁽³⁾ das sociedades comerciais — cometimento (por acção ou omissão) de factos danosos de autoria dos mesmos («[...] com os gerentes ou administradores da sociedade por actos ou omissões *destes* no desempenho dos respectivos cargos[...]»);
- 2) omissão por parte dos membros dos órgãos de fiscalização do cumprimento das suas obrigações de fiscalização — («[...] *se houvessem cumprido* as suas obrigações de fiscalização.»).

Com efeito, nesta situação, o gestor da sociedade comercial em causa⁽⁴⁾, no exercício das suas funções, cometeu um facto (ilí-

⁽³⁾ Seguimos, pois, aqui de perto o ensino de Pedro PAIS DE VASCONCELOS, em «Responsabilidade Civil dos Gestores das Sociedades Comerciais», in *Direito das Sociedades em Revista*, ano I, vol. I, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 11-32, esp.^{ic} p. 11, n. 1, segundo o qual a pluralidade de designações no Direito Societário Português dos diversos titulares dos órgãos de administração e representação das sociedades comerciais cria uma complexidade tal que importa simplificar, abarcando, deste modo, as diferentes designações (administradores e gerentes) numa única locução genérica — gestor(es).

⁽⁴⁾ Tome-se, pois, em atenção, que embora o preceito em análise, sob ponto de vista sistemático, se encontre na parte geral do CSC (como aliás as demais normas atinentes à responsabilidade civil pela administração e fiscalização das sociedades comerciais), como teremos oportunidade de adiante explicar, não se aplica a todos os tipos societários previstos neste código, mas apenas àqueles que, obviamente, dispõem na sua estrutura organizatória de órgãos de fiscalização.

Por outro lado, neste enfiamento, cumpre afirmar que apenas cuidaremos neste estudo da análise do regime de responsabilidade civil em apreço sob o ponto de vista das sociedades comerciais disciplinadas exclusivamente no CSC, ou seja, as chamadas sociedades comerciais fechadas, sem prejuízo, porém, da referência, quando julgada oportuna, às chamadas sociedades comerciais abertas, sociedades civis ou, inclusive, certos tipos legais societários específicos previstos em legislação extravagante para efeitos de aplicação ou incidência do art. 81.º, n.º 2, do CSC.

cito e culposo) que causou danos a outrem (lesado), assinaladamente, pressuposto o facto de a lei especificar que estamos perante «actos ou omissões destes no desempenho dos respectivos cargos», isolada ou cumulativamente, à sociedade, a credores sociais ou a sócios e terceiros, pelo qual é civilmente responsável nos termos e para os efeitos do disposto nos arts. 72.º, 78.º e 79.º do CSC^(5/6), tendo, em simultâneo, os membros dos órgãos de fiscalização omitido o cumprimento das suas obrigações de fiscalização que, caso tivessem sido observadas, teriam feito com que aqueles não se teriam produzido.

Ou seja, na referida situação, o facto danoso não é cometido (por acção ou omissão) pelos membros dos órgãos de fiscalização, mas antes pelo gestor da sociedade comercial, que é assim autor daquele, não obstante aqueles serem co-responsáveis pelo mesmo, na medida em que caso não tivessem omitido o cumprimento das suas obrigações de fiscalização o mesmo não se teria produzido.

Deste modo, não sendo os membros dos órgãos de fiscalização autores do facto danoso (caso em que o sendo, na verdade, responderão nos termos do art. 81.º, n.º 1, do CSC, isto é, precisamente nos termos previstos para os gestores⁽⁷⁾), são, no

⁽⁵⁾ Com igual conclusão afirmando, por seu turno, que «[...] parece-me que está aqui em causa uma responsabilidade tanto para com a sociedade como para com os sócios e outros terceiros que sejam lesados, pelo que também estes terão legitimidade para lançar mão do disposto no art. 81.º, n.º 2 [do CSC]» (*sic*) — cf. Tiago João ESTÊVÃO MARQUES, *Responsabilidade Civil dos Membros de Órgãos de Fiscalização das Sociedades Anónimas*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 240.

⁽⁶⁾ Para uma síntese analítica de cada um destes regimes de responsabilidade dos gestores das sociedades comerciais à luz do CSC após a reforma de 2006 *vd.*, por todos, Jorge Manuel COUTINHO de ABREU, «Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades», in *IDET, Caderno n.º 5*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, António FERNANDES DE OLIVEIRA, «Responsabilidade Civil dos Administradores», in Paulo CÂMARA, Rui de Oliveira NEVES, André FIGUEIREDO, António Fernandes de OLIVEIRA e José Ferreira GOMES, *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2008, p. 283 e *ss.*, e Pedro PAIS DE VASCONCELOS, [n. 3], p. 11 e *ss.*, com referências bibliográficas.

⁽⁷⁾ A título de exemplo, se o conselho fiscal de uma sociedade anónima tiver dado um parecer favorável à celebração de um contrato entre a sociedade e o seu gestor (o qual responde, independentemente daquele, nos termos do n.º 6 do art. 72.º do CSC) sem a devida autorização do conselho de administração (cf. art. 397.º, n.º 2, do CSC), em conse-

entanto, co-responsáveis, por omissão, pelo mesmo, já que, con-sabidamente, no domínio da omissão juridicamente relevante⁽⁸⁾, esta não gera física ou materialmente o dano, mas é em todo o caso causa deste sempre que se verifique um dever jurídico espe-cial de praticar um acto — a acção juridicamente esperada e devida⁽⁹⁾ — imposto por negócio jurídico ou pela lei (cf. art. 486.º do CC), neste último caso, tanto por normas precepti-vas (normas imperativas do tipo «Tu deves»)⁽¹⁰⁾ que impõem directamente determinado comportamento ao seu destinatário (omissões puras), como indirectamente por normas que impõem a colaboração deste na prevenção de certo resultado punido ou reprovado de outro modo pela mesma (comissão por omis-são)⁽¹¹⁾.

Ora, na situação em análise, foi isto mesmo que se verificou, não tendo os membros dos órgãos de fiscalização realizado a pres-tação (de facto) devida, imposta por um especial dever (*de facere*)

quência do qual resultaram danos para a sociedade, caso em que, ao terem tomado parte directa na execução conjuntamente ou por acordo, é aquele (co-)autor do facto danoso, res-pondendo, por isso, não nos termos do n.º 2 (o que aconteceria se aquele pura e simples-mente tivesse omitido a sua obrigação de emitir um parecer sobre a matéria), mas antes nos termos do n.º 1 do art. 81.º do CSC.

⁽⁸⁾ Que, a mais das vezes, se verifica no âmbito da chamada responsabilidade obrigacional ou contratual, porquanto nesta, na maioria dos casos, o comportamento fal-toso do devedor traduz-se na não realização da prestação devida, portanto, numa omissão — cf. João de MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 10.ª ed., revista e atualizada, Almedina, Coimbra, 2000, p. 528, n. 1.

Aliás, como teremos oportunidade de adiante explicar, tal é exactamente o que acontece no domínio do regime de responsabilidade em análise quando estiver em causa a responsabilidade por danos causados à própria sociedade, visto a responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização revestir nesta situação, na verdade, natureza obriga-cional ou contratual.

⁽⁹⁾ A feliz formulação pertence pioneiramente a Franz VON LISZT, o qual teve assim o ensejo de salientar que, juridicamente, omitir não significa não fazer (ou nada fazer), mas antes não fazer algo que era esperado, razão pela qual o conceito de omissão no plano jurídico não se reconduz à mera inacção, mas, pelo contrário, à abstenção jurídicamente relevante de determinada acção esperada e devida — cf., com amplo desenvolvi-mento acerca do ponto, Pedro Pitta e Cunha NUNES DE CARVALHO, *Omissão e Dever de Agir em Direito Civil. Contributo para uma Teoria Geral da Responsabilidade Civil por Omissão*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 115 e ss..

⁽¹⁰⁾ Cf. João BAPTISTA MACHADO, [n. 1], p. 93 e s..

⁽¹¹⁾ Cf. João de Matos ANTUNES VARELA, [n. 8], p. 528, e p. 551 e s..

que lhes é legalmente⁽¹²⁾ cometido⁽¹³⁾, a saber, o *dever de fiscalizar*, que adiante teremos o ensejo de caracterizar, em tudo paralelo (no âmbito de actuação própria dos membros dos órgãos de fiscalização) ao chamado *dever de administrar* que certa doutrina, com particular destaque para CARNEIRO DA FRADA⁽¹⁴⁾, tem vindo a falar a propósito dos deveres próprios dos gestores, conferindo individualidade, tipicidade e unidade à situação daqueles e exigindo-lhes directamente determinadas condutas (v.g., o exercício do dever de prevenção e do dever de vigilância

(12) Efectivamente, muito embora também o dever em questão possa igualmente resultar dos estatutos da sociedade, sob o nosso ponto de vista, em última análise, o dever de fiscalizar é imposto pela lei e não por aqueles, já que é esta que estabelece a obrigatoriedade de certos tipos societários terem órgãos de fiscalização e, por via disso, se encontram vinculados a um tal dever.

(13) Cf., designadamente, arts. 262.º, n.º 1, e 262.º-A, relativamente às sociedades por quotas, e arts. 272.º al. g), 278.º, 413.º, 420.º, 420.º-A, 422.º, 423.º-F, 423.º-G, 441.º, 444.º, n.ºs 2 e 4, 446.º, n.º 3, 452.º, 453.º, no tocante às sociedades anónimas (e sociedades em comandita por acções, por remissão do art. 478.º), todos do CSC, atento o facto de estas deverem ter um órgão de fiscalização — cf. Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial, vol. II — Das Sociedades*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, p. 61).

(14) «A Business Judgment Rule no Quadro dos Deveres Gerais dos Administradores», in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Professores Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. II, Vária, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 207-249, esp.^{te}, pp. 212-215.

Outros AA. que, entre nós, referem igualmente a existência de um dever de administrar, de gerir ou de gestão pendente sobre os gestores das sociedades comerciais são, desde logo, v.g., Raúl VENTURA e Luís BRITO CORREIA, em «Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Anónimas e dos Gerentes de Sociedades por Quotas. Estudo Comparativo dos Direitos Alemão, Francês, Italiano e Português», in *Separata do BMJ* n.º 192, 193, 194 e 195, 1970, pp. 5-470, esp.^{te} pp. 58-112, Pedro MAIA, em *Função e Funcionamento do Conselho de Administração da Sociedade Anónima*, Maia, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 247-281, Maria Elisabete RAMOS, in *Responsabilidade Civil dos Administradores e Directores de Sociedades Anónimas Perante Credores Sociais*, *Studia Iuridica* 67, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 65 e ss. e p. 77 e ss., e Pedro CAETANO NUNES, *Corporate Governance*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 17 e ss..

Com outra perspectiva, porém, falando diversamente em *poder de gestão ou administração* dos gestores das sociedades comerciais, entendido como um direito potestativo de carácter funcional ou fiduciário que traduz a permissão normativa que estes têm de decidir e de agir, em termos materiais e jurídicos, no âmbito dos direitos e dos deveres dos mesmos, observando regras e agindo segundo os ditames da lealdade veja-se António MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades, vol. I — Das Sociedades em Geral*, 3.ª ed. (ampliada e actualizada), Almedina, Coimbra, 2011, pp. 845-848.

no âmbito, respectivamente, das sociedades por quotas e sociedades anónimas — cf. arts. 262.º-A e 420.º-A do CSC)⁽¹⁵⁾ ou indirectamente a sua colaboração na prevenção de um resultado que é punido ou reprovado de outro modo pela lei [v.g., dever de verificar a regularidade e exactidão da contabilidade e documentos de prestação de contas apresentadas pelos gestores com vista a evitar a perda de metade do capital social — cf. arts. 35.º, 78.º e 420.º, n.º 1, als. b) a g) e n.º 2, al. c) do CSC], cuja inobservância respectiva, consubstancia, deste modo, omissões puras ou comissões por omissão.

Neste enfiamento, aliás, podemos, na verdade, referir que, caracterizando-se a situação em apreço, tudo visto, como uma situação de comparticipação (na qual gestor e membros dos órgãos de fiscalização colaboram para dar vida ao facto danoso)⁽¹⁶⁾, os membros dos órgãos de fiscalização, não sendo, na realidade, autores do facto danoso, são, no entanto, cúmplices por omissão (participantes⁽¹⁷⁾ — auxiliares) relativamente ao mesmo, visto que, como ensina FIGUEIREDO DIAS a propósito dos chamados cri-

⁽¹⁵⁾ Com efeito, dispõe, desde logo, a este propósito, o n.º 5 do art. 420.º-A do CSC que «O revisor oficial de contas que não cumpra o disposto nos n.ºs 1, 3 e 4 [do mesmo artigo] é solidariamente responsável com os membros do conselho de administração ou do conselho de administração executivo pelos prejuízos decorrentes para a sociedade.» (*sic*).

⁽¹⁶⁾ De facto, tal como no âmbito da responsabilidade criminal, é sabido que, muitas vezes, no domínio da responsabilidade civil, várias pessoas (agentes), desta feita designados por comparticipantes, por diferentes formas (autoria, instigação e auxílio, isto é, cumplicidade), colaboram para a produção do dano — cf. João de Matos ANTUNES VARELA, [n. 8], p. 921 e s..

Contudo, segundo nos parece, a importância da figura da comparticipação no domínio do Direito Civil não se prende, como se verifica no Direito Penal, com a determinação dos diferentes papéis que aqueles desempenham na produção do dano (no cometimento do crime, no plano jurídico-penal), com vista a delimitá-los reciprocamente e determinar a forma e medida da respectiva punição (recorde-se, desde logo, que, nos termos do n.º 2 do art. 27.º do CP, é aplicável ao cúmplice a pena fixada para o autor, especialmente atenuada), mas antes com a regra legal de acordo com a qual a sua ocorrência dá lugar à responsabilidade solidária dos diferentes comparticipantes (cf. arts. 490.º e 497.º, n.º 1, do CC).

⁽¹⁷⁾ Efectivamente, conforme escreve FIGUEIREDO DIAS (em *Direito Penal. Parte Geral. Tomo I. Questões Fundamentais. A Doutrinal Geral do Crime*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 757, n. 1), «[...] são “comparticipantes” todos aqueles agentes que, em caso de pluralidade, intervêm no facto; são “participantes” os comparticipantes que não são autores.» (*sic*).

mes de omissão⁽¹⁸⁾ em termos que, ressalvadas as diferenças, são absolutamente transponíveis para o domínio do Direito Privado, em geral, e para o Direito Societário, em particular, de excluir da regra segundo a qual, no âmbito destes, será tido como autor todo aquele que detinha a possibilidade fáctica de intervenção no (e de domínio) do acontecimento e, apesar de sobre ele recair um dever jurídico de acção, não fez uso de tal possibilidade, serão, na verdade, todos «[...] os casos daqueles tipos cuja realização pressupõe, mais que a ausência de acção determinada, **elementos adicionais** relativos ao ilícito típico, por exemplo, uma posição, uma qualidade ou um dever especial [pois, em] [...] casos tais *não pode ser autor* quem não preenche estas exigências adicionais, ainda que mesmo que estejam verificados o dever de acção e a possibilidade de intervenção [pelo que,] [...] Tudo o que pode entrar aqui em consideração é uma responsabilidade por cumplicidade por omissão [...]» (*sic*)⁽¹⁹⁾, acrescentando, aliás, a este respeito, que «Se, como dissemos [...], a possibilidade de intervenção do garante no sentido de afastar a verificação do resultado típico é, em princípio, bastante para caracterizar a sua *autoria*, não parece ficar espaço para aceitação de uma *cumplicidade*. De ressaltar apenas os casos em que a autoria supõe ainda a verificação de pressupostos adicionais, nomeadamente de uma qualidade, uma intenção ou um dever especiais. Neste casos o omitente só poderá ser punido [...] como *cúmplice*.» (*sic*)⁽²⁰⁾.

Com efeito, bem vistas as coisas, no preceito em apreço, a realização ou preenchimento do ilícito-típico ou, em termos jurídico-civis, a concreta verificação da hipótese, tipo legal ou previsão normativa do mesmo, exige um elemento adicional, *maxime* uma qualidade especial, precisamente a de *gestor* na estrita

(18) Na realidade, nos chamados crimes dolosos de omissão, visto que, constitui entendimento generalizado que no âmbito dos crimes negligentes (por acção ou omissão), em virtude de não existir quem assuma o papel de figura central do acontecimento ou tão-pouco uma repartição de papéis relativamente à sua execução, não existe qualquer espaço para uma actuação cúmplice, existindo, por conseguinte, uma concepção unitária de autoria — cf. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, [n. 17], p. 893 e s..

(19) Cf. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, [n. 17], p. 971 e s. — itálico do A.; interpolação nossa.

(20) Cf. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, [n. 17], p. 974 e s. — itálico do A..

medida em que nos seus próprios termos os actos ou omissões danosos praticados no exercício das respectivas funções são deste («Os membros dos órgãos de fiscalização respondem solidariamente com os gerentes ou administradores da sociedade por actos ou omissões destes no *desempenho dos respectivos cargos* [...]»), razão pela qual, para efeitos daquele, apenas os gestores e não os membros dos órgãos de fiscalização são autores do facto danoso, não obstante pender sobre estes um dever de acção (o dever de fiscalizar) e a possibilidade de intervenção, deste modo apenas restando a sua responsabilização, enquanto omitentes, a título de cumplicidade⁽²¹⁾.

⁽²¹⁾ De facto, consabidamente, a ideia central que preside à cumplicidade (auxílio ou participação) é de que esta constitui colaboração no facto do autor e, por conseguinte, a sua responsabilização supõe a existência de um facto principal cometido pelo autor (o chamado facto do autor), existindo, portanto, uma situação de dependência dogmaticamente denominada por *accessoriedade da participação*. O cúmplice (auxiliar ou participante) não é autor, pois não comete por qualquer forma o facto danoso, mas é responsabilizado pela participação (auxílio) no facto do autor — cf. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, [n. 17], p. 825 e ss..

Desta sorte, temos por seguro que, para efeitos do art. 81.º, n.º 2, do CSC, pressuposta a *facti-species* do mesmo (*maxime*, o facto de a responsabilidade solidária ser estabelecida em consequência de actos ou omissões próprias dos gestores, cometidos no desempenho dos respectivos cargos), os fiscalizadores não podem ser tidos como autores do facto danoso, qualquer que seja a forma de autoria em consideração (autoria mediata/imediate; co-autoria ou instigação).

Neste enfiamento, aliás, consideramos não constituir obstáculo a um tal entendimento — atento o facto de art. 81.º, n.º 2, do CSC responsabilizar condutas quer dolosas, quer negligentes, dos fiscalizadores —, a circunstância de o CP (cf. art. 27.º, n.º 1) impor como requisito para a punição da cumplicidade a actuação dolosa do agente, isto porquanto, consabidamente, o Direito Penal tem uma teleologia própria, em boa medida motivada por propósitos político-criminais e considerações de ordem axiológica, deveras distinta da do Direito Privado, com especial incidência no âmbito do referido instituto, já que, tudo ponderado, não faz qualquer sentido punir como cúmplice alguém que tenha prestado auxílio, a título de negligência (portanto, sem dolo, isto é, sem conhecimento da proibição, vontade de realizar o facto proibido e consciência da sua ilicitude), a um facto criminoso. Aliás, neste sentido, note-se que o art. 490.º do CC não estabelece qualquer limitação a este respeito.

Por igual razão, não pensamos que a responsabilidade solidária dos fiscalizadores estabelecida no art. 81.º, n.º 2, do CSC apenas actue quando esteja em causa a prática de um facto doloso por parte do autor — a saber, do gestor da sociedade comercial —, sendo aqueles também responsabilizados quando esteja em causa o cometimento de factos danosos negligentes por parte deste, o que, como é sabido, não se verifica no âmbito do Direito Penal (cf. art. 27.º, n.º 1, parte final, do CP).

Tudo, pois, o que serve para concluir que a responsabilidade (solidária) dos membros dos órgãos de fiscalização estabelecida no n.º 2 do art. 81.º do CSC, constitui, na verdade, uma co-responsabilidade por omissão pela prática de factos danosos da autoria dos gestores das sociedades comerciais⁽²²⁾, na verdade, em estrita conformidade, com o disposto nos arts. 490.º e 497.º, n.º 1, do CC, os quais, desde logo, consagram a responsabilidade solidária dos diferentes participantes no facto danoso⁽²³⁾.

(22) Nesta conformidade, a referida responsabilidade prevista no n.º 2 do art. 81.º do CSC distingue-se, pois, da responsabilidade consagrada no n.º 1 do art. 81.º do CSC, na medida em que esta última configura uma responsabilidade independente dos membros dos órgãos de fiscalização por força da qual estes respondem (perante a sociedade, os credores sociais ou os sócios e terceiros) independentemente da actuação concorrente de qualquer outro agente, nomeadamente, conforme se verifica no tocante ao disposto no n.º 2 do art. 81.º do CSC, dum comportamento próprio, nos termos expostos, do(s) gestor(s) da sociedade comercial em causa: cf., neste mesmo sentido, Tiago João ESTÊVÃO MARQUES, [n. 5], p. 239 e s..

Para uma análise da responsabilidade civil dos membros dos órgãos de fiscalização das sociedades comerciais consagrada no n.º 1 do art. 81.º do CSC vd., desde logo, Torsten ROSENBOOM, «A Responsabilidade Civil de Profissionais que Fiscalizam Sociedades Anónimas Cotadas em Bolsa, em Portugal e na Alemanha», in *Estudos de Direito do Consumidor — 6, Centro de Direito do Consumo*, Coimbra, 2004, pp. 203-252, Gabriela FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil (após a Reforma do Código das Sociedades Comerciais)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 37-55 e p. 67 e ss., e *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, coord. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *IDET — Códigos n.º 1*, Almedina, Coimbra, 2010, vol. I (arts. 1.º a 84.º), pp. 923-942, e Tiago João ESTÊVÃO MARQUES, *idem*, pp. 153-238.

(23) Como teremos oportunidade de adiante referir a responsabilidade dos fiscalizadores para com os credores sociais, sócios e terceiros (arts. 78.º e 79.º *ex vi* do art. 81.º do CSC) reveste a natureza de responsabilidade extracontratual, o que, pelo contrário, conforme já dito, não acontece a respeito da responsabilidade dos mesmos para com a sociedade (art. 72.º *ex vi* do art. 81.º do CSC), a qual apresenta, antes, uma natureza obrigacional.

Todavia, tal circunstância, bem vistas as coisas, não preclui a pertinência da invocação dos arts. 490.º e 497.º do CSC mencionada no texto, já que estes, embora sistematicamente integrados na disciplina legal da primeira das referidas modalidades de responsabilidade civil, ao menos por analogia (art. 10.º, n.ºs 1 e 2, do CC), não deixam de ter plena aplicação no domínio próprio da responsabilidade obrigacional.

II. Regime da responsabilidade solidária dos membros dos órgãos de fiscalização pela prática de factos danosos da autoria dos gestores das sociedades comerciais.

1. Sujeitos responsáveis.

Conforme visto o art. 81.º, n.º 2, do CSC, estabelece, nos termos atrás expostos, a responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização das sociedades comerciais. Mas quem são estes, na verdade? Quem são, pois, os destinatários desta norma?

A resposta a esta pergunta obriga-nos a efectuar uma rápida, mas em todo caso necessária, incursão pela estrutura de fiscalização⁽²⁴⁾ das sociedades comerciais⁽²⁵⁾.

⁽²⁴⁾ Na verdade, a estrutura de fiscalização referida reporta-se à chamada fiscalização interna, distinta da chamada fiscalização externa, levada a cabo pelo Ministério Público (cf. arts. 172.º e 173.º do CSC), Estado e entidades públicas de regulação e supervisão (p. ex., a CMVM, o Banco de Portugal ou o ISP) e ainda pelas Conservatórias do Registo Comercial.

⁽²⁵⁾ A este propósito importa, desde logo, dizer que o art. 81.º, n.º 2, do CSC não tem qualquer campo de aplicação relativamente às chamadas sociedades civis simples ou sob a forma civil (disciplinadas pelo art. 980.º e ss. do CC), incluindo as sociedades com esta natureza previstas em lei especial (p. ex., sociedades de advogados — cf. arts. 1.º e 2.º do DL n.º 229/2004, de 10 de Dezembro).

Contudo, pelo contrário, atento o disposto no art. 1.º, n.º 4, do CSC, o referido preceito já será aplicável relativamente às sociedades civis sob a forma comercial, isto é, às sociedades civis que, não obstante terem exclusivamente por objecto a prática de actos não comerciais, adoptem um dos tipos societários previstos no art. 1.º, n.º 2, do CSC, assim como, neste enfiamento, a determinadas sociedades civis sob a forma comercial previstas em leis especiais [assim, v.g., sociedades anónimas desportivas (SAD) — cf. art. 2.º e 5.º do DL n.º 67/97, de 3 de Abril, alterado pelo DL n.º 107/97, de 16 de Setembro, e pelo DL n.º 303/99, de 6 de Agosto; sociedades gestoras de empresas (SGE), quando, ao abrigo do disposto no art. 2.º do DL n.º 82/98, de 2 de Abril, assumam a forma de sociedade comercial; sociedades de administradores de insolvência (SAI) — cf. arts. 3.º e 8.º, n.º 2, do DL n.º 54/2004, de 18 de Março; mas já não, em nossa óptica, as sociedades de agricultura de grupo (SAG) — cf. art. 10.º do DL n.º 336/89, de 4 de Outubro, alterado, por último, pelo DL n.º 382/93, de 18 de Novembro, que estabelece que a sua fiscalização é exercida pelo Ministério da Agricultura].

Caso particular, a este respeito, são, na verdade, as sociedades de revisores oficiais de contas (SROC), visto que, atento o disposto no art. 94.º, n.ºs 1 a 3, do DL n.º 487/99, de 16 de Novembro, estas podem assumir a natureza de sociedades civis simples ou sob a forma comercial, devendo, deste modo, nesta última situação, em nossa opinião, dispor de um órgão de fiscalização, estando, por isso, sujeitas ao regime de responsabilidade dos respectivos membros estabelecido no art. 81.º, n.ºs 1 e 2, do CSC.

Ora, consabidamente, conforme já tivemos anteriormente o ensejo de o referir (*supra* n. 4), o órgão de fiscalização não existe nalguns tipos legais societários, pode existir noutros e deve existir noutros ainda⁽²⁶⁾.

Com efeito, desde logo, este não existe nas sociedades em nome colectivo e, bem assim, atento o disposto no art. 474.º do CSC, nas sociedades em comandita simples, sendo, por conseguinte, a fiscalização levada a cabo pelos sócios, a quem é, por isso, atribuído um amplo direito de informação (art. 181.º do CSC).

No que diz respeito às sociedades por quotas, nos termos do disposto no art. 262.º, n.º 1 do CSC, pode o contrato de sociedade respectivo estabelecer que esta tenha um conselho fiscal⁽²⁷⁾, sendo que, nos termos do n.º 2 do mesmo, as referidas sociedades que não o tenham devem designar um revisor oficial de contas (ROC) conquanto, durante dois anos consecutivos, ultrapassem dois dos três limites seguintes:

- a) total de balanço — € 1.500.000;
- b) total das vendas líquidas e outros proveitos — e 3.000.000;

(26) Na verdade, em linhas gerais, o fundamento da existência de uma estrutura de fiscalização (órgão de fiscalização) interna nas sociedades comerciais prende-se com a) a defesa dos interesses da sociedade e dos sócios, assegurando que a constituição interna é respeitada; b) a tutela dos interesses das pessoas que contratam com a sociedade; c) a protecção do interesse geral da comunidade, através do bom e regular funcionamento das diversas unidades económicas, garantido a confiança geral dos agentes económicos na idoneidade dos entes colectivos, protegendo-se, portanto, quer o interesse da sociedade e dos sócios, quer o interesse geral (ordem pública societária), razão pela qual boa parte das normas relativas à fiscalização têm natureza injuntiva — cf. António MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades, vol. II – Das Sociedades em Especial*, 2.ª ed. (revista e actualizada), Almedina, Coimbra, 2007, p. 447 e ss..

Nesta conformidade, determinados tipos societários não têm, pois, órgão de fiscalização, já que, atenta a pequena ou média dimensão que na maioria dos casos assumem tal não se justifica, assim se furtando, aliás, a uma pesada máquina burocrática que, desde logo, colocaria em risco o seu próprio normal funcionamento.

(27) Ou, alternativamente, um fiscal único — cf. Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, [n. 13], p. 59, António MENEZES CORDEIRO, [n. 26], p. 449, e J. PINTO FURTADO, «Competências e Funcionamento dos Órgãos de Fiscalização das Sociedades Comerciais», in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Professores Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. I, Congresso Empresas e Sociedades, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 593-619, esp.¹⁰ p. 594.

- c) número de trabalhadores empregados em média durante o exercício — 50.

Na verdade, nestes casos, a designação do ROC só deixa de ser necessária caso a sociedade passe a ter um conselho fiscal ou se dois dos três requisitos acima referidos não se verificarem durante dois anos consecutivos (art. 262, n.º 3, do CSC).

Nos restantes casos, as sociedades por quotas (de pequena dimensão) não terão órgão de fiscalização, sendo a sua fiscalização, no limite, exercida pelos sócios, nomeadamente mediante o exercício do respectivo direito à informação (art. 214.º do CSC) e com recurso ao inquérito judicial (art. 216.º do CSC e arts. 1479.º e 1483.º do CPC).

Questão que a este propósito se deve colocar tem a ver com o facto de se saber se as chamadas sociedades unipessoais por quotas devem ter um órgão de fiscalização, atento, desde logo, o art. 270.º-G do CSC, nos termos do qual são aplicáveis às mesmas as disposições atinentes às sociedades por quotas, excepto as que pressuponham a pluralidade de sócios.

Ora, que os estatutos de uma sociedade unipessoal por quotas possam, na verdade, estabelecer que esta tenha um conselho fiscal ou fiscal único (art. 262.º, n.º 1, do CSC), é coisa que ninguém duvida. Todavia, questão diversa será a de saber se o art. 262.º, n.º 2, do CSC é igualmente aplicável (*rectior*, obrigatório relativamente) às sociedades unipessoais por quotas nos termos do disposto no art. 270.º-G do CSC.

Ora, em resposta a esta questão, importa, desde já, dizer que, muito embora se saiba que, historicamente, as sociedades unipessoais por quotas foram criadas para superar as inconveniências (e, na verdade, o insucesso) do chamado estabelecimento individual de responsabilidade limitada (EIRL) e, por isso, muito em vista do pequeno e médio empresariado⁽²⁸⁾, actualmente *a praxis* tem feito deste tipo societário um meio a que, frequentemente, grandes sociedades (desde logo, multinacionais, nacionais e estrangeiras) e sociedades em relação de grupo recorrem, consti-

(28) Cf., por todos, Ricardo COSTA, *A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português. Contributo para o Estudo do seu Regime Jurídico*, Almedina, Coimbra, 2002, *passim*.

tuindo sociedades deste tipo, ganhando, portanto, a questão em análise toda a pertinência e interesse.

Assim sendo, no pressuposto de que a sociedade unipessoal por quotas preencha os critérios estabelecidos no art. 262.º, n.º 2, do CSC, dispondo, assim, já de uma considerável dimensão, parece-nos que esta estará obrigada, nos termos supraditos, a designar um ROC ou ter um conselho fiscal (ou fiscal único), já que, bem vistas as coisas, de um lado, os preceitos respeitantes à fiscalização das sociedades por quotas estabelecidos nos n.ºs 2 e 3 do art. 262.º do CSC — visando, na verdade, a tutela dos interesses das pessoas que contratam com a sociedade e, bem assim, a protecção do interesse comunitário geral mediante a garantia do bom e regular funcionamento das unidades económicas e da confiança geral dos agentes económicos na idoneidade das pessoas colectivas em questão —, têm natureza injuntiva e, de outro lado, tais preceitos não pressupõem a pluralidade de sócios, não cabendo, conseqüentemente, em nossa óptica, uma interpretação restritiva do art. 270.º-G do CSC.

Por fim, no respeitante às sociedades anónimas e, neste enfiamento, segundo o disposto no art. 478.º do CSC, às sociedades em comandita por acções⁽²⁹⁾, cumpre referir que, após a reforma de 2006⁽³⁰⁾, estas podem adoptar três modelos de governo societá-

⁽²⁹⁾ De notar, contudo, que nestas a lei consagra outrossim o direito de fiscalização e informação que correspondentemente confere aos sócios das sociedades em nome colectivo — cf. arts. 480.º e 181.º do CSC.

⁽³⁰⁾ Efectivamente, a reforma do CSC operada pelo DL n.º 76-A/2006, de 29 de Março, alterou significativamente o panorama normativo do governo das sociedades comerciais, com especial relevo para a introdução, entre nós, do chamado modelo anglo-saxónico de governo das sociedades anónimas, para além de, neste enfiamento, redefinir e reforçar as estruturas de fiscalização e o regime dos fiscalizadores das sociedades comerciais. Sobre tudo isto vd., desenvolvidamente, por outros, Paulo CÂMARA, in «Os Modelos de Governo das Sociedades Anónimas», in *Reformas do Código das Sociedades*, IDET — *Colóquios n.º 3*, Coimbra, 2007, pp. 179-242, e in «O Governo das Sociedades e a Reforma do Código», in Paulo CÂMARA, Rui de Oliveira NEVES, André FIGUEIREDO, António Fernandes de OLIVEIRA e José Ferreira GOMES, *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 9-141, e Gabriela FIGUEIREDO DIAS, em *Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil (após a Reforma do Código das Sociedades Comerciais)*, cit., passim, esp.º pp. 13-36, e em «A Fiscalização Societária Redesenhada: Independência, Exclusão de Responsabilidade e Caução Obrigatória dos Fiscalizadores», in *Reformas do Código das Sociedades Comerciais*, IDET — *Colóquios n.º 3*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 277-334.

rio, nomeadamente, nos termos do art. 278.º, n.º 1, als. *a)*, *b)* e *c)* do CSC, respectivamente, um modelo latino, composto por um conselho de administração e um conselho fiscal; um modelo anglo-saxónico, composto por um conselho de administração, compreendendo uma comissão de auditoria e um ROC, ou um modelo germânico, composto por um conselho de administração executivo, um conselho geral e de supervisão e um ROC^(31/32).

Ora, nos termos do art. 413.º, n.º 1, do CSC, no âmbito do modelo latino, a fiscalização da sociedade compete a um fiscal único que deve ser ROC ou sociedade de revisores oficiais de contas (SROC) ou a um conselho fiscal; ou a um conselho fiscal e a um ROC ou SROC que não seja membro do conselho fiscal⁽³³⁾.

Por outro lado, as sociedades anónimas que adoptem o chamado modelo anglo-saxónico a sua fiscalização apenas é obrigatória (cf. art. 413.º, n.º 2, do CSC) para as sociedades que emitam valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e às sociedades que, não sendo totalmente dominadas por outra com o mesmo modelo de governação, durante dois anos consecutivos ultrapassem dois dos seguintes três limites:

- a)* total do balanço — € 100.000;
- b)* total de vendas líquidas e outros proveitos — € 150.000.000;
- c)* número de trabalhadores empregados em média durante o exercício — 150.

Nestas, atenta a distinção entre fiscalização política (a incidir sobre a actividade da administração e da própria sociedade

(31) Saliente-se, pois, que nas sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e nas sociedades que cumpram os critérios referidos no art. 413.º, n.º 2, al. *a)* do CSC, o conselho geral e de supervisão deve constituir uma comissão para as matérias financeiras, especificamente dedicada ao exercício de certas funções elencadas no art. 441.º als. *f)* a *o)* do CSC — cf. arts. 278.º, n.º 4, e 444.º, n.º 2, do CSC.

(32) Para uma caracterização minuciosa de cada um dos referidos modelos de governo societário vd. Paulo CÂMARA, [n. 30], *ibidem*.

(33) Quanto à composição qualitativa, regime de incompatibilidades e outros aspectos de regime cf. art. 414.º e ss. do CSC. Chame-se à atenção, todavia, que o fiscal único, nos termos do disposto no art. 413.º, n.º 3, do CSC deve ter sempre um suplente, que será igualmente um ROC ou uma SROC.

enquanto ente jurídico e económico) e fiscalização financeira «pura» (revisão de contas)⁽³⁴⁾, ou, bem vistas as coisas, entre fiscalização propriamente dita e revisão legal de contas, aquela é exercida pela comissão de auditoria e esta pelo ROC, razão pela qual constitui a comissão de auditoria o verdadeiro órgão de fiscalização no âmbito das mesmas⁽³⁵⁾.

Refira-se, para mais, que, a circunstância de, nos termos do art. 423.º-B, n.º 1, do CSC, os membros da comissão de auditoria serem administradores da sociedade (claramente assim o indica a letra da lei ao estabelecer que aquela «[...] é um órgão da sociedade composto por uma parte dos *membros do conselho de administração*.», sendo estes, aliás, designados em conjunto e nos mesmos termos dos demais administradores (executivos), para além de lhes ser aplicado um conjunto de preceitos próprio do regime geral dos administradores — cf. arts. 423.º-C e 423.º-H do CSC) não obsta a uma tal conclusão, visto que, atento o facto de o

(34) Cf. Gabriela FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil (após a Reforma do Código das Sociedades Comerciais)*, cit., pp. 18-20, falando de uma dupla actividade fiscalizadora no âmbito das sociedades comerciais e da consequente segregação das funções de fiscalização e revisão de contas pretendida e assumida pela reforma de 2006 do CSC.

(35) Todavia, atento o disposto no art. 420.º, n.º 1, als. c) a f) do CSC *ex vi* do art. 446.º, n.º 3, do CSC e art. 423.º-F al. c) a f) do CSC, a existência de determinada identidade de funções entre a comissão de auditoria e o ROC não afasta uma tal conclusão, já que, para além de o n.º 1 do art. 446.º do CSC ser explícito ao estatuir que, ao lado da comissão de auditoria, o ROC é assim designado para proceder ao exame das contas da sociedade, em paráfrase a Gabriela FIGUEIREDO DIAS, importa dizer que «O art. 423.º-F menciona, nas als. a), b) e h) a q), inúmeras funções e competências de fiscalização que não incidem sobre os aspectos especificamente contabilísticos e financeiros da sociedade, pelo que a função de fiscalização política se pode afirmar, em relação à comissão de auditoria, como preponderante em relação à função de fiscalização financeira.» (*sic*), acrescentado nestoutro passo que «Atente-se, todavia, em que a comissão de auditoria e o ROC — cuja autonomização orgânica em relação àquela persegue, como se disse, um objectivo de segregação das funções política e financeira de fiscalização — partilham algumas funções, provavelmente como medida de reforço de fiscalização [...]. Deste modo, a desejada segregação de funções de fiscalização não terá sido aqui concretizada de um modo absolutamente feliz, já que se verifica uma clara partilha (ou mesmo sobreposição) de funções entre a comissão de auditoria e o ROC. Ao ROC sobra, como função verdadeiramente específica, a da *revisão e certificação legal* das contas, visto possuir a qualidade profissional exigida pela lei para o efeito e ser exigida a sua intervenção profissional nos casos previstos na lei.» (*sic*) (cf. ID., [n. 34], p. 28 e s.).

n.º 3 do art. 423.º-B do CSC lhes vedar o exercício de funções executivas na sociedade e lhes mandar aplicar o regime de incompatibilidades dos membros do conselho fiscal, fiscal único ou ROC (art. 414.º-A do CSC) e de, nos termos do art. 423.º-F do CSC, aqueles cumprirem, sem margem para dúvidas, funções de fiscalização (*proprio sensu*), desde logo, se impõe afirmar que, materialmente, aqueles exercem funções de fiscalização propriamente ditas, estando, por isso, no que diz respeito às mesmas, sujeitos ao regime de responsabilidade civil consagrado no art. 81.º do CSC⁽³⁶⁾.

Por último, no que diz respeito às sociedades anónimas que adoptem o modelo de governação germânico, pressuposta igualmente tal distinção, a função fiscalizadora propriamente dita é exercida, desde logo, pelo conselho geral e de supervisão (cf. art. 441.º do CSC e, *a contrario sensu*, art. 442.º do CSC), constituindo este o verdadeiro órgão de fiscalização das mesmas, cabendo, por sua vez, ao ROC a revisão legal de contas respectiva⁽³⁷⁾.

Assim vista a estrutura de fiscalização das sociedades comerciais, em resposta à interrogação que inicialmente fizemos, resta, portanto, concluir que os destinatários do art. 81.º, n.º 2 do CSC e, por via disso, os sujeitos responsáveis para efeitos do mesmo são, desde logo, os seguintes:

- a) os membros do conselho fiscal;
- b) os membros da comissão de auditoria; e

⁽³⁶⁾ Cf. no mesmo sentido, Paulo CÂMARA, [n. 30], respectivamente, p. 218 e p. 107, e Gabriela FIGUEIREDO DIAS, [n. 34], pp. 40-41 e p. 90, e *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I (artigos 1.º a 84.º), coord. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Almedina, Coimbra, 2010, p. 928 e s., afirmando, aliás, pressuposta a natureza bicéfala das funções dos membros da comissão de auditoria (por acumularem funções de administração e de fiscalizadores da actuação da administração) que a sua intervenção em actos de natureza dissemelhante sujeita-os a regimes de responsabilidade diversos consoante os actos em causa, pelo que apenas perante o acto em concreto e as circunstâncias do caso se pode aferir qual destes — o regime de responsabilidade dos administradores ou o regime de responsabilidade dos fiscalizadores — será o aplicável.

⁽³⁷⁾ Atento o disposto no art. 420.º, n.º 1, als. c) a f) do CSC *ex vi* do art. 446.º, n.º 3, do CSC e art. 441.º als. f) e g) do CSC, *mutatis mutandis*, vale aqui o anteriormente referido a propósito da comissão de auditoria no âmbito do chamado modelo anglo-saxónico de governo das sociedades anónimas.

c) os membros do conselho geral e de supervisão⁽³⁸⁾.

Mas e quanto ao ROC? Está este submetido ao regime de responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização consagrado no art. 81.º do CSC sendo, por força disso, destinatário da norma em análise no presente estudo?

A pergunta tem desde logo toda a razão de ser, porquanto, de um lado, conforme visto, o ROC integra, em diversas situações, a estrutura de fiscalização das sociedades comerciais e, de outro lado, o art. 82.º do CSC estabelece, na realidade, um conjunto de regras de responsabilidade específicas relativamente ao mesmo.

Ora, a resposta a esta questão, em nossa óptica, passa pela distinção acima assinalada entre fiscalização política e fiscalização financeira, isto é, entre fiscalização propriamente dita e revisão legal de contas⁽³⁹⁾, critério a partir do qual o ROC, dentro da estrutura de fiscalização que integra, ao actuar no exercício da primeira — portanto como membro do órgão de fiscalização da sociedade —, responderá nos termos do art. 81.º do CSC, ao passo que quando actuar no exercício da segunda, ou seja, no exercício da função profissional que lhe é específica, diversamente, será responsabilizado nos termos do art. 82.º do CSC, o que implicará, por conseguinte, analisar, em concreto, se o facto

⁽³⁸⁾ A estes terão ainda de se acrescentar outrossim, conforme correctamente alude Gabriela FIGUEIREDO DIAS (cf. ID., Código das Sociedades Comerciais, em comentário, cit., p. 927 e s.), os membros de quaisquer outros órgãos de fiscalização criados em adição ao órgão legalmente imposto em função do regime de governo societário escolhido, em consequência das competências e responsabilidades atribuídas ao órgão por via estatutária ou deliberação da assembleia geral, conquanto a criação e as competências desse mesmo órgão não impliquem um afastamento do regime legal de fiscalização em função desse modelo, por força do chamado princípio da taxatividade ou do *numerus clausus* dos tipos legais de sociedades comerciais adiante mencionado de acordo com o qual também com respeito aos modelos de fiscalização é estabelecido um princípio de *numerus clausus* e consequente proibição de escolha selectiva de elementos de modelos de governação societários diversos (*cherry picking*).

⁽³⁹⁾ Em conformidade com o disposto nos arts. 420.º, n.º 4, 446.º, n.os 1 e 3, 451.º, n.os 2 e 3, e 453.º, n.º 2, do CSC o conteúdo material desta consistirá em a) apreciação do relatório de gestão elaborado pelo conselho de administração; b) exame das contas do exercício; c) elaboração do relatório anual sobre a fiscalização efectuada e d) emissão do documento de certificação legal de contas — cf. Gabriela FIGUEIREDO DIAS, [n. 34], p. 31 e s..

(acção ou omissão) gerador da responsabilidade do ROC foi praticado no âmbito de uma ou outra daquelas funções desempenhadas pelo mesmo⁽⁴⁰⁾.

2. Pressupostos da obrigação de indemnizar.

Com vista a analisar os pressupostos da obrigação de indemnizar nos termos do n.º 2 do art. 81.º do CSC, importa, na realidade, distinguir, de um lado, a conduta do gestor e, de outro lado, a conduta do fiscalizador.

2.1. *A conduta do gestor: prática de um facto danoso gerador de responsabilidade civil. A relevância da conduta de outras pessoas com funções de administração e do administrador de facto.*

Conforme atrás exposto, para que os membros de órgãos de fiscalização possam ser responsabilizados nos termos do disposto no art. 81.º, n.º 2, do CSC terá de se verificar a responsabilidade civil do próprio gestor por factos danosos causados, isolada ou cumulativamente, à sociedade, aos credores sociais e/ou sócios e terceiros, respectivamente, nos termos do disposto nos arts. 72.º, 78.º e 79.º do CSC.

Nesta conformidade, constituindo este um pressuposto implícito daquela norma, os pressupostos, quer gerais (cf. art. 483.º e ss. e art. 798.º e ss. do CC), quer especiais (estabelecidos no art. 72.º e ss. do CSC)⁽⁴¹⁾, da própria obrigação de indemnizar do gestor da sociedade comercial terão de estar preenchidos para que o fiscalizador seja solidariamente responsabilizado pelo facto danoso

⁽⁴⁰⁾ Cf. ID., [n. 34], p. 38 e s. e ID., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário, cit.*, p. 926 e s..

⁽⁴¹⁾ Reconhecidamente, constituindo a responsabilidade civil do gestores das sociedades comerciais um regime especial estabelecido no CSC, não deixa, porém, de estar submetido em tudo o que nele não se encontre disciplinado na regulamentação geral atinente ao referido instituto prevista no CC.

cometido por aquele. O que significará, portanto, que, p. ex., se o gestor cometeu o facto ao abrigo de uma causa de exclusão da responsabilidade⁽⁴²⁾, o fiscalizador omitente não será igualmente responsabilizado, valendo aqui, por conseguinte, toda a dogmática própria da responsabilidade civil dos gestores das sociedades comerciais. De sublinhar, porém, que o facto danoso pelo qual o gestor é responsável, terá de se ter verificado, como a própria lei prescreve, no desempenho do respectivo cargo⁽⁴³⁾.

(42) Assim, a título de exemplo, a não participação do gestor ou sua oposição quando tenha participado na deliberação colegial do órgão de administração que causou danos (art. 72.º, n.º 3, do CSC), a circunstância de o facto (acto ou omissão) gerador da responsabilidade assentar numa deliberação dos sócios ainda que anulável (art. 72, n.º 5, do CSC) e ainda quando o gestor actuar ao abrigo da chamada *business judgement rule* (BJR), ou seja, quando provar que actuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial (art. 72, n.º 2, do CSC).

Sobre a *vexata quaestio* da natureza jurídica da BJR tal-qualmente se encontra consagrada no CSC, vd. António MENEZES CORDEIRO [n. 14], p. 984 e s., perspectivando-a como causa de exclusão da culpa, João CALVÃO DA SILVA, «Corporate Governance – Responsabilidade Civil de Administradores Não Executivos, da Comissão de Auditoria e do Conselho Geral e de Supervisão», in *RLJ*, A. 136, n.º 3940 (Set.-Out. 2006), pp. 31-59, esp.^{ic} p. 54 e ss., também, segundo nos parece, partilhando o mesmo entendimento, Ricardo COSTA, «Responsabilidade dos Administradores e *Business Judgment Rule*», in *Reformas do Código das Sociedades*, IDET – Colóquios n.º 3, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 49-86, esp.^{ic} pp. 73-78, pronunciando-se já no sentido de a mesma actuar simultaneamente como causa de exclusão do ilícito e da culpa do gestor, e Gabriela FIGUEIREDO DIAS, [n. 34], pp. 74-78, tomando, pelo contrário, com argumentação que nos parece sólida, posição no sentido de a referida causa de exclusão da responsabilidade constituir uma causa de exclusão da ilicitude. Em sentido convergente com esta última posição cf., outrossim, Jorge COUTINHO DE ABREU, [n. 6], p. 43, n. 90, António FERNANDES DE OLIVEIRA, [n. 6], p. 290, Nuno CALAIM LOURENÇO, *Os Deveres de Administração e a Business Judgment Rule*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 45, e, segundo nos parece (falando da consagração de uma presunção de ilicitude no art. 72.º, n.º 2, do CSC), Pedro PAIS DE VASCONCELOS, [n. 3], esp.^{ic} p. 21 e p. 24, e «Business Judgment Rule, Deveres de Cuidado e de Lealdade, Ilicitude e Culpa e o Artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais», in *Direito das Sociedades em Revista*, ano I, vol. II, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 41-79, esp.^{pt} pp. 54-60.

Para uma posição crítica quanto à referida consagração de uma presunção de ilicitude no art. 72.º, n.º 2, do CSC vd. António PEREIRA DE ALMEIDA, «A Business Judgment Rule», in *Direito das Sociedades em Revista*, I Congresso, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 359-372, esp.^{pt} 367-372.

(43) Cf., em igual sentido, pese embora, conceptualmente, opte por distinguir a este propósito como pressupostos de aplicação do disposto no n.º 2 do art. 81.º do CSC, designadamente ao nível da referida responsabilidade civil dos gestores das sociedades comerciais 1) a prática de um facto ilícito por parte destes, 2) a produção de um dano à

Mas, isto dito, urge, todavia, questionar: os fiscalizadores, nos termos do art. 81.º, n.º 2, do CSC, são apenas responsáveis solidariamente pelos factos danosos cometido(s) pelo(s) gestor(es) da sociedades comercial?

A pergunta tem, na realidade, toda a razão de ser. Isto porquanto, estatui o art. 80.º do CSC que «As disposições respeitantes à responsabilidade dos gerentes ou administradores aplicam-se a outras pessoas a quem sejam confiadas funções de administração» (*sic*), o que, de imediato, coloca a questão de saber se, para efeitos do art. 81.º, n.º 2, do CSC, verificando-se a prática de um facto danoso de autoria de uma destas pessoas, se o fiscalizador omitente será igualmente responsabilizado.

Ora, em nossa óptica, se nos termos do próprio art. 80.º do CSC se prescreve que àquelas são confiadas funções de administração, em consequência das quais ficam submetidas ao regime de responsabilidade civil próprio dos gestores das sociedades comerciais, então, ao menos por interpretação extensiva, nenhuma razão há para afastar do âmbito de aplicação do art. 81, n.º 2, do CSC o cometimento (por acção ou omissão) de um facto (acção ou omissão) ilícito, culposo e que causou adequadamente danos ao lesado (sociedade; credores sociais; sócios e terceiros), no exercício das respectivas funções, por parte de uma pessoa a quem foi confiada funções de administração nos termos do disposto no art. 80.º do CSC.

Ora, mas quem são, afinal, estas «outras pessoas a quem são confiadas funções de administração»?

A propósito do art. 25.º do DL n.º 49 381, de 15 de Novembro de 1969 (que antecedeu o actual CSC de 1986), que correspondia fundamentalmente ao sobredito art. 80.º do CSC⁽⁴⁴⁾, Raúl VENTURA e Luís BRITO CORREIA⁽⁴⁵⁾, concluíam que as referidas

sociedade, aos credores sociais, aos sócios e terceiros e 3) existência de um nexo de causalidade entre facto ilícito e dano, Tiago João ESTÊVÃO MARQUES, [n. 5], p. 241 e s..

⁽⁴⁴⁾ Com efeito, a versão original do art. 80.º do CSC, em quase tudo idêntica na sua formulação á do art. 25.º do DL n.º 49381, de 15 de Novembro de 1969 (esta apenas se referia, contudo, a «administradores» e não a «gerentes ou administradores»), somente foi alterada pelo DL n.º 76-A/2006, de 29 de Março no sentido de ser retirada na mesma a referência a «directores» — cf. Abílio NETO, [n. 2], p. 313, e António MENEZES CORREIA, [n. 2], p. 293.

⁽⁴⁵⁾ ID., «Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Anónimas e

peçoas à luz da mesma seriam os membros suplentes dos órgãos sociais e membros de outros órgãos da sociedade aos quais o contrato social atribui funções de gestão, mas excluindo, porém, as pessoas que, não fazendo parte dos órgãos societários, recebem por força dos estatutos ou actos posteriores o poder de praticar actos de administração como, p. ex., os directores-gerais, os mandatários e procuradores ou os agentes de administração, já que a responsabilidade destes é disciplinada, relativamente à sociedade, pelo regime geral da responsabilidade obrigacional e, no tocante a terceiros, pelo regime geral da responsabilidade civil extracontratual.

Subscrevendo aquela primeira parte do entendimento professado pelo referidos AA., já Miguel PUPO CORREIA⁽⁴⁶⁾, por sua vez, mostra-se crítico no que diz respeito à segunda, afirmando mesmo que «Parece-me, ao invés, que o intuito do legislador é exactamente o de responsabilizar essas pessoas [...]».

COUTINHO DE ABREU⁽⁴⁷⁾, pelo contrário, criticando a primeira parte do pensamento de Raúl VENTURA e Luís BRITO CORREIA, mostra, porém, concordância no que diz respeito à exclusão dos directores-gerais, mandatários e procuradores e agentes de administração do âmbito de aplicação do art. 80.º do CSC.

MENEZES CORDEIRO⁽⁴⁸⁾, de outra parte, em comentário a este artigo, escreve que «O art. 80.º reporta-se a outras pessoas a quem sejam confiadas funções de administração. Trata-se genericamente, de pessoas que, com delegação da administração, exerçam poderes de gestão e de representação, agindo em nome e por conta da sociedade.» (*sic*).

Ora, conhecidas as posições que têm vindo a ser assumidas a este respeito pela doutrina que dizer de tudo isto? Quem são, pois, as «pessoas» a que o art. 80.º do CSC se refere?

dos Gerentes de Sociedades por Quotas. Estudo Comparativo dos Direitos Alemão, Francês, Italiano e Português», in *Separata do BMJ* n.º 192, 193, 194 e 195, 1970, pp. 5-470, esp.^{te} p. 403 e ss..

⁽⁴⁶⁾ ID., *Direito Comercial. Direito da Empresa*, 12.ª ed., Ediforum, Coimbra, 2011, p. 289.

⁽⁴⁷⁾ ID., [n. 6], p. 105 e s..

⁽⁴⁸⁾ ID., [n. 2], p. 280.

Por nossa parte, tudo ponderado, não nos parece que faça sentido à luz do actual CSC que as «pessoas» a que este preceito se reporta sejam os membros de outros órgãos da sociedade aos quais os estatutos sociais atribuam funções de gestão, já que, nos termos do actual CSC, em conformidade com o chamado princípio da taxatividade ou do *numerus clausus* dos tipos legais de sociedades comerciais, não é lícito atribuir estatutariamente (ou por qualquer outra via) a órgãos inominados no CSC competências legais próprias do órgão de administração e representação⁽⁴⁹⁾.

Nesta conformidade, somos da opinião que, na verdade, as «pessoas» a quem o art. 80.º do CSC se reporta e cujos factos danosos cometidos no exercício de funções, por via disso, no enfiamento do supradito, devem igualmente entrar dentro do âmbito de aplicação do art. 81.º, n.º 2, do CSC, na verdade, mais não são do que os gestores suplentes das sociedades anónimas previstos estatutariamente (arts. 390.º, n.º 5 e 392.º, n.º 10, do CSC), os directores-gerais e os mandatários sem representação da sociedade, mas já não os procuradores e os gestores-delegados. Isto porquanto, para além do caso dos gestores suplentes que não parece colocar dúvidas, no que diz respeito aos directores-gerais e mandatários sem representação, praticando estes actos de gestão, materialmente idênticos aos actos de gestão levados a cabo pelos gestores e, bem assim, atento o facto de o fazerem porque foram incumbidos para tanto («pessoas a quem sejam *confiadas* funções de administração») justifica-se a aplicação do regime de responsabilidade próprio dos gestores das sociedades comerciais (p. ex., a aplicação da BJR), não fazendo sentido diferenciar a sua actuação face às dos próprios gestores, aplicando-lhes, diversamente, o regime de responsabilidade civil comum ou geral. Aliás, bem vistas as coisas, como afirma Miguel PUPO CORREIA⁽⁵⁰⁾, parece de facto constituir intenção da lei a responsabilização destas pessoas, visto que não foi introduzida qualquer restrição com relação ao acto ou título pelo qual lhe são confiadas as respectivas funções de administra-

⁽⁴⁹⁾ Cf. Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, [n. 6], *ibidem*, mas, sobretudo, ID., [n. 13], pp. 72-75.

⁽⁵⁰⁾ ID., [n. 46], p. 640.

ção, não se estabelecendo, outrossim, qualquer limitação quanto ao seu nível e conteúdo.

De outra parte, porém, parece-nos que o art. 80.º do CSC não se reporta já aos procuradores (e mandatários com representação), na medida em que, consabidamente, na relação de representação voluntária (cf. art. 258.º do CC), os efeitos dos negócios jurídicos produzem os seus efeitos jurídicos na esfera jurídica do representado, sendo, em consequência, a responsabilidade resultante ou decorrente daquela regida nos termos gerais. Por outro lado, o dito preceito também não incluirá os gestores-delegados (cf. arts. 261.º, n.º 2, 407.º e 408.º, n.º 2, do CSC), uma vez que estes são sempre gestores da sociedade e, por conseguinte, responsabilizados, inclusive, no respeitante às matérias delegadas, nos termos próprios do art. 72.º e ss. do CSC, não tendo sentido nem sendo necessário que sejam responsabilizados indirectamente por via do art. 80.º do CSC, tanto mais que os gestores delegantes, por força da colegialidade, nos termos do art. 73.º, n.º 1, do CSC, são também responsabilizados pelos factos danosos por aqueles cometidos.

Mas e quanto aos sócios enquanto tais⁽⁵¹⁾? Podem, estes, porventura, ser considerados «outras pessoas a quem são confiadas funções de administração» para efeitos do disposto no art. 80.º do CSC?

Tudo ponderado, atento o facto de, por um lado, nos termos do art. 373.º, n.º 3, do CSC, os sócios, *rectior*, os accionistas, nas sociedades anónimas, puderem deliberar sobre matérias de gestão quando tal for pedido pelo órgão de administração e representação, e, por outro lado, estas deliberações, materialmente, constituírem o exercício de funções de administração que lhes foram confiadas por aquele órgão societário, mormente com a competência legal de exercer a administração da sociedade (cf. arts. 405.º, n.º 1, e 406.º do CSC), nenhuma razão existe, em nossa óptica, para que não

⁽⁵¹⁾ Note-se, pois, que os sócios, tanto nas sociedades por quotas (cf. art. 252.º, n.º 1, do CSC *a contrario sensu*), como nas sociedades anónimas (cf. art. 390.º, n.º 3, do CSC *a contrario sensu*), podem ser designados gestores, situação na qual respondem pelos factos danosos cometidos à sociedade, aos credores sociais e aos (con-)sócios e terceiros nos termos gerais, pelo que, todos estes factos relevam sem mais para efeitos da aplicação do regime de responsabilidade civil previsto no art. 81.º, n.º 2, do CSC.

sejam igualmente tidas como relevantes aquelas mesmas deliberações dos accionistas respeitantes a matérias de gestão, seja por via da sua inclusão na categoria das «outras pessoas» a que se reporta o art. 80.º do CSC, seja, inclusive, ao menos por analogia, directamente para efeitos do disposto no art. 81.º, n.º 2, do CSC, deste modo se concluindo que causando as mesmas danos e encontrando-se reunidos os demais pressupostos da obrigação de indemnizar previstos neste último preceito, tudo levará à responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização⁽⁵²⁾.

Mas e quanto ao chamado administrador de facto? Porventura, produzindo-se factos danosos da sua autoria, encontram-se os fiscalizadores sujeitos à responsabilidade solidária prevista no n.º 2 do art. 81.º do CSC?

Tenha-se em vista que por administrador de facto temos todos aqueles sujeitos que *a)* privados de qualquer designação, exercem substancialmente os poderes que competem aos gestores regularmente designados ou determinam de forma reiterada a conduta dos administradores «oficiais» (administradores na sombra — *shadow directors*)⁽⁵³⁾; *b)* actuam como se fossem gestores, mas com vícios ou irregularidades no título de designação [administradores de facto aparentes — *v.g.*, a deliberação respectiva é nula por incapacidade jurídica do designado — arts. 252.º, n.º 1, e 390.º, n.º 3, do CSC] ou *c)* pessoas que, ostentando uma qualidade de relação com

⁽⁵²⁾ A tal situação, Ricardo COSTA acrescenta ainda que o art. 80.º do CSC poderá desempenhar um papel quando a lei atribua ao(s) sócio(s) — enquanto órgão deliberativo-interno — poderes de administração e de gestão empresarial, em especial (*v.g.*, art. 29.º do CSC) ou em geral (*v.g.*, art. 192.º, n.º 3, do CSC) para efeitos de responsabilidade do sócio ou dos sócios e, outrossim, com total pertinência, nos casos em que a sociedade contratualiza a transferência dos poderes de administração para outra sociedade (ou sujeito não societário) no âmbito de um «contrato de gestão de empresa» por força do qual se gere(m) empresa(s) da sociedade por conta e no interesse desta (e em nome desta ou não), desde que lícito, para efeitos de responsabilidade do «gestor» (sociedade ou não) relativamente a credores e terceiros: cf. ID., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I (artigos 1.º a 84.º), coord. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Almedina, Coimbra, 2010, p. 918 e s..

⁽⁵³⁾ O «administrador na sombra» diferencia-se assim das demais categorias, pela circunstância de, diferentemente destas, não exercer directamente funções de gestão na sociedade, antes dirigindo os gestores *de iure* que as desempenham — cf. Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, [n. 6], p. 101.

a sociedade diversa da de gestor (v.g., sócio maioritário ou único) levam a cabo funções de gestão com a independência que é característica da administração de direito, muito embora não se apresentem perante terceiros como administradores da sociedade (administradores de facto ocultos sob outro título)⁽⁵⁴⁾.

Em todos estes casos, efectivamente, tais sujeitos merecem a qualificação de administrador de facto conquanto coloquem em acção os papéis administrativos no círculo funcional da gestão e com o poder de independência decisória que caracteriza a esfera dos gestores, devendo ainda actuar com a autonomia decisória, que caracteriza outrossim o administrador de direito⁽⁵⁵⁾. Por outro lado, conforme põe em evidência João SANTOS CABRAL⁽⁵⁶⁾, um outro elemento deve, desde logo, ser acrescentado para que estejamos perante um administrador de facto juridicamente relevante, designadamente a indispensabilidade de se verificar o consentimento ou assentimento da sociedade face à actividade desenvolvida pelo mesmo, já que será em resultado da sua verificação que a aceitação de actos de administração por parte da sociedade (via de regra mediante o seu silêncio), embora não exonere de responsabilidade quem os pratique, justifica a vinculação daquela às obrigações contraídas em seu nome face a terceiros.

Nesta acepção uma primeira resposta à pergunta que atrás colocamos poderia ser, caso se entendesse que o administrador de facto se encontra consagrado no art. 80.º do CSC, passar por afirmar que, pressuposto o entendimento exposto relativamente à relação que intercede entre este preceito e o art. 81.º, n.º 2, do CSC, desde logo uma tal resposta não poderia deixar de ser positiva. Contudo, não subscrevendo nós uma tal posição⁽⁵⁷⁾, parece-nos,

⁽⁵⁴⁾ Cf. Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, [n. 6], pp. 99-101, e Ricardo COSTA, «Responsabilidade Civil Societária dos Administradores de Facto», in *Temas Societários, IDET – Colóquios n.º 2*, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 22-43, esp.¹⁶ p. 29 e s..

⁽⁵⁵⁾ Cf. Ricardo COSTA, [n. 54], p. 31.

⁽⁵⁶⁾ «O Administrador de Facto no Ordenamento Jurídico Português», in *Revista do CEJ*, 2.º Semestre 2008, n.º 10 (Jul.-Dez. de 2008), pp. 109-164, esp.¹⁶ p. 136 e s..

⁽⁵⁷⁾ Defendida por AA. como Maria Elisabete RAMOS, [n. 14], p. 180, e Tânia MEIRELES DA CUNHA, em *Da Responsabilidade dos Gestores de Sociedades Perante os Credores Sociais. A Culpa nas Responsabilidades Civil e Tributária*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2009, p. 76 e ss.. Contra, porém, com argumentação que merece a nossa

todavia, que a resposta à pergunta atrás enunciada passa ao invés por outros considerandos, assinaladamente pelo facto de os administradores de facto administrarem em termos efectivos, razão pela qual quando, no exercício de funções de administração, cometem factos danosos (à sociedade, aos credores sociais e/ou aos sócios e terceiros), não se justifica um tratamento desigual relativamente ao administradores de direito (o que é evidente, p. ex., nos administradores de facto aparentes), com isso, aliás, se protegendo, em absoluto, o lesado e garantindo o seu ressarcimento. Com efeito, não se admitindo a sua inclusão para efeitos do art. 81.º, n.º 2, do CSC, estar-se-ia, desde logo, a privar o lesado de ver os danos por si sofridos reparados quando o facto danoso fosse cometido pelo administrador de facto, visto que a responsabilidade do fiscalizador, para efeitos do referido artigo, conforme visto, é uma responsabilidade solidária por factos danosos da autoria do gestor, constituindo seu interesse fundamental garantir o ressarcimento dos danos do lesado, facilitando-lhe a exigência do seu crédito. Para mais, em termos gerais, ao estender-se o âmbito de aplicação do art. 81.º, n.º 2, do CSC também aos factos danosos de autoria dos administradores de facto, salvaguarda-se (ao desencorajar o exercício *de facto* de funções de administração) a observância das normas imperativas que conformam a estrutura organizativa das sociedades comerciais.

Tudo o que nos faz concluir, na impossibilidade de se poder efectuar uma equiparação pura e simples (equivalência integral) entre administrador de direito e administrador de facto (resultante da impossibilidade de se proceder a uma extensão genérica das posições activas e passivas que incumbem *ex lege* aos membros dos órgãos de administração e representação ao mesmo pela habilitação limitada que este tem para praticar certos actos, desde logo, por falta de investidura e competência orgânica — v.g., aquisição da qualidade de liquidatários da sociedade dissolvida — cf. art. 151.º, n.º 1, do CSC)⁽⁵⁸⁾, que o art. 81.º, n.º 2, do CSC, ao

concordância, cf. Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, [n. 6], pp. 105-107, e João SANTOS CABRAL, [n. 56], pp. 142-144.

⁽⁵⁸⁾ Cf. Ricardo COSTA, [n. 54], pp. 36-40, e João de SANTOS CABRAL, [n. 56], p. 161.

menos por interpretação extensiva, é também aplicável aos casos em que o facto danoso é de autoria do administrador de facto.

Por último, em jeito de conclusão, faça-se notar que, existindo (como na *praxis* é a regra) ao lado do administrador de facto um gestor com título suficiente e regular, havendo responsabilidade do primeiro, também haverá, em regime de solidariedade, responsabilidade do segundo (cf. art. 73.º do CSC e arts. 490.º e 497.º do CC).

2.2. *A conduta do fiscalizador.*

Em nota prévia à análise dos pressupostos da obrigação de indemnizar estabelecida no art. 81.º, n.º 2, do CSC relativos à conduta do fiscalizador, cumpre afirmar que a responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização, tal como a dos gestores, assenta nos pressupostos gerais da responsabilidade civil, pelo que, em tudo o quanto não se ache especialmente regulado naquela norma, encontrará a sua disciplina própria no regime geral, consoante os casos, da responsabilidade civil extracontratual (art. 483.º e ss. do CC) ou obrigacional (art. 798.º e ss. do CC)⁽⁵⁹⁾, sendo, por via disso, apenas aqui abordados os pressupostos especiais (e na verdade, apenas na vertente que é especificamente estabelecida na previsão normativa do art. 81.º, n.º 2, do CSC) respeitantes à referida obrigação de indemnizar.

2.2.1. Facto ilícito: omissão do dever de fiscalizar.

Com relação à conduta do fiscalizador, para que haja lugar à obrigação de indemnizar nos termos do disposto no art. 81.º, n.º 2, do CSC, conforme atrás tivemos oportunidade de assinalar, terá, primeiramente, que se ter verificado por parte daquele a omissão do referido dever de fiscalização («se houvessem cumprido as suas obrigações de fiscalização»), o qual, como adiante aprofundare-

⁽⁵⁹⁾ Cf., *infra*, II, 4.

mos, caso tivesse sido cumprido, teria feito com que o facto danoso não se teria produzido⁽⁶⁰⁾.

Este dever de fiscalização, que impõe sobre os membros dos órgãos de fiscalização uma prestação de facto de conteúdo positivo (prestação *de facere*), resulta, conforme dito, da lei, nomeadamente de normas (preceptivas) que impõem directamente uma determinada conduta ao fiscalizador (v.g., dever do presidente da comissão de auditoria de exercer o dever de vigilância, caso em que não o faça é, desde logo, solidariamente responsável com o gestor pelos danos sofridos pela sociedade — cf. n.º 5 do art. 420.º-A do CSC *ex vi* do n.º 2 do art. 423.º-G do CSC) e indirectamente de normas que impõem a colaboração do mesmo na prevenção de certo resultado punido ou reprovado de outro modo naquela (v.g., omissão do dever de emitir um parecer relativamente a contratos celebrados entre a sociedade e o respectivo gestor violadores do dever de lealdade pendente sobre este — cf. arts. 64.º, n.º 1, al. b), e 397.º, n.º 2, do CSC), cuja inobservância materializa, portanto, respectivamente, omissões puras e comissões por omissão.

Mas dito isto, como se relaciona, então, este genérico dever de fiscalizar, concretizado, desde logo, em preceitos como os arts. 262.º, n.º 1, 262.º-A, 420.º, 420.º-A, 422.º, 423.º-F, 423.º-G, 441.º, 444.º, n.ºs 2 e 4, 446.º, n.º 3, 452.º e 453.º do CSC, com os deveres fundamentais legalmente impostos no art. 64.º, n.º 2, do CSC aos fiscalizadores, nos termos do qual «Os titulares de órgãos sociais com funções de fiscalização devem observar deveres de cuidado, empregando para o efeito elevados padrões de diligência profissional e deveres de lealdade, no interesse da sociedade.» (*sic*)?

Na verdade, conforme já tivemos o ensejo de salientar, quer nos parecer que o agregado dos deveres próprios dos membros dos órgãos de fiscalização constitui, pois, o sobredito *dever de fiscalizar*, paralelo no âmbito de actuação daqueles, ao dever de administrar

⁽⁶⁰⁾ Tem, pois, assim inteira razão Tiago João ESTEVÃO MARQUES quando a propósito da caracterização da responsabilidade civil estabelecida no n.º 2 do art. 81.º do CSC afirma se tratar esta não de uma *responsabilidade por factos alheios* (i.e., dos gestores), mas antes de uma *responsabilidade por factos próprios*, respondendo, portanto, o fiscalizador pelo seu próprio comportamento omissivo nos termos aduzidos: cf. ID., [n. 5], p. 243.

que constitui a obrigação típica dos gestores, conferindo individualidade, tipicidade e unidade à sua situação e impondo-lhes directamente certas condutas ou indirectamente a sua colaboração na prevenção de resultados punidos ou reprovados de outro jeito pela lei.

Com efeito, conforme alude CARNEIRO DA FRADA a propósito do dever de administrar em termos que, *mutatis mutandis*, são plenamente cabidos no campo de actuação próprio dos fiscalizadores, importa dizer que o art. 64.º do CSC não exprime adequadamente a obrigação típica destes, já que o dever de prestar que a caracteriza e contradistingue das demais (p. ex., do dever típico do gestor) é, bem vistas as coisas, o referido dever de fiscalização, o qual, na realidade, «[...]representa um conceito-síntese [...], sendo decomponível em diversos deveres em função da concretização (legal ou jurisprudencial) em circunstâncias típicas e de modo a preencher correspondentes necessidades dogmáticas [...]. A sua índole corresponde, no essencial, à de uma posição jurídica compreensiva, passiva, relativa. Como tal, pode perfeitamente comportar no seu seio, não só deveres ou outras situações passivas mais simples, mas elementos activos, como, v.g., a faculdade de informação (de exigir e obter informação) [...]»⁽⁶¹⁾ (*sic*).

Nesta conformidade, os deveres de cuidado consagrados no art. 64.º, n.º 2, do CSC, «[...] não exprim[indo], portanto, [...] qualquer dever de prestar, e muito menos um dever de prestar característico de uma relação obrigacional específica.»⁽⁶²⁾ (*sic*), estabelecem, na verdade, um modo-de-conduta, assinaladamente do referido dever de fiscalizar (que é assim um dever vinculado), impondo o modo como este há-de ser cumprido — *hoc sensu*, com cuidado —, tudo fazendo que os fiscalizadores se encontrem, portanto, obrigados a prestar não apenas uma fiscalização, mas, na realidade, na linha das preocupações de reforço da função fiscalizadora que presidiram à reforma de 2006 do CSC⁽⁶³⁾, uma fiscali-

⁽⁶¹⁾ Cf. Manuel A. CARNEIRO DA FRADA, [n. 14], p. 212 e s..

⁽⁶²⁾ ID., [n. 14], p. 213.

⁽⁶³⁾ Note-se, pois, que a introdução dos deveres fundamentais de cuidado (e outrossim, de diligência e lealdade) a cargo dos fiscalizadores foi operada, efectivamente, pelo DL n.º 76-A/2006, de 29 de Março — cf. Paulo CÂMARA, [n. 30], p. 43, e Gabriela FIGUEIREDO DIAS, [n. 30], p. 284 e s., e [n. 34], p. 50.

zação cuidada (ou cuidadosa — de acordo com as boas ou melhores práticas) que fazendo recair sobre aqueles um princípio de responsabilidade acrescido (como acontece, p. ex., na responsabilidade médica ou, bem vistas as coisas, na responsabilidade dos próprios administradores), em síntese, se caracteriza pelo cumprimento por parte dos membros dos órgãos de fiscalização das suas obrigações de fiscalização legal ou estatutariamente estabelecidas (deveres de conteúdo específico), tudo visto, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade adequado às suas funções⁽⁶⁴⁾, empregando para o efeito elevados padrões de diligência profissional⁽⁶⁵⁾ e deveres de lealdade⁽⁶⁶⁾, no interesse da sociedade^(67/68).

⁽⁶⁴⁾ Efectivamente, não tendo, porém, o legislador, contrariamente ao que fez a propósito do dever de cuidado que estabeleceu a cargo dos gestores, concretizado os «deveres de cuidado» que os fiscalizadores devem observar, parece-nos, no entanto, que, a especificação feita a propósito daquele, *mutatis mutandis*, se mostra claramente reconduzível para o domínio próprio destes.

⁽⁶⁵⁾ Para uma caracterização da diligência enquanto padrão normativo vd., em termos que nos parecem claramente aplicáveis para efeitos do disposto no art. 64.º, n.º 2, do CSC, Fernando PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, reimp., Almedina, Coimbra, 1995, pp. 75-101.

⁽⁶⁶⁾ Conforme observa Gabriela FIGUEIREDO DIAS [n. 34], p. 51 e s., atenta a formulação (pouco feliz) do art. 64.º, n.º 2, do CSC, parece haver uma subalternização do dever de lealdade ao dever de cuidado no âmbito dos deveres fundamentais dos fiscalizadores, contrariamente ao que acontece no plano dos deveres dos gestores, onde o dever de lealdade se encontra autonomizado e nivelado com o dever de cuidado a cargo dos mesmos. Em todo o caso, como salienta a A., o dever de lealdade surge como corolário da natureza fiduciária da relação que se estabelece entre fiscalizador e sociedade, tendo um conteúdo em tudo idêntico ao paralelo dever de lealdade a cargo do gestor, configurando-se como um padrão de comportamento do fiscalizador no sentido de procurar afastar os custos da não coincidência de interesses entre sócios e administração (*management*).

⁽⁶⁷⁾ Interpretado à luz das chamadas teses contratualistas (interesse social é o interesse comum ou colectivo dos sócios enquanto tais) ou, porventura, institucionalistas (interesse social é o interesse comum, não apenas aos sócios, mas inclusive a outros sujeitos, como os trabalhadores, credores sociais e até à colectividade nacional) e respectivas variantes dentro das mesmas. Sobre o estado do debate entre as mesmas, agora revisitado, desde logo, pelas actuais teorias norte-americanas do *shareholder value* e *stakeholder value*, reconduzíveis, na sua essência, respectivamente, às referidas teses cf., por todos, Jorge Manuel COUTINHO DE ABREU, «Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social», in *Reformas do Código das Sociedades, IDET – Colóquios n.º 3*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 15-47, esp.^{1c}, pp. 31-33.

⁽⁶⁸⁾ Para uma concretização de situações nas quais se verifica a violação do referido *dever de fiscalizar* vd., v.g., Tiago João ESTÊVÃO MARQUES, [n. 5], p. 245 e s..

Neste enfiamento, atento o facto de, entre nós, consabidamente, o sistema de responsabilidade civil se encontrar estruturado na diferenciação entre as categorias da ilicitude e da culpa⁽⁶⁹⁾, as quais, embora desempenhem uma função complementar reprovadora da conduta do lesante, distinguem-se, consistindo a primeira na violação do dever-ser (antijuridicidade) e, por isso, actuando sempre no plano geral e abstracto, considerando aquela conduta objectivamente, e a segunda exprimindo um juízo de censurabilidade pessoal sobre a referida conduta, de acordo com a qual é a mesma apreciada em face das circunstâncias concretas do caso, assim atendendo ao lado subjectivo (não obstante na apreciação da negligência se incluir ainda assim elementos de carácter objectivo) do facto danoso⁽⁷⁰⁾, tudo visto, temos para nós, salvo melhor opinião, em conformidade com as diferenças assinaladas entre as ditas categorias que a omissão do dever de fiscalização por parte dos membros dos órgãos de fiscalização se situa no plano da ilicitude. Isto porquanto, não tendo, como se verifica, para efeitos do disposto no n.º 2 do art. 81.º do CSC, os membros dos órgãos de fiscalização exercido a fiscalização — para mais cuidada (ou cuidadosa)! — a que legalmente estão obrigados, realizando a acção juridicamente esperada e devida, desde logo, violaram o dever-ser jurídico, omitindo a prestação de facto positiva (dever de *facere*) a que legalmente estão adstritos.

2.2.2. Causalidade: produção de um dano resultante ou decorrente da omissão do dever de fiscalizar, relevância do comportamento lícito alternativo e irrelevância negativa da causa virtual.

Dissemos já atrás que, para que haja lugar à obrigação de indemnizar nos termos do disposto no art. 81.º, n.º 2, do CSC, para

⁽⁶⁹⁾ Cf. art. 483.º, n.º 1, do CSC: «Aquele que, *com dolo ou mera culpa*, violar *illicitamente* o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação» (*sic*), estabelecendo, assim, a matriz de todo o sistema de responsabilidade civil português.

⁽⁷⁰⁾ Cf. João de Matos ANTUNES VARELA, [n. 8], p. 530 e ss., esp. ¹⁶ pp. 585-588.

além da conduta do gestor, terá ainda que se ter verificado, no que diz respeito à conduta do fiscalizador, a omissão do cumprimento das suas obrigações de fiscalização que, a terem sido observadas, teriam feito com que o facto danoso por aquele primeiro cometido não se teria produzido.

Com efeito, estatui, literalmente, a dita norma que há responsabilidade solidária dos membros dos órgãos de fiscalização quando «o dano não se teria produzido se houvessem cumprido as suas obrigações de fiscalização», o que significa, portanto, que para que seja desencadeado o dever de indemnizar a cargo do fiscalizador nos termos da mesma não basta que este tenha omitido o seu dever de fiscalizar («se houvessem cumprido as suas obrigações de fiscalização»), sendo igualmente necessário que o dano produzido pelo facto da autoria do gestor tenha simultaneamente resultado ou decorrido da inobservância por parte do fiscalizador das suas obrigações de fiscalização, na medida em que, nos termos da referida norma, o dano somente se produziu porque não foram cumpridas por parte dos membros do órgão de fiscalização as suas obrigações de fiscalização, nunca o mesmo se tendo produzido, diferentemente, caso aquelas tivessem sido observadas.

Ou seja: o dano tem de ser consequência da omissão do dever de fiscalizar, caso em que não o seja não há, nos termos do n.º 2 do art. 81.º do CSC, lugar à obrigação de indemnizar (solidária) a cargo do fiscalizador.

Exemplificando: se *A*, gestor de uma sociedade comercial, cometer (por acção ou omissão) um facto danoso à sociedade, aos credores sociais ou aos sócios e terceiros, e se *B*, fiscalizador da mesma, não tiver exercido as suas obrigações de fiscalização que a terem sido exercidas teriam feito com que aquele não ocorresse, então, *B* será responsabilizado solidariamente estando obrigado a indemnizar o lesado; todavia, pelo contrário, se *A*, gestor de uma sociedade comercial, cometer (por acção ou omissão) um facto danoso à sociedade, aos credores sociais ou aos sócios e terceiros, e caso *B*, fiscalizador da mesma, não tiver exercido as obrigações de fiscalização que a terem sido exercidas não teriam, na verdade, impedido a sua verificação, então *B*, diversamente, não está obrigado a indemnizar o respectivo lesado.

Tal acontece, na verdade, porquanto o facto danoso não é da autoria do fiscalizador, mas sim, conforme exposto, do gestor, sendo aquele mero cúmplice (por omissão) do mesmo, não sendo a sua conduta geradora mas apenas permissiva daquele, constituindo, por conseguinte, a sua responsabilidade uma responsabilidade solidária nos termos legais.

Aliás, neste enfiamento, note-se, pois, que caso o fiscalizador, nos termos supraditos, não esteja obrigado a indemnizar, tal não afasta a responsabilidade do próprio gestor — o autor do facto danoso —, o qual, nos termos do disposto nos arts. 72.º, 78.º e 79.º do CSC, responderá individualmente pelos danos causados ao lesado.

Tudo o que faz concluir, que constitui pressuposto da obrigação de indemnizar estabelecida no art. 81.º, n.º 2, do CSC, não apenas a omissão do dever de fiscalizar por parte dos membros dos órgãos de fiscalização, mas também a produção de um dano resultante ou decorrente da mesma⁽⁷¹⁾.

Mas se assim é, por um lado, e, se, por outro lado, conforme dito, o primeiro daqueles pressupostos se situa no plano da ilicitude, em que categoria se enquadra o segundo dos mesmos? Constitui a necessidade de o dano sofrido pelo lesado resultar ou decorrer da omissão do dever de fiscalização uma questão de culpa, de causalidade ou de ambos? E caso sim, em que termos?

Para dar resposta a estas interrogações temos, na verdade, que convocar o importante debate travado entre GOMES DA SILVA⁽⁷²⁾ e PEREIRA COELHO⁽⁷³⁾ acerca da caracterização da culpa e da causalidade enquanto categorias da responsabilidade civil.

Efectivamente, segundo o primeiro daqueles ilustre professores, o nexa de causalidade não configura um pressuposto autónomo da responsabilidade, mas antes um simples aspecto porque se encara a imputação do dano ao responsável, sendo um facto causa de um dano, para efeitos de responsabilidade civil, quando se

(71) Neste mesmo sentido vd. Tiago João ESTÊVÃO MARQUES, [n. 5], p. 246 e s..

(72) Cf. ID., *O Dever de Prestar e o Dever de Indemnizar*, vol. I, Livraria Moraes, Lisboa, 1944.

(73) Cf. ID., «O Nexa de Causalidade na Responsabilidade Civil», in *BFD*, Suplemento 9 (1951), Coimbra, pp. 65-242.

produz pela forma que a lei tinha em vista ao considerar os factos da mesma espécie como fontes da responsabilidade civil⁽⁷⁴⁾. Assim sendo, à pergunta quais os danos que devem ser reparados pelo lesante, GOMES DA SILVA entende que serão aqueles danos pelos quais o lesante é culpado, isto é, os danos que previu e os danos previsíveis, pelo que, ao problema da causalidade responde-se em termos de culpa, designadamente a culpa referida aos danos em concreto, ponto de vista este que tem assim como consequência que culpa e causalidade não são delimitáveis, não tendo a causalidade autonomia face à culpa e apenas tendo o problema relativo àquela solução correcta quando considerado relativamente ao nexo de imputação (culpa). Deste modo, existem dois momentos no plano analítico: um primeiro em que averigua a existência de culpa (entendida como o vínculo moral entre uma pessoa e um acto ilícito) e, posteriormente, num segundo momento procura-se descobrir a medida da obrigação de indemnizar, lançando-se outra vez mão da ideia de culpa, referida aos danos em concreto. Neste enfiamento, o nexo de causalidade no seio da responsabilidade civil não é um problema de pura conexão objectiva entre facto e dano e comporta duas etapas: a primeira, no qual se averigua se determinado dano teve por condição necessária algum dos factos que a lei considera como fontes de responsabilidade civil; a segunda em que analisa se o facto danoso, pertencendo a alguma das categorias legais de factos criadores de responsabilidade produziu danos pela forma a que a lei atendeu ao incluí-lo no conjunto das circunstâncias de que pode emergir a responsabilidade civil de um sujeito⁽⁷⁵⁾.

Pelo contrário, segundo PEREIRA COELHO, a culpa é um nexo que se estabelece entre facto e pessoa, mais propriamente um nexo de tipo subjectivo que se estabelece entre ambos, e não um nexo entre dano e pessoa. Já o nexo de causalidade configura um vínculo objectivo entre facto e dano, pelo confronto entre a situação real e a situação hipotética do lesado, constituindo um elemento autónomo e constitutivo da responsabilidade civil, que tem

⁽⁷⁴⁾ O A. adere, assim, no que diz respeito ao problema do nexo de causalidade, à chamada teoria do escopo da protecção da norma. Para uma caracterização e uma sólida crítica à mesma cf. João de Matos ANTUNES VARELA, [n. 8], pp. 901-903.

⁽⁷⁵⁾ Cf. Manuel GOMES DA SILVA, [n. 72], p. 89 e ss..

precisamente como função a fixação da extensão do dever de indemnizar, sua medida e *quantum*, indicando que danos devem ser reparados. Neste enfiamento, culpa e causalidade são delimitáveis, mormente por que aquela visa determinar se entre o facto e uma pessoa existe um nexo do tipo exigido por lei, ou seja, saber se certo sujeito pode ser considerado o responsável pelo facto com vista a impor-lhe a obrigação de reparar os danos que causou (nexo de imputação do facto ao lesante), e nesta se procurar saber quais foram exactamente os danos causados pelo facto, pelo que, em conclusão, o problema da culpa refere-se à determinação de quem praticou o facto, enquanto que no problema da causalidade encontra-se em causa a determinação dos danos resultantes do facto praticado (problema de conexão entre facto e dano)⁽⁷⁶⁾.

Que posição então tomar relativamente a esta querela?

Tudo ponderado, parece-nos que, de facto, culpa e causalidade são categorias distintas e delimitáveis, constituindo o nexo de causalidade também ele um elemento constitutivo autónomo da responsabilidade civil, isto porquanto, como correctamente observa PEREIRA COELHO, será perfeitamente incompreensível que a determinação dos danos reparáveis fique na dependência da forma como se proceda à imputação subjectiva a título de dolo ou negligência, estabelecendo-se a extensão do dever de indemnizar em função das circunstâncias da imputação a tal título, conduzindo esta posição a soluções inadmissíveis em termos de causalidade. A culpa, deve, pois, aferir-se ao próprio facto e não aos danos em concreto, pois, tendo a responsabilidade civil, essencialmente⁽⁷⁷⁾, uma função reparadora, esta impõe, por conseguinte, que a extensão

⁽⁷⁶⁾ Cf. Francisco PEREIRA COELHO, [n. 73], p. 72 e ss..

⁽⁷⁷⁾ Contrariamente ao que refere PEREIRA COELHO em «O Nexo de Causalidade na Responsabilidade Civil», *cit.*, *passim*, entendemos que a responsabilidade civil não tem apenas uma função reparadora ou indemnizatória de danos, mas antes, acompanhado ANTUNES VARELA, em *Das Obrigações em Geral*, *cit.*, pp. 542-544, que, constituindo esta a função primária da responsabilidade civil, não deixa, porém, de, acessória ou subordinadamente, existir uma função preventiva, sancionatória (ético-jurídica) e repressiva no referido instituto, a qual, por ser exactamente uma função secundária não briga com a posição assumida no texto. Aliás, note-se que o próprio PEREIRA COELHO, em *O Problema da Causa Virtual na Responsabilidade Civil* (reimp., com uma nota prévia), Almedina, Coimbra, 1998, p. 294, com vista a justificar a irrelevância negativa da causa virtual, defende que a responsabilidade civil também contempla uma tal função.

do dever de indemnizar, como aquele A. alega seja dada pelo confronto entre a situação real e a situação hipotética do lesado e não pela quantidade de culpa do lesante, atendendo-se, deste modo, à situação do lesado e não do lesante. A função do dever de indemnizar é por a cargo do lesante a prática dos actos necessários para aproximar a situação real da situação hipotética do lesado caso este não tivesse sofrido o dano, sendo reparáveis todos aqueles danos que o lesado provavelmente não teria sofrido caso não se verificasse a lesão. De modo que, a ideia da culpa referida aos danos em concreto, de facto, apenas pode ser uma solução para o problema da causalidade, reportando-se à extensão da indemnização e não à culpa, constituindo a previsibilidade dos danos pelo lesante um critério inadequado que não está em sintonia com a função essencialmente reparadora do instituto da responsabilidade civil⁽⁷⁸⁾.

De resto, importa dizer que a tese defendida por PEREIRA COELHO parece ter merecido acolhimento expresso nos arts. 562.º e 563.º do CC.

Nesta conformidade, tudo visto, parece-nos que a culpa (*rectior*, a imputação do facto ao lesante) se refere a um nexa factopessoa, pelo qual se analisa se determinado sujeito é responsável por certo facto para efeitos de sobre o mesmo fazer pender o dever de indemnizar, e a causalidade, distinta e autónoma daquela, diversamente, a um nexa (objectivo) factodano, constituindo uma medida de reparação de danos, isto é, uma medida de (delimitação) dos danos indemnizáveis.

A esta luz e em resposta às questões acima colocadas a respeito do pressuposto em apreço, atento o facto de o dano apenas se ter produzido em consequência da omissão do dever de fiscalizar, nada mais podemos concluir que, intercedendo aqui claramente uma relação entre facto (a inobservância das obrigações de fiscalização) e dano, que o mesmo, na realidade, é respeitante à categoria da causalidade, relevando, por isso, para efeitos dos termos gerais da mesma⁽⁷⁹⁾.

⁽⁷⁸⁾ Cf. Francisco PEREIRA COELHO, [n. 73], *ibidem*.

⁽⁷⁹⁾ Sobre o nexa de causalidade vd., em geral, por todos, Francisco PEREIRA COELHO, [n. 73], esp.^{ic} p. 104 e ss., e, em particular, no domínio da omissão e dos especiais problemas que a este propósito se colocam, Pedro Pitta e Cunha NUNES DE CARVALHO, [n. 9], p. 83 e ss..

Mas isto visto, uma pergunta, de imediato, se nos depara como óbvia: estando, conforme mencionado, o fiscalizador, nos termos legais, adstrito a um dever de fiscalizar e tendo sido cometido um facto (acção ou omissão) que produziu danos à sociedade, aos credores sociais, a sócios e terceiros pelo gestor que, caso tivessem sido observadas as obrigações de fiscalização a cargo daquele não se teriam produzido, está, porventura, o mesmo obrigado a indemnizar o respectivo lesado se, comprovadamente, se concluir que, ainda que o referido fiscalizador tivesse cumprido as suas obrigações de fiscalização ainda assim o dano ter-se-ia produzido?

Ora, tal situação em que o comportamento devido pelo fiscalizador — o cumprimento das obrigações de fiscalização —, em todo o caso, não se mostraria impeditivo da produção do dano, bem vistas as coisas, reconduz-se à figura que no seio do Direito Penal é conhecida por *comportamento lícito alternativo*⁽⁸⁰⁾. Esta, enqua-

Parece-nos, no entanto, que a principal incidência da conclusão chegada no texto reporta-se à questão do ónus da prova do pressuposto em apreço, o qual (nos termos da teoria da causalidade adequada), desta feita, caberá ao lesado — cf. art. 342.º, n.º 1, do CC.

Opinião diversa parece sustentar, porém, Tiago João ESTÊVÃO MARQUES, de acordo com o qual entende ocorrer aqui uma distribuição do ónus da prova atenta a relação que se estabelece entre os sujeitos com legitimidade activa na acção indemnizatória e os membros dos órgãos de fiscalização das sociedades comerciais, na exacta medida em que nas acções propostas pela sociedade (acção social *ut universi*), pelos sócios (acção social *ut singuli*) ou pelos credores sociais (acção sub-rogatória), para a reparação de danos sofridos pela sociedade, uma vez alegado e provado o incumprimento ou cumprimento defeituoso de uma obrigação de fiscalização e o respectivo dano, presumir-se-ia que este se não teria produzido caso o fiscalizador tivesse cumprido as suas obrigações, cabendo-lhe, então, provar o contrário com vista a afastar a sua responsabilidade, ao invés do que se verificaria no domínio das acções propostas pelos sócios e terceiros (incluindo credores sociais) nas quais caberia a estes demonstrar, para além da violação culposa das respectivas obrigações por parte do fiscalizador e do dano, que este último não se teria produzido caso o dito fiscalizador tivesse cumprido aquelas mesmas obrigações (cf. ID., [n. 5], p. 249); contudo, em nossa óptica, sem razão atento o facto desde logo de a norma em análise se construir pela positiva, não apontando de todo para qualquer inversão do ónus da prova, parecendo-se, portanto, exigir que os lesados, nos termos gerais, sejam responsáveis pela prova dos necessários pressupostos.

⁽⁸⁰⁾ Exemplo paradigmático desta figura no campo jurídico-penal constitui o caso verídico julgado pelos tribunais alemães segundo o qual o director de uma fábrica de pincéis de barbear adquiriu pêlos de cabra chinesa como matéria-prima para a sua empresa, não tendo ordenado uma desinfeção ao mesmo, conforme prescrevia a lei. Posteriormente quatro trabalhadores foram infectados por bacilos de carbúnculo e morreram, tendo, porém, sido aprofundada a investigação, desta feita, se provando que mesmo que se tivesse

drando-se na chamada doutrina da conexão do risco de acordo com a qual a imputação objectiva do resultado à acção está dependente de 1) que a acção do agente tenha criado um risco não permitido ou tenha aumentado um risco já existente e 2) que esse risco tenha conduzido à produção do resultado concreto, devendo tal imputação ser negada quando não se verifique assim uma das referidas condições, implica, em consequência, que, demonstrando-se que o resultado teria tido seguramente⁽⁸¹⁾ lugar sensivelmente no mesmo tempo, modo e condições em que efectivamente se verificou ainda que a acção ilícita não tivesse sido realizada a imputação objectiva do resultado à acção deve ser negada, seja porque não se torna possível comprovar uma potenciação do risco já autonomamente instalado, seja porque não se pode dizer que o comportamento do agente criou um risco não permitido, assim se concluindo que verificando-se que tanto a conduta indevida, como a conduta lícita «alternativa» produziriam o resultado típico, a imputação deste

procedido à desinfecção legalmente imposta o resultado teria sido exactamente o mesmo, visto que se tratava de um bacilo até à data desconhecido na Europa e, por isso, resistente a qualquer processo de desinfecção conhecido — cf. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, [n. 17], p. 337.

⁽⁸¹⁾ Questão complexa que é colocada pela doutrina penal é a de saber se também são admissíveis, no âmbito da figura do comportamento lícito alternativo, os casos em que não se demonstra que também com tal comportamento o resultado típico teria seguramente tido lugar, mas antes que apenas era provável ou possível que tal ocorresse. De referir, pois, que aquela tem sustentado que imputar objectivamente o resultado à acção nestas situações significaria violar o princípio *in dubio pro reo* (HERZBERG) ou que, do ponto de vista da doutrina da conexão do risco, o que releva é fazer a prova da potenciação do risco e respectiva materialização no resultado típico, pelo que, se o juiz ficar em dúvida relativamente a tal ponto deve valorá-la a favor do arguido, excluindo a imputação, sendo, pelo contrário, tal comportamento irrelevante caso seja demonstrada a potenciação do risco e a sua materialização no resultado (STRATENWERTH) — cf., perfilhando este último ponto de vista, Jorge de FIGUEIREDO DIAS, [n. 17], p. 338, e Maria FERNANDA PALMA, «A Teoria do Crime como Teoria da Decisão Penal: Reflexão sobre o Método e o Ensino do Direito Penal», in *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, A 9 F-4 (Out.-Dez. 1999), pp. 523-603, esp.^{1c} p. 543.

Constituindo esta uma questão controversa no campo jurídico-penal e porque, em todo o caso, nos parece ser este último o sentido da boa doutrina, optamos, desde já, por restringir, não obstante as diferenças conhecidas entre a teleologia do Direito Penal e do Direito Privado, a caracterização da figura do comportamento lícito alternativo para efeitos do presente estudo aos casos em que seguramente a conduta alternativa conforme ao Direito não teria impedido a produção do dano (cf. *supra*, no texto a utilização do advérbio «comprovadamente»).

àquela traduzir-se-á na punição da violação de um dever cujo cumprimento teria sido inútil o que, desde logo, violaria o princípio da igualdade⁽⁸²⁾.

Duas observações prévias merecem, neste enfiamento, desde já, ser feitas. A primeira para dizer que, no domínio da dogmática jurídico-penal, conforme alude FIGUEIREDO DIAS⁽⁸³⁾, a teoria da causalidade adequada, não resolve o problema subjacente às situações que materializam a figura do comportamento lícito alternativo, já que à luz desta não poderá deixar de imputar-se o resultado à conduta, por ser normal e previsível, de acordo com um juízo de prognose póstuma, que o resultado se produziria⁽⁸⁴⁾. Já a segunda das referidas observações serve para dar conta que aquela figura se distingue das situações de causalidade virtual ou hipotética que a seguir teremos oportunidade de abordar, pois nesta o que está essencialmente em questão, como aprofundaremos, é a circunstância de o agente ter produzido um dano numa hipótese em que, caso não tivesse actuado ou omitido, aquele produzir-se-ia igualmente em tempo e sob condições tipicamente semelhantes por força de um caso fortuito, da conduta do próprio lesado ou a conduta de um terceiro que induziria também a responsabilidade do seu autor caso se tivesse causado efectivamente o dano⁽⁸⁵⁾.

(82) Cf. Jorge de FIGUEIREDO DIAS, [n. 17], p. 331 e ss., esp.^{te} pp. 336-338. Para uma perspectiva distinta, que não seguimos, advogando, em síntese, que a verificação do curso hipotético dos eventos em caso de comportamento lícito alternativo não desempenha qualquer papel na determinação da responsabilidade do agente, não influndo sobre a caracterização da conduta típica ou sobre a existência de um desvalor de perigo e não sendo também relevante para a imputação do resultado, pese embora tal não signifique uma opção pela sua condenação, devendo, diferentemente, exigir-se a verificação de uma especial relação entre a acção ilícita e evento típico que terá o seu ponto de partida no uso de um juízo concreto de adequação, designadamente sendo necessário averiguar se foi realizado no resultado um dos modelos de perigo em atenção ao qual a conduta é considerada lícita cf., porém, João CURADO NEVES, *Comportamento Lícito Alternativo e Concurso de Riscos. Contributo para uma Teoria da Imputação Objectiva em Direito Penal*, AAFDL, Lisboa, 1989.

No sentido essencialmente do texto vd., outrossim, Maria FERNANDA PALMA, [n. 81], p. 548.

(83) Cf. ID., [n. 17], p. 337.

(84) Contra, conforme visto, João CURADO NEVES, [n. 82], *passim*.

(85) Cf. Francisco PEREIRA COELHO, [n. 73], p. 104, Jorge de FIGUEIREDO DIAS, [n. 17] p. 342, e Maria FERNANDA PALMA, [n. 81], pp. 544-548, afirmando esta

Podará, então, a figura jurídica e conexa doutrina da conexão do risco acima mencionadas serem adoptadas para efeitos da responsabilidade civil, em geral, e do regime especial de responsabilidade civil dos fiscalizadores estabelecido no art. 81.º, n.º 2, do CSC, em particular?

Em nossa óptica, tudo ponderado, não vemos razões para que, efectivamente, aquela doutrina e figura não possam relevar para efeitos do instituto da responsabilidade civil. Mas como? Ora, se, salvo melhor opinião, pensamos que aquelas não se podem reconduzir ao pressuposto da ilicitude (e, por via disso, desde logo, p. ex., à dicotomia ilícito da acção/ilícito de resultado⁽⁸⁶⁾), por não deixar em todo o caso de haver na sobredita situação uma violação do dever-ser jurídico, não deixando de se mostrar a conduta do agente como desconforme com o Direito (antijuridicidade), havendo, portanto, quer desvalor da acção, quer desvalor de resultado, entendemos, na linha das considerações que atrás fizemos relativamente aos pressupostos da imputação do facto ao lesante (culpa) e da causalidade, que, a respeito das sobreditas doutrina e figura nos encontramos no vector (objectivo) facto-dano, pelo qual se determina quais os danos indemnizáveis, que é dizer no âmbito do pressuposto da causalidade.

A esta luz, atenta, pois, a circunstância acima referida segundo a qual a teoria da causalidade adequada⁽⁸⁷⁾ não consegue dar resposta adequada ao problema subjacente à figura do comportamento lícito alternativo e por que nos parece de todo igualmente inadequada, como atrás dito (cf. *supra* n. 74), a teoria do escopo da protecção da norma, temos, pois, por certo, que a doutrina da conexão do risco e muito em particular a figura do comportamento lícito alternativo, enquadrando-se, conforme exposto, no âmbito da causalidade, constituem um segundo degrau ou patamar no pressuposto

última A., desde logo, inclusive, que o comportamento lícito alternativo é apenas uma hipótese intelectual (não latente) de conduta do agente, sem existência como possibilidade real.

⁽⁸⁶⁾ Sobre esta, por outros, vd. Adelaide MENEZES LEITÃO, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 648-653.

⁽⁸⁷⁾ Sobre esta e suas diferentes formulações, por todos, cf. Francisco PEREIRA COELHO, [n. 73], p. 137 e ss..

geral do nexo de causalidade entre um facto e dano (um primeiro constituirá a teoria da causalidade adequada)⁽⁸⁸⁾, dentro do sistema geral da responsabilidade civil, desde logo, porquanto, dispõe expressamente o art. 563.º do CC que «A obrigação de indemnizar só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão», o que significa, portanto, com respeito à figura do comportamento lícito alternativo, na qual o dano produzir-se-ia sempre ainda que o lesante não tivesse cometido um facto ilícito, que o lesado, não provavelmente, mas sim seguramente, note-se, teria, em qualquer circunstância, *maxime* caso tivesse sido observada a conduta conforme ao Direito, sofrido o dano, que a mesma tem pleno acolhimento na referida disposição legal.

De modo que, isto dito, parece-nos que, em resposta ao particular problema que acima colocamos com respeito a saber qual o efeito do comportamento lícito alternativo do fiscalizador no quadro do regime de responsabilidade civil a que está adstrito nos termos do art. 81.º, n.º 2, do CSC, tudo visto, verificando-se uma situação deste tipo, não estará aquele obrigado a indemnizar porquanto não existe, nos termos expostos, um nexo de causalidade entre a sua conduta (omissão do dever de fiscalizar) e o dano assim produzido, o qual, na verdade, ter-se-ia sempre produzido ainda que por aquele tivessem sido observadas as suas obrigações de fiscalização⁽⁸⁹⁾.

⁽⁸⁸⁾ De três degraus na imputação objectiva do resultado à acção no domínio da responsabilidade penal fala-nos Jorge de FIGUEIREDO DIAS, [n. 17] p. 322 e ss., esp.¹⁶ p. 323, p. 327 e p. 331, constituindo o primeiro degrau a categoria da pura causalidade, aferida através da teoria das condições equivalentes, um segundo degrau a causalidade jurídica sob a forma da teoria da causalidade adequada e, por fim, um terceiro degrau respeitante à (doutrina da) conexão do risco.

⁽⁸⁹⁾ Em idêntico sentido parece concorrer Tiago João ESTÊVÃO MARQUES, o qual, não se debruçando explicitamente, porém, sobre a questão analisada da relevância do comportamento lícito alternativo no domínio da responsabilidade civil prevista no n.º 2 do art. 81.º do CSC, em todo o caso, a propósito do nexo de causalidade intercedente entre a violação das obrigações de fiscalização e o dano verificado não deixa de escrever significativamente que «[Embora] a redacção do art. 81.º, n.º 2, não [seja] [...] particularmente elucidativa [...] atendendo [no entanto] à expressão “quando o dano não se teria produzido se houvessem cumprido as suas obrigações de fiscalização”, parece-me [...] De facto, para que haja lugar à responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização com os administradores nos termos do art. 81.º, n.º 2, depois de demonstrada a violação das obrigações de

Aliás, se, conforme dito (*supra* n. 77), a responsabilidade civil tem, pois, uma função primária de reparação de danos, não deixa, porém, de ter, de forma secundária, uma função sancionatória (que atende à sanção) a qual, desta feita, bem vistas as coisas, não se encontra apenas subjacente aos pressupostos da ilicitude e da culpa (cf., v.g., arts. 494.º e 497.º, n.º 2, do CC), mas também ao nexo de causalidade que, tudo visto, também decorre do conceito material de justiça⁽⁹⁰⁾.

Ora, mas, diferentemente, imagine-se agora que, não obstante se encontrar reunido o conjunto de pressupostos da obrigação de indemnizar estabelecidos no n.º 2 do art. 81.º do CSC, o fiscalizador alega, porém, em sua defesa que, pese embora tenha efectivamente omitido o cumprimento das suas obrigações de fiscalização que, a terem sido observadas, teriam feito com que o dano causado pela acção ou omissão do gestor não se tivesse produzido, um tal dano teria ainda assim sido sempre sofrido, v.g., pela sociedade, porquanto por força de uma inesperada situação de grave crise no sector de actividade económica respectivo aquela teria registado perdas enormes que conduziriam inevitavelmente à sua insolvência. Procede, então, a arguição do fiscalizador? Pode, na verdade, a defesa por esta apresentada relevar no sentido de o exonerar (ou porventura obter a redução) da sua responsabilidade para os efeitos do disposto no n.º 2 do art. 81.º do CSC?

Ora, está aqui causa, na verdade, o chamado problema da relevância negativa da causa virtual^(91/92), o qual se caracteriza pela

fiscalização, o intérprete-aplicador deve indagar se o dano sofrido pela sociedade ou pelos terceiros podia, de alguma forma, ter sido evitado pelo cumprimento das obrigações de fiscalização violadas [...] [pelo que,] caso nos encontremos perante uma resposta afirmativa, teremos de concluir pela responsabilidade solidária dos fiscalizadores com os administradores da sociedade.» (*sic*): cf. ID., [n. 5], p. 248 e s. — interpolação nossa.

⁽⁹⁰⁾ Assim também Adelaide MENEZES LEITÃO, [n. 86], p. 713, escrevendo «No estudo de PEREIRA COELHO [...] as diferentes teorias são afastadas com base no facto de ferirem *profundamente os nossos sentimentos de justiça* ou serem incompatíveis com os dados normativos [...] o que de alguma maneira espelha que, subjacente à operatividade e função deste pressuposto [da causalidade], se deparam questões de justiça.» (*sic*) — itálico da A.; interpolação nossa.

⁽⁹¹⁾ A par deste existe ainda o chamado problema da relevância positiva da causa virtual, no qual ao invés do que se verifica na relevância negativa da causa virtual onde se procura determinar se o responsável pela causa real pode ser exonerado ou obter a redução

circunstância de se verificar um dano resultante de uma causa real (no caso, a omissão do fiscalizador) que, ainda assim, ter-se-ia produzido, na ausência desta, por via de uma outra, denominada causa virtual (no exemplo, a situação de crise económica), consistente num caso fortuito, num facto do próprio lesado ou num facto de um terceiro que induziria também a responsabilidade do seu autor caso tivesse causado efectivamente o dano⁽⁹³⁾.

da sua responsabilidade civil, se visa dar resposta à questão de se saber se o responsável pela causa virtual deve ser responsabilizado pelo dano nos mesmos termos em que o responsável pela causa real. Note-se, pois, que nesta situação que a causa virtual procede sempre de um facto de terceiro e, bem assim, de um facto que induziria sempre a responsabilidade deste caso tivesse causado efectivamente o dano, já que apenas neste circunstancialismo tem sentido perguntar se o responsável da causa virtual estará obrigado a indemnizar o dano que teria causado.

A doutrina é praticamente unânime em afirmar a tese da irrelevância positiva da causa virtual, visto que, embora, conforme dito, se possa considerar ultrapassada a ideia de que a responsabilidade civil tem apenas uma função reparadora de danos, a relevância positiva da causa virtual implicaria prescindir do nexo de causalidade enquanto pressuposto da responsabilidade civil, na medida em que este, naquela situação, é interrompido pela verificação da causa real, estabelecendo o art. 483.º, n.º 1, parte final, do CC (travestria de todo o sistema de responsabilidade civil português) que apenas existe obrigação de indemnizar relativamente aos «danos resultantes da violação», pelo que esta pressupõe uma relação de causalidade efectiva ou real entre facto e dano — cf. Francisco PEREIRA COELHO, [n. 73], p. 41, n. 41.

Por razões óbvias, deixámos, pois, este problema considerado no presente estudo, não cabendo neste o tratamento dogmático do mesmo que, bem vistas as coisas, em nada diferirá daqueloutro de carácter geral acima exposto.

De outra parte, sobre os importantes conceitos de concorrência de causas, causalidade hipotética, causalidade interrompida (que, na realidade, constitui um aspecto do problema mais geral da relevância positiva da causa virtual), causalidade cumulativa e causalidade antecipada (que, na verdade, não é senão o problema da relevância negativa da causa virtual) que neste domínio do problema da causa virtual entram em jogo vd. ID., [n. 73], p. 24 e ss..

⁽⁹²⁾ Saliente-se, pois, que para que o problema da relevância negativa tenha lugar é necessário que esteja reunido um conjunto de pressupostos, a saber: 1) a causa real do dano deve fundar a obrigação de indemnizar de uma pessoa; 2) a questão só se coloca relativamente ao dano efectivamente provocado pela causa real; 3) a intervenção da causa virtual há-de ter sido somente hipotética e não efectiva para o dano provocado pela causa real; 4) o dano ter-se-ia que produzir igualmente sem a causa real por força da causa virtual; — cf. ID., [n. 73], p. 55 e ss..

⁽⁹³⁾ Cf. ID., [n. 73], p. 103 e ss.. De notar, pois, como refere PEREIRA COELHO, que a causa virtual pode ser um facto real ou um facto hipotético e que a verificação hipotética do dano pode ser anterior, contemporânea ou posterior à produção do dano em consequência da causa real.

Ora, quanto a este três teses fundamentais têm sido avançadas pela doutrina⁽⁹⁴⁾.

Uma primeira, defendida por PESSOA JORGE⁽⁹⁵⁾, segundo a qual se afirma a relevância negativa da causa virtual, apoiando-se, para o efeito, para além da ideia de a indemnização dever sempre ser fixada com base na teoria da diferença, na ideia de que a função sancionatória da responsabilidade civil é excepcional, constituindo a função essencial desta a função reparadora, concluindo, por isso, que os preceitos do Código Civil que consagram a relevância negativa da causa virtual mais não são do que o afloramento de um princípio geral nesse sentido.

Uma segunda, que tem em ESSER⁽⁹⁶⁾ o seu maior advogado, por sua vez, alega a irrelevância negativa da causa virtual enquanto a reparação do dano é feita mediante a reconstituição natural, mas já a sua relevância no caso de se verificar, na inversa, que aquela é prestada através de uma indemnização pecuniária.

Por fim, já PEREIRA COELHO⁽⁹⁷⁾, conclui pela irrelevância negativa da causa virtual como regra e limita a sua relevância (excepcional) aos casos legalmente estabelecidos, visto que tais disposições não correspondem ao regime normal da responsabilidade civil mas antes consagram uma responsabilidade agravada em resultado de uma presunção de culpa ou de uma imputação pelo risco, funcionando a relevância negativa da causa virtual como uma compensação pelo agravamento da responsabilidade. Por outro lado, desempenhando a responsabilidade civil também funções preventivas, punitivas e sancionatórias, não se justifica a consagração de uma relevância genérica da causa virtual. Não obstante isto, o A. não deixa, porém, de estender por analogia o regime da relevância negativa da causa virtual a outras hipóteses de *casus mixtus*, designadamente quando o dano procede directamente de caso fortuito ou de facto de terceiro e só indirectamente do facto do responsável e, bem assim, *a fortiori*, aos casos de responsabilidade objectiva.

⁽⁹⁴⁾ Cf., desenvolvidamente, ID., [n. 73], p. 113 e ss., obra na qual são expostos as várias posições que têm sido assumidos a respeito deste problema.

⁽⁹⁵⁾ ID., [n. 65], p. 417 e s..

⁽⁹⁶⁾ Citado *apud* Francisco PEREIRA COELHO, [n. 73], *ibidem*.

⁽⁹⁷⁾ ID., [n. 73], esp.^{te} p. 293 e ss..

Ora, isto dito, importa, desde logo, referir, designadamente, a respeito da primeira das sobreditas posições, que a função sancionatória da responsabilidade civil embora sendo uma função secundária, não tem um carácter excepcional, já que, atenta a amplitude com que o art. 494.º do CC⁽⁹⁸⁾ atribui ao tribunal o poder de graduar o montante indemnizatório, sobretudo, atendendo ao grau de culpabilidade do lesante, desde logo se impõe concluir que, embora subordinada (visto que, em princípio, a indemnização não excede o valor do dano causado pelo lesante), a função sancionatória da responsabilidade civil tem um carácter geral (fundado, acima de tudo, na ilicitude do facto), deste modo se impondo a sanção efectiva do responsável da causa real do dano.

Por outro lado, a propósito do entendimento defendido por ESSER, cabe dizer que o mesmo vai notoriamente contra a função sancionatória da responsabilidade civil, expressa em diversas disposições legais, impondo, para mais, um claro tratamento desigual de situações que não tem qualquer justificação, contrariando, aliás, os mais elementares sentimentos de justiça (desde logo, p. ex., quando o lesante age com dolo), para além de, os próprios termos em que a teoria da diferença se encontra consagrada no art. 566.º, n.º 2, do CC⁽⁹⁹⁾ não são de modo a impor a solução propugnada por aquele A., visto que a situação hipotética que este manda recorrer para o efeito é a situação a que o lesado teria caso não existissem danos e não a situação que o lesado teria se não fosse o facto⁽¹⁰⁰⁾.

Neste enfiamento, impõe-se, deste modo, concluir que perfilhamos a posição de PEREIRA COELHO na parte em que este proclama a regra geral da irrelevância negativa da causa virtual

(98) Outras disposições legais reflectem o carácter sancionatório da responsabilidade civil, como, p. ex., as que fixam indemnizações intencional ou eventualmente superiores ao valor do dano (cf. arts. 1041.º, 1127.º, 1276.º, 1320.º, n.º 2, e 1152.º do CC), as que expressamente afastam a relevância negativa de certas causas virtuais (p. ex., o art. 495.º, n.º 1, parte final, do CC), a que aceita o nexo de causalidade adequada entre facto e dano em termos que excedem o nexo de culpa entre o facto e vontade do lesante (art. 563.º do CC), assim como, a que consagra a ressarcibilidade dos danos não patrimoniais no domínio da responsabilidade extracontratual (art. 496.º, n.º 1, do CC) — cf. João de Matos ANTUNES VARELA, [n. 8], p. 934 e s., n. 1.

(99) Cf. ID., [n. 8], pp. 906-909.

(100) Assim também vd. ID., [n. 8], p. 934 e s..

com os argumentos respectivamente apresentados, cabendo, inclusive, enfatizar que a função sancionatória da responsabilidade civil, embora, como dito, se subordine à função reparatória, bem vistas as coisas, não pode deixar de ter como consequência a irrelevância negativa da causa virtual, sendo que os casos nos quais a lei dá relevo à causa virtual⁽¹⁰¹⁾, fá-lo num condicionalismo muito particular que se explica pelas razões aduzidas pelo referido A..

Todavia, acompanhando ANTUNES VARELA⁽¹⁰²⁾, não podemos deixar de colocar as maiores reservas à tese apresentada por aquele insigne mestre na parte em que pretende estender o regime da relevância a casos análogos aos legalmente previstos, com especial incidência para o problema em mãos, para o caso em que o dano procede directamente de caso fortuito ou de facto de terceiro e só indirectamente do facto do responsável⁽¹⁰³⁾, designadamente o disposto nos arts. 491.º a 493.º do CC, visto que a relevância negativa da causa virtual nestes preceitos explica-se pelo carácter accidental do dano posto a cargo do responsável, o qual nasce directamente de um facto fortuito ou de um facto de terceiro e indirectamente do facto culposo do responsável, consagrando, pois, uma responsabilidade agravada em resultado de uma presunção de culpa e funcionando a relevância negativa da causa virtual como uma compensação pela mesma, o que leva a concluir, em jeito de remate, que não se justifica a aplicação de um tal regime a quaisquer danos causados directamente por dolo ou negligência do lesante e de que apenas se compreende a relevância negativa da causa virtual à luz da referida ideia de compensação pelo regime de responsabilidade agravado estabelecido a cargo do responsável.

Aliás, bem vistas as coisas, nenhuma relação de analogia material intercede entre o caso atrás colocado respeitante à exoneração dos membros dos órgãos de fiscalização para efeitos do disposto do regime de responsabilidade previsto no art. 81.º, n.º 2, do CSC, e o art. 491.º do CC («Responsabilidade das pessoas obrigadas à vigilância de outrem»), na realidade, o único susceptível de um qualquer

⁽¹⁰¹⁾ Cf. arts. 491.º, 492.º, 493.º, 616.º, n.º 2, 807, n.º 2, e 1136.º, n.º 2, do CC.

⁽¹⁰²⁾ ID., [n. 8], pp. 930-934.

⁽¹⁰³⁾ Cf., quanto às demais situações, João de Matos ANTUNES VARELA, [n. 8], *ibidem*.

tipo de paralelismo com aquele, já que, a entender-se que os fiscalizadores das sociedades comerciais vigiam e não (como nos parece devido) fiscalizam (demais a mais a vigiar, vigiam a observância de normas e não sujeitos ou órgãos societários), os gestores, desde logo, nos termos do disposto nos arts. 252.º, n.º 1, e 390.º, n.º 3, do CSC não podem ser incapazes, não fazendo qualquer sentido a aplicação analógica da referida norma ao caso acima exposto.

Tudo o que faz concluir, portanto, pela irrelevância negativa da causa virtual também para efeitos do disposto no art. 81, n.º 2, do CSC, não podendo o fiscalizador exonerar-se de responsabilidade nas situações em que a mesma se verificará⁽¹⁰⁴⁾, não obstante aquela mesma causa virtual poder ser tomada devidamente em conta para efeitos do cálculo do lucro cessante em caso de produção dos mesmos⁽¹⁰⁵⁾.

3. Danos ressarcíveis. Regime, natureza e fundamento da obrigação solidária de indemnizar a cargo dos membros dos órgãos de fiscalização.

Estatui o art. 81.º, n.º 2, do CSC que os membros dos órgãos de fiscalização nas condições acima analisadas respondem solidariamente com os gestores das sociedades comerciais pela prática de factos danosos de sua autoria, o que, de imediato, faz concluir que entre ambos existe uma obrigação solidária⁽¹⁰⁶⁾ de indemnizar o lesado, isto é, isolada ou cumulativamente, a sociedade, os credores sociais ou os sócios e terceiros.

Ora, consabidamente, a solidariedade passiva⁽¹⁰⁷⁾ caracteriza-se pela existência, para além da pluralidade de devedores em face

⁽¹⁰⁴⁾ No mesmo sentido vd. Tiago João ESTÊVÃO MARQUES, [n. 5], p. 248 e s., n. 571.

⁽¹⁰⁵⁾ Cf. João de Matos ANTUNES VARELA, [n. 8], p. 936.

⁽¹⁰⁶⁾ Note-se, pois, que, nos termos do disposto no art. 513.º do CC, apenas existe solidariedade nas obrigações quando tal resulte da vontade das partes ou, como é o caso, da própria lei.

⁽¹⁰⁷⁾ A par desta existe a chamada solidariedade activa na qual qualquer um dos credores tem a faculdade de exigir do devedor a prestação por inteiro e a prestação efec-

do mesmo credor⁽¹⁰⁸⁾, de duas notas típicas (cf. art. 512.º, n.º 1, 1.ª parte, do CC), a saber: o dever de prestação integral a cargo de qualquer um dos devedores, podendo o credor comum exigir a prestação integral a qualquer um dos devedores; e o efeito extintivo recíproco da satisfação dada por qualquer um dos devedores ao direito do credor comum, pelo qual a prestação de um daqueles libera os restantes perante este.

Ora, assim sendo, cabe, deste modo, questionar: estão os membros dos órgãos de fiscalização obrigados a reparar todos os danos, resultantes ou decorrentes, isto é, causados pela conduta do gestor? Quais são os danos produzidos pela acção ou omissão do gestor que aqueles estão solidariamente obrigados a ressarcir?

Tenha-se em vista, antes disso, porém, duas notas que importa salientar.

A primeira serve para dizer que, em conformidade com o disposto no art. 517.º, n.º 1, e 519.º, n.º 1, do CC, o lesado pode, nas situações em apreço, demandar directa e exclusivamente os membros dos órgãos de fiscalização, já que prescrevem os referidos normativos que a solidariedade não impede que os devedores solidários demandem conjuntamente o credor ou sejam por ele conjuntamente demandados e que o credor tem o direito de exigir judicialmente a um dos devedores a totalidade ou parte da prestação, proporcional ou não à quota do interpelado, deste modo se podendo concluir, mormente das expressões «não impede» e «sejam por ele conjuntamente demandados» previstas no primeiro dos referidos preceitos, *a contrario sensu*, que a lei parte inclusive

tuada pelo devedor a qualquer um deles libera-o em face dos demais (cf. art. 512.º, n.º 1, 2.ª parte, do CC). Para uma caracterização das chamadas obrigações solidárias (activas ou passivas) e sua distinção face às obrigações conjuntas (que constitui o regime-regra nos termos do art. 513.º do CC) vd., por todos, João de Matos ANTUNES VARELA, [n. 8], p. 748 e ss..

⁽¹⁰⁸⁾ Efectivamente, trata-se este de um pressuposto da solidariedade passiva (tal como na solidariedade activa a pluralidade de vários credores relativamente ao mesmo devedor) e que distingue, por conseguinte, as obrigações com esta natureza das chamadas obrigações de mão comum, colectivas ou comuns, as quais se caracterizam pela existência de créditos pertencentes directa ou indirectamente a vários titulares em comum e em que a prestação deve ser efectuada a todos em conjunto ou de débitos em que a prestação não pode ser exigida de um só dos devedores, mas de todos em conjunto — cf. ID., [n. 8], p. 752, n. 3, e p. 755, n. 1.

do princípio que o regime-regra consistirá no lesado (autor da acção) demandar unicamente um dos devedores solidários, o que significará, no caso, que a sociedade, credores sociais ou sócios e terceiros podem demandar singularmente o gestor ou o fiscalizador ou ambos conjuntamente, verificando-se aqui, portanto, uma situação de litisconsórcio voluntário legal (cf. art. 27.º, n.º 2, do CPC)⁽¹⁰⁹⁾.

A segunda das referidas notas resulta da *facti-species* do art. 81.º, n.º 2, do CSC, nos termos da qual a conduta do gestor causou danos (isolada ou cumulativamente) à sociedade, aos credores sociais ou aos sócios e terceiros, que não se teriam produzido caso o fiscalizador houvesse cumprido as suas obrigações de fiscalização, existindo, portanto, nesta situação, dois responsáveis pelos mesmos, um deles — o gestor —, conforme exposto, como autor, e o outro — o fiscalizador —, como cúmplice por omissão (cf. arts. 490.º e 497.º, n.º 1, do CC), pelo que serve a mesma para referir, conforme anteriormente visto, que o fiscalizador apenas se encontra obrigado a indemnizar caso o dano sofrido pelo lesado respectivo resultar ou decorrer da omissão do seu dever de fiscalizar.

Assim sendo, pressuposto o facto de o fiscalizador ter sido demandado directa e exclusivamente pelo respectivo lesado ou, bem vistas as coisas, ainda que conjuntamente com o gestor e em resposta à pergunta acima colocada, cumpre afirmar que o fiscalizador não é responsável por todos os danos sofridos pelo lesado resultantes ou decorrentes da conduta do gestor, mas apenas e tão-só pelos danos que igualmente resultaram ou decorreram da sua própria conduta omissiva, a qual, a não se ter verificado, teria impedido que aqueles se tivessem produzido, o que terá como consequência que aquele apenas está obrigado a reparar (solidariamente) os danos que igualmente resultaram ou decorreram da sua

⁽¹⁰⁹⁾ O que pode significar, por sua vez, que uma vez demandado singularmente pelo lesado (autor) o gestor ou o fiscalizador (réu), podem estes, em sede de contestação, mediante a figura processual da intervenção principal provocada, chamar a Juízo na qualidade de réu o respectivo (con)-devedor solidário, desde logo, no caso de o lesado ter demandado unicamente o fiscalizador exigindo deste a prestação na totalidade pode o mesmo chamar a Juízo o gestor com vista a condená-lo na satisfação do direito de regresso que lhe possa assistir no caso (cf. art. 325.º e ss. do CPC).

própria conduta omissiva, ou seja, de entre os danos causados pela conduta do gestor aqueles que não se teriam produzido caso não tivesse omitido o cumprimento das suas obrigações de fiscalização, assim se concluindo que o fiscalizador apenas está obrigado a reparar solidariamente os danos a que deu con-causa em resultado da omissão do dever de fiscalizar. O que equivale a dizer, por conseguinte, que o lesado (credor) não terá o direito de exigir do fiscalizador o ressarcimento de todos os danos causados pela conduta do gestor, mas tão-somente aqueles danos que resultaram ou decorreram igualmente da omissão do seu dever de fiscalizar [na verdade, porque somente relativamente a estes existe uma relação de causalidade entre facto (inobservância das obrigações de fiscalização) e dano], sendo apenas dentro destes é que existe o dever de prestação integral a cargo do fiscalizador resultante do regime de responsabilidade solidária estabelecido no art. 81.º, n.º 2, do CSC, podendo o lesado (credor) exigir a totalidade da prestação devida⁽¹¹⁰⁾.

De modo que, tudo visto, existindo uma obrigação solidária de indemnizar do fiscalizador somente relativamente a tais danos, caracteriza-se a solidariedade passiva aqui existente como uma solidariedade falsa aparente ou imperfeita⁽¹¹¹⁾, desde logo, permitida pelo disposto no n.º 2 do art. 512.º do CC, segundo o qual a obrigação não deixa de ser solidária pelo facto de os devedores — *in casu* gestor e fiscalizador — estarem obrigados em termos diversos ou de ser diferente o conteúdo da sua prestação. O que se verifica, portanto, é que a referida solidariedade apenas existe em relação à parte comum da sua responsabilidade, ou seja, relativamente aos danos causados pela conduta do gestor e que igualmente resultaram ou decorreram da omissão do dever de fiscalizar por parte do fiscalizador. Tanto que, apenas em relação a esta mesma

⁽¹¹⁰⁾ Saliente-se, no entanto, que caso o lesado exija judicialmente a apenas um dos devedores (p. ex., ao fiscalizador) a totalidade ou até parte da prestação, fica, porém, inibido de proceder judicialmente contra o outro relativamente ao que aquele primeiro tenha exigido, excepto se houver razão atendível, como a insolvência ou o risco do demandado ou dificuldade, por outra causa, em obter dele a prestação — cf. art. 519.º, n.º 1, 2.ª parte, do CC.

⁽¹¹¹⁾ Cf. João de Matos ANTUNES VARELA, [n. 8], p. 756 e s..

parte comum é que se coloca a questão do direito de regresso pela quota respectiva no plano das relações internas (fiscalizador-gestor)⁽¹¹²⁾ e a respectiva medida das culpas e suas consequências (cf. arts. 497.º, n.º 2⁽¹¹³⁾, e 524.º do CC).

Demais a mais, cumpre mencionar que uma tal obrigação solidária imperfeita de indemnizar a cargo dos membros dos órgãos de fiscalização, encontra, pois, a sua explicação exactamente no facto de, nos termos expostos, o gestor ser responsável pela produção do dano a título de autoria e o fiscalizador ser responsável pelo mesmo a título de cumplicidade por omissão.

Por último, no que diz respeito ao fundamento, em geral, da consagração de um regime de solidariedade passiva no art. 81.º, n.º 2, do CSC, em nossa óptica, tal reconduz-se, em primeiro lugar, a um fundamento de facilitação da exigência do crédito, visto que havendo diferentes responsáveis pelo dano (pluralidade de devedores) — gestor e fiscalizador —, a lei, com o propósito de melhor acautelar os interesses do lesado (sociedade; credores sociais; sócios e terceiros), estabelece uma obrigação solidária de indemnizar entre os mesmos, pois, na verdade, deste modo, o lesado, v.g., goza do direito de exigir de qualquer um dos devedores solidários toda a prestação ou parte dela proporcional ou não à quota do interpelado (cf. art. 519.º, n.º 1, 1.ª parte, do CSC), podendo, desde logo, conforme visto, quando se trate de exigir judicialmente o cumprimento da obrigação demandar apenas um ou alguns dos devedores solidários (art. 517.º, n.º 1, do CC), não podendo o devedor solidário demandado opor o benefício da divisão, estando, ainda que chame os restantes devedores à demanda, obrigado a efectuar a prestação por inteiro (art. 518.º do CC), assim como, tratando-se de uma obrigação solidária, enquanto esta não prescrever em relação a todos os devedores, o lesado (credor) pode exigi-la, na íntegra, de um ou algum deles, o que não aconteceria caso esta

⁽¹¹²⁾ Efectivamente, atento o facto de o gestor ser o autor do facto danoso não goza este, evidentemente, de qualquer direito de regresso relativamente ao fiscalizador, sendo este direito unicamente exercitável pelo fiscalizador relativamente ao gestor.

⁽¹¹³⁾ Note-se, pois, que nos termos da parte final deste preceito se estabelece uma presunção *tantum iuris* (art. 350.º, n.º 2, 1.ª parte, do CC) de que as culpas dos responsáveis são iguais.

fosse uma obrigação conjunta, visto que teria que interpelar todos os devedores para evitar que alguma parte do crédito pudesse vir a prescrever, para além do facto de se um dos devedores se encontrar insolvente ou por qualquer outro motivo cumprir a prestação a que está adstrito, a sua quota-parte é repartida proporcionalmente entre todos os demais (art. 526.º do CC)⁽¹¹⁴⁾.

Por outro lado, parece-nos que o fundamento de uma tal obrigação solidária de indemnizar reside também na ideia-reitora de gerar segurança com vista a promover a confiança no funcionamento das sociedades comerciais (particularmente das estruturas de fiscalização respectivas), e, por via disso, da economia no geral, deste modo se prevenindo e punindo condutas omissivas dos membros dos órgãos de fiscalização, fundamento este que se encontra, aliás, bem vistas as coisas, em estreita ligação com o fundamento de facilitação da exigência do crédito acima referido e em directa consonância com o princípio condutor de todo o Direito Comercial (e, por isso também, das estruturas de fiscalização e respectivos regimes de responsabilidade das sociedades comerciais — cf. *supra* n. 24), que é a ideia de eficiência pragmática (funcionalidade), visando garantir a segurança jurídica capaz ela própria de promover a confiança no regular funcionamento das sociedades comerciais (agentes económicos, por excelência) e, em razão desta, na economia em geral.

4. Finalidade e natureza jurídica da responsabilidade solidária dos membros dos órgãos de fiscalização por factos danosos da autoria dos gestores das sociedades comerciais.

Em jeito de conclusão, uma derradeira reflexão importa fazer com respeito ao objecto do presente estudo. Tem esta a ver, de um lado, com a finalidade própria da responsabilidade solidária dos membros dos órgãos de fiscalização prevista no art. 81.º, n.º 2, do CSC e, de outro lado, com a natureza jurídica da mesma.

(114) Cf. João de Matos ANTUNES VARELA, [n. 8], p. 753.

Neste enfiamento, cumpre desde logo afirmar que este regime especial de responsabilidade civil, em nossa opinião, visa três propósitos fundamentais, a saber: ressarcimento ou reparação de danos do lesado; punição dos membros dos órgãos de fiscalização omitentes; prevenção ou prolixia da omissão do cumprimento do dever de fiscalizar por parte dos membros dos órgãos de fiscalização.

Na verdade, o primeiro dos ditos propósitos, encontra-se em directa consonância com a função primária de reparação ou indemnização de danos da responsabilidade civil e, bem assim, com o fundamento de facilitação da exigência do crédito da obrigação solidária de indemnizar a cargo dos membros dos órgãos de fiscalização, impondo sobre estes um dever de indemnizar o lesado em resultado dos danos sofridos.

Já o segundo daqueles fins, por seu turno, trata-se de uma projecção da função sancionatória da responsabilidade civil, consabidamente uma função secundária, acessória ou subordinada deste instituto jurídico que prevê uma sanção ou punição aos membros dos órgãos de fiscalização pela omissão ilícita e culposa das suas obrigações de fiscalização, encontrando-se ainda, bem vistas as coisas, em directa consonância com a ideia reitora de garantia de segurança e consequente promoção da confiança no regular funcionamento das sociedades comerciais, em particular das respectivas estrutura de fiscalização, que acima apontámos como fundamento da natureza solidária da obrigação de indemnizar a cargo do fiscalizador, porquanto estabelecendo-se uma sanção ou punição pela infracção por este cometida, pretende-se garantir a confiança geral naquelas mesmas estruturas de fiscalização e respectivas finalidades.

Em terceiro lugar, segundo nos parece, o regime de responsabilidade civil previsto no art. 81.º, n.º 2, do CSC visa ainda prevenir, mediante dissuasão pelo estabelecimento de uma obrigação solidária de indemnizar a cargo dos membros dos órgãos de fiscalização pela inobservância das suas obrigações de fiscalização que a serem cumpridas impediriam a produção de danos resultantes ou decorrentes de actos ou omissões praticadas pelos gestores das sociedades comerciais, precisamente que aqueles não omitam o cumprimento do seu dever de fiscalizar, constituindo, deste modo,

uma manifestação da referida função secundária da responsabilidade civil, na sua vertente de função preventiva e, encontrando-se, também, assim, em linha com sobredita ideia reitora de garantia de segurança e conseqüente promoção da confiança no regular funcionamento das sociedades comerciais, atrás assinalada como fundamento da natureza solidária da obrigação de indemnizar a cargo dos membros dos órgãos de fiscalização.

Por outro lado, no tocante à natureza jurídica da responsabilidade solidária dos membros dos órgãos de fiscalização respectivamente prevista no art. 81.º, n.º 2, do CSC, cabe dizer que esta terá uma natureza obrigacional (art. 798.º e ss. do CC) quando estejam em causa danos sofridos pela sociedade, em virtude do vínculo obrigacional de origem legal que existe entre aqueles e a sociedade e cuja violação origina a sua responsabilidade civil⁽¹¹⁵⁾.

De outra parte, tal responsabilidade terá, ao invés, uma natureza extracontratual quando se trate da responsabilidade dos fiscalizadores perante credores sociais e sócios e terceiros, isto porquanto, não existe nesta circunstância nenhuma relação jurídica de carácter contratual (*rectior*, obrigacional) entre os membros dos órgãos de fiscalização e aqueles enquanto lesados, tudo indicando, porém, que não se tratará aqui de uma responsabilidade pela violação de direitos subjectivos absolutos de outrem (1.ª variante da ilicitude — «violar ilicitamente o direito de outrem» — cf. n.º 1 do art. 483.º do CC), na medida em que nenhum dos mesmos possui qualquer direito absoluto susceptível de ser lesado pela inobservância das obrigações de fiscalização por parte dos membros dos órgãos de fiscalização, por um lado, e o facto consabido de o ordenamento jurídico não reconhecer um direito genérico ao património ou à sua integridade, por outro lado⁽¹¹⁶⁾, mas antes de uma responsabilidade pela violação de disposições legais de protecção (2.ª variante da ilicitude — «ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios» — cf. n.º 1 do art. 483.º do CC), uma vez que aquando da produção de danos na esfera jurídica dos

⁽¹¹⁵⁾ No mesmo sentido, a propósito da responsabilidade dos fiscalizadores perante a sociedade por actos ou omissões de sua própria autoria (art. 81.º, n.º 1, do CSC), vd. Gabriela FIGUEIREDO DIAS, [n. 34], pp. 58-60.

⁽¹¹⁶⁾ Cf. João de Matos ANTUNES VARELA, [n. 8], p. 540.

credores sociais, sócios e terceiros resultantes ou decorrentes da omissão do cumprimento do dever de fiscalizar a cargo dos membros dos órgãos de fiscalização estes configuram danos puramente patrimoniais (*pure economic loss*), caracterizados como lesões no património dos mesmos não correspondentes à violação de qualquer direito subjectivo, sendo que a ressarcibilidade dos referidos danos somente é admissível quando ocorre precisamente a violação de disposições legais de protecção⁽¹¹⁷⁾. Isto dito, importará, contudo, para que se concretize a responsabilidade civil do fiscalizador que se verifiquem cumulativamente os seguintes pressupostos⁽¹¹⁸⁾:

- 1) Que a lesão dos interesses do particular (credor social, sócio e terceiros) corresponda a violação de uma norma legal;
- 2) Que a tutela dos interesses particulares figure, efectivamente, entre os fins visados pela norma violada;
- 3) Que o dano se inscreva no círculo de interesses particulares que a lei visa tutelar.

Desta feita, mostrar-se-á então necessário verificar (atento o facto de, para efeitos do disposto no art. 81.º, n.º 2, do CSC, já ter ocorrido a violação de normas legais em consequência da omissão do cumprimento das obrigações de fiscalização por parte do fiscalizador, estando, assim, já preenchido o primeiro dos referidos pressupostos) se, em concreto, foram de facto inobservadas normas especificamente destinadas a proteger os interesses do credor social, sócio e terceiros e se o dano produzido se inscreve no círculo de interesses particulares que a norma em causa pretende tutelar⁽¹¹⁹⁾.

⁽¹¹⁷⁾ Profundamente sobre a temática dos danos puramente patrimoniais e da responsabilidade civil pela violação de disposições legais de protecção, por todos, vd. Adelaide MENEZES LEITÃO, [n. 86], esp.¹⁶ p. 295 e ss. e p. 639 e ss..

⁽¹¹⁸⁾ Cf. João de Matos ANTUNES VARELA, [n. 8], pp. 539-542.

⁽¹¹⁹⁾ No sentido do texto a respeito da responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização perante credores sociais, sócios e terceiros por actos ou omissões da sua autoria (art. 81.º, n.º 2, do CSC), cf. Gabriela FIGUEIREDO DIAS, [n. 34], pp. 60-64.

III. Conclusões.

Uma vez aqui chegados, eis, em síntese, as principais conclusões a que tivemos o ensejo de chegar com respeito ao objecto do presente estudo:

- 1) A responsabilidade solidária dos membros dos órgãos de fiscalização estabelecida no art. 81.º, n.º 2, do CSC pressupõe o cometimento de factos danosos pelos gestores das sociedades comerciais, tendo, simultaneamente, os membros dos órgãos de fiscalização omitido o cumprimento das suas obrigações de fiscalização que, caso tivessem sido observadas, teriam feito com que os referidos factos danosos não se teriam produzido;
- 2) O facto danoso assim produzido é da autoria do gestor da sociedade comercial, sendo que os membros dos órgãos de fiscalização são co-responsáveis pelo mesmo, porquanto caso não tivessem omitido o cumprimento das suas obrigações de fiscalização aquele não se teria verificado, razão pela qual são cúmplices por omissão relativamente ao mesmo;
- 3) Na verdade, não gerando a sua omissão física ou materialmente o dano, por pender sobre os membros dos órgãos de fiscalização uma prestação de facto de conteúdo positivo (prestação *de facere*), imposta pelo dever de fiscalizar, a sua inobservância em todo o caso deu con-causa ao facto danoso da autoria do gestor da sociedade comercial;
- 4) São destinatários do art. 81.º, n.º 2, do CSC e, por via disso, sujeitos responsáveis para efeitos do mesmo os seguintes membros de órgãos de fiscalização das sociedades comerciais:
 - a) os membros do conselho fiscal;
 - b) os membros da comissão de auditoria;
 - c) os membros do conselho geral e de supervisão;
- 5) O ROC será responsabilizados nos termos e para os efeitos do disposto no art. 81.º, n.º 2, do CSC quando dentro da estrutura de fiscalização que integra actuar no exercício de funções de fiscalização propriamente dita (fiscalização política), o que

implicará, por conseguinte, analisar, no caso concreto, se a acção ou omissão geradora de responsabilidade civil do ROC foi cometida no âmbito das mesmas;

- 6) Para que haja lugar à obrigação de indemnizar estabelecida no art. 81.º, n.º 2, do CSC terá de se verificar a responsabilidade civil do próprio gestor por factos danosos causados, isolada ou cumulativamente, à sociedade, credores sociais e sócios e terceiros, nos termos do disposto no art. 72.º, 78.º e 79.º do CSC;
- 7) Os membros dos órgãos de fiscalização são igualmente responsáveis solidariamente nos termos e para os efeitos do disposto no art. 81, n.º 2, do CSC pelos factos danosos de autoria dos gestores suplentes das sociedades anónimas, dos directores-gerais, dos mandatários sem representação da sociedade e dos accionistas por deliberações sociais respeitantes a matérias de gestão tomadas em resultado de pedido do órgão de administração e representação para o efeito;
- 8) Os membros dos órgãos de fiscalização respondem solidariamente também nos termos e para os efeitos do disposto no art. 81.º, n.º 2, do CSC pelos factos danosos de autoria dos administradores de facto;
- 9) Para que haja lugar à obrigação de indemnizar prevista no art. 81.º, n.º 2, do CSC terá igualmente que se verificar a omissão do dever de fiscalizar por parte dos membros dos órgãos de fiscalização, dever esse legalmente imposto, tanto por normas preceptivas que impõem a estes directamente determinada conduta, como indirectamente por normas que impõem aos mesmos a sua colaboração na prevenção de certo resultado punido ou reprovado de outro modo naquela, consubstanciando, assim, em caso de inobservância, respectivamente, omissões puras e comissões por omissão;
- 10) Este genérico dever de fiscalizar, paralelo no âmbito de actuação dos fiscalizadores ao dever de administrar que constitui a obrigação típica dos gestores, constitui o agregado dos deveres próprios dos membros dos órgãos de fiscalização, conferindo individualidade, tipicidade e unidade à sua situação, pelo que, os deveres de cuidado consagrados no art. 64.º,

- n.º 2, do CSC a cargo dos mesmos estabelecem, na verdade, um modo-de-conduta do referido dever de fiscalizar, fazendo que os membros dos órgãos de fiscalização estejam obrigados a prestar uma fiscalização cuidada (impondo-lhe, por isso, um princípio de responsabilidade acrescido) que se caracteriza pelo cumprimento das obrigações de fiscalização revelando a disponibilidade, competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade adequado às suas funções, empregando para o efeito elevados padrões de diligência profissional e deveres de lealdade no interesse da sociedade;
- 11) A omissão do dever de fiscalizar por parte dos membros dos órgãos de fiscalização enquadra-se no âmbito do sistema de responsabilidade civil na categoria da ilicitude;
 - 12) Constitui também pressuposto da obrigação de indemnizar previsto no art. 81.º, n.º 2, do CSC a produção de um dano resultante ou decorrente da omissão do dever de fiscalizar por parte dos membros dos órgãos de fiscalização;
 - 13) Pressuposto que as categorias autónomas e distintas da culpa e da causalidade se referem, respectivamente, a um nexó facto-pessoa pelo qual se analisa se determinado sujeito é responsável por certo facto para efeitos de sobre ele fazer pender a obrigação de indemnizar e a um nexó (objectivo) facto-dano que constitui uma medida de delimitação dos danos indemnizáveis e porque no sobredito pressuposto da obrigação de indemnizar previsto no art. 81, n.º 2, do CSC intercede notoriamente um nexó deste segundo tipo, aquele respeita à categoria da causalidade, relevando, assim, para efeitos gerais da mesma;
 - 14) Também no âmbito da categoria da causalidade, mostra-se relevante para afastar a obrigação de indemnizar a cargo dos membros dos órgãos de fiscalização a verificação de uma situação de comportamento lícito alternativo, segundo a qual o facto danoso, que não se teria produzido caso os membros dos órgãos de fiscalização tivessem observado as suas obrigações de fiscalização, teria tido ainda assim seguramente lugar, como efectivamente teve, ainda que aqueles tivessem cum-

prido as suas obrigações de fiscalização, em virtude da inexistência de um nexo de causalidade entre a conduta omissiva (do dever de fiscalizar) dos mesmos e o dano, o qual, conforme dito, ter-se-ia sempre produzido ainda que os membros dos órgãos de fiscalização tivessem observado as suas obrigações de fiscalização, funcionando, pois, a doutrina da conexão do risco e a referida figura do comportamento lícito alternativo, dentro do sistema geral da responsabilidade civil, como um segundo degrau do pressuposto do nexo de causalidade;

- 15) Pelo contrário, no âmbito do regime de responsabilidade civil dos membros dos órgãos de fiscalização previsto no art. 81.º, n.º 2, do CSC, verifica-se a irrelevância negativa da causa virtual, nos termos da qual ocorrendo um dano resultante da inobservância por parte dos membros dos órgãos de fiscalização das respectivas obrigações de fiscalização (causa real) que, ainda assim, ter-se-ia produzido, na ausência desta, por força de um caso fortuito, dum facto do próprio lesado ou de um facto de um terceiro que induziria também a responsabilidade do seu autor caso tivesse causado efectivamente o dano (causa virtual), já que, entre nós, salvo os casos excepcionais insusceptíveis de analogia material previstos no CC, vigora a regra geral da irrelevância negativa da causa virtual, não intercedendo, aliás, qualquer tipo de analogia possível entre a situação acima referida e o disposto no art. 491.º do CC, na realidade o único preceito legal, à partida, susceptível de um qualquer paralelismo com a mesma;
- 16) Recaindo sobre os membros os órgãos de fiscalização uma obrigação solidária de indemnizar o lesado, estes não são responsáveis por todos os danos causados pela conduta do gestor, mas apenas e tão-só pelos danos que igualmente resultaram ou decorreram da sua própria conduta omissiva, a qual, a não se ter verificado, teria impedido que aqueles se tivessem produzido, razão pela qual, os membros dos órgãos de fiscalização apenas estão obrigados a reparar de entre os danos causados pela conduta do gestor aqueles que não se teriam produzido caso não tivesse omitido o cumprimento das suas obrigações de fiscalização, apenas podendo o lesado exigir dos mesmos os danos que

resultaram ou decorreram igualmente da omissão do seu dever de fiscalizar, sendo somente relativamente a estes é que existe um dever de prestação integral resultante do regime de responsabilidade solidária estabelecido no art. 81.º, n.º 2, do CSC;

- 17) Nesta conformidade, a solidariedade passiva resultante do disposto no art. 81.º, n.º 2, do CSC, caracteriza-se por ser uma solidariedade falsa, aparente ou imperfeita, permitida nos termos do disposto no art. 512.º, n.º 2, do CSC, unicamente havendo uma obrigação solidária de indemnizar a cargo de gestor e fiscalizador relativamente à parte comum da responsabilidade de ambos, isto é, relativamente aos danos causados pela conduta do gestor que igualmente resultaram ou decorreram da omissão do dever de fiscalizar por parte do fiscalizador, assim, apenas se colocando em relação aos mesmos a questão do direito de regresso pela quota respectiva do fiscalizador relativamente ao gestor e a respectiva medida das culpas e suas consequências;
- 18) Esta obrigação solidária imperfeita de indemnizar tem a sua explicação pela circunstância de o gestor ser autor do facto danoso e o fiscalizador ser responsável pelo mesmo a título de cumplicidade por omissão;
- 19) A consagração, em geral, de um regime de solidariedade passiva no art. 81.º, n.º 2, do CSC tem como fundamento a facilitação da exigência do crédito e a ideia-reitora de gerar segurança com vista a promover a confiança no regular funcionamento das sociedades comerciais, em particular das estruturas de fiscalização respectivas, e, por via disso, na economia em geral;
- 20) O regime de responsabilidade solidária dos membros dos órgãos de fiscalização estabelecido no art. 81.º, n.º 2, do CSC visa três fins fundamentais, a saber: a reparação de danos do lesado, a punição dos membros dos órgãos de fiscalização omitentes e a prevenção da omissão do cumprimento das suas obrigações de fiscalização, os quais, respectivamente, estão em consonância com a função de reparação de danos da responsabilidade civil e com o fundamento da facilitação da exi-

gência do crédito acima referido respeitante à obrigação solidária de indemnizar a cargo dos membros dos órgãos de fiscalização e com as chamadas funções sancionatória e preventiva da responsabilidade civil e a ideia reitora de garantia de segurança e conseqüente promoção da confiança no regular funcionamento das sociedades comerciais, em particular das suas estruturas de fiscalização, apontada como fundamento da natureza solidária da obrigação de indemnizar a cargo dos membros dos órgãos de fiscalização;

- 21) A responsabilidade solidária dos membros dos órgãos de fiscalização prevista no art. 81.º, n.º 2, do CSC tem natureza obrigacional (art. 798.º e ss. do CC) quando estejam em causa danos sofridos pela sociedade;
- 22) A responsabilidade solidária dos membros dos órgãos de fiscalização prevista no art. 81.º, n.º 2, do CSC tem natureza extracontratual quando se trate de danos sofridos pelos credores sociais, sócios e terceiros (art. 483.º e ss. do CC), designadamente configurando uma responsabilidade pela violação de disposições legais de protecção (2.ª variante de ilicitude), sendo necessário para que a mesma se concretize que se verifique se, em concreto, foram de facto inobservadas normas especificamente destinadas a proteger os interesses daqueles e se o dano produzido se inscreve no círculo de interesses particulares que a norma em questão pretende tutelar.