



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

Faculdade de Direito - Escola de Lisboa

Trabalho Final do Mestrado Forense

(Mestrado Profissional)

**Da Responsabilidade Civil dos Administradores
pela Violação do Dever de Diligência à luz do Artigo
72.º do Código das Sociedades Comerciais**

Orientador: Dra. Rita Amaral Cabral

Inês Filipa Pereira Cabral Ferreira

Lisboa, 29 de Abril de 2011

ABREVIATURAS

A./AA. – Autor/Autores	ed. – edição
AA.VV. – Autores Vários	EUA – Estados Unidos da América
Ac. – Acórdão	FDUNL – Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
Adm. – Administrador ou gerente	IDET – Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho
AG – Assembleia Geral	LSA – Lei das Sociedades Anónimas
al.(s) – alínea(s)	LSQ – Lei das Sociedades por Quotas
Anot. – Anotação	n.º – número
Art.(s) – Artigo(s)	nt. – nota
BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra	p./pp. – página/páginas
Bjr – <i>Business Judgment Rule</i>	PCG – <i>Principles of Corporate Governance</i>
BMJ – Boletim do Ministério da Justiça	Profs. – Professores
Cad. – Cadernos	RDS – Revista de Direito das Sociedades
Cap. – Capítulo	RLJ – Revista de Legislação e Jurisprudência
Cf. - Conferir	ROA – Revista da Ordem dos Advogados
cit. – citado	RU – Reino Unido
CMVM – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários	SA – Sociedade Anónima
Cód. – Código	SCom – Sociedade Comercial
coord. - coordenação	Séc. – Século
CPC – Código de Processo Civil	Sep. – Separata
CSC – Código das Sociedades Comerciais, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março	SQ – Sociedade por Quotas
CVM – Código dos Valores Mobiliários	ss. – seguintes
DL – Decreto-Lei	UCP – Universidade Católica Portuguesa
DSR – Direito das Sociedades em Revista	V. – Ver
EBLR – <i>European Business Law Review</i>	vol. – volume

SUMÁRIO

- I. INTRODUÇÃO
- II. A EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGISLATIVA: BREVE REFERÊNCIA À REFORMA DE 2006
- III. OS MODELOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES
- IV. O “DEVER DE DILIGÊNCIA” DO ARTIGO 64.º CSC NO QUADRO DOS DEVERES DOS ADMINISTRADORES
- V. A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES PARA COM A SOCIEDADE
- VI. A EFECTIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE
- VII. A NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE
- VIII. CONCLUSÃO

ÍNDICE

I.	INTRODUÇÃO	6
II.	A EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGISLATIVA: BREVE REFERÊNCIA À REFORMA DE 2006	8
III.	OS MODELOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES	9
	1. O “Modelo Processual” Francês	10
	2. O “Modelo Substantivo” Alemão	12
	3. O “Modelo de Síntese” Português	12
IV.	O “DEVER DE DILIGÊNCIA” DO ARTIGO 64.º CSC NO QUADRO DOS DEVERES DOS ADMINISTRADORES	13
	1. O Dever de Cuidado (<i>Duty of care</i>)	16
	2. O Dever de Lealdade (<i>Duty of loyalty</i>)	18
V.	A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES PARA COM A SOCIEDADE	23
	1. A Situação Jurídica dos Administradores	23
	1.1. Teorias Contratualistas.....	24
	1.2. Teorias Unilateralistas	26
	1.3. Teorias Dualistas.....	27
	2. Os Pressupostos da Responsabilidade	28
	2.1. Facto.....	28
	2.2. Ilícitude	29
	2.3. Culpa.....	29
	2.4. Dano.....	32
	2.5. Nexo de Causalidade	32
	3. Os Factores de Exoneração da Responsabilidade	33
	3.1. A <i>Business Judgment Rule</i>	33
	3.2. Não Participação ou Oposição do Administrador.....	36
	3.3. Deliberação dos Sócios	37
	4. A Solidariedade na Responsabilidade.....	38
	5. As Causas de Extinção da Responsabilidade.....	39
	5.1. Cláusulas de Exclusão e de Limitação da Responsabilidade.....	39
	5.2. Renúncia e Transacção	40

5.3. Prescrição.....	41
VI. A EFECTIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE.....	41
1. Acção social <i>ut universi</i>	41
2. Acção social <i>ut singuli</i>	42
3. Acção sub-rogatória de credores sociais.....	44
VII. A NATUREZA JURÍDICA DA RESPONSABILIDADE.....	45
VIII. CONCLUSÃO.....	49
BIBLIOGRAFIA.....	51

I. INTRODUÇÃO

O tema da responsabilidade civil dos administradores de sociedades comerciais surgiu a propósito da SA, mas posteriormente estendeu-se aos demais tipos societários¹.

Durante o séc. XIX, a AG era o órgão societário por excelência, desempenhando um papel central na vida da sociedade. Porém, o direito societário europeu evoluiu progressivamente no sentido de limitar a intromissão da assembleia na área de actuação dos administradores. E, paralelamente, o poder destes foi registando grande expansão e autonomia². Hoje é o órgão de administração que assume o protagonismo essencial na estrutura orgânica das sociedades³.

Correspondentemente, passou a ser evidenciado pela dogmática que os adm. das sociedades são titulares de dois poderes-deveres fundamentais, que se traduzem numa actividade interna - a gestão, propriamente dita – e numa actividade externa, dirigida a terceiros - a representação da sociedade⁴. A par de uma multiplicidade de poderes de iniciativa em diversas matérias.

Em paralelo, o aumento crescente dos poderes dos adm. determinou e foi ampliado pela dissociação entre o risco de capital e a direcção efectiva da sociedade, a qual se tornou num princípio estruturante das modernas SCom⁵. Está-se perante um “poder sobre propriedade alheia”⁶, dada a clareza da diferenciação entre a posição dos sócios, que detêm o capital social e suportam o risco da actividade societária (*ownership*) e a posição dos profissionais especializados, que suportam o risco de administração (*management*)⁷.

Ora, tal como qualquer liberdade, também a concentração de poderes nos adm. e a independência com que estes os exercem implica responsabilidade. Contudo, esta terá

¹ V. M. Cordeiro, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, Lisboa, 1997, pp. 134-142.

² V. A. Soveral Martins, *Os poderes de representação dos administradores de sociedades anónimas*, BFDUC, Coimbra Editora, 1998, pp. 1-17.

³ O art. 373.º, n.º 2 CSC demonstra que, fora do âmbito da sua competência específica, a AG possui uma competência subsidiária, uma vez que delibera sobre as matérias que “não caibam, legal ou contratualmente, na atribuição de outros órgãos societários” - Paulo Olavo Cunha, *Direito das sociedades comerciais*, 4.ª ed., Almedina, 2010, pp. 627-631.

⁴ V. A. Soveral Martins, *Os poderes de representação* cit., pp. 23-27.

⁵ V. Paulo Olavo Cunha, *Direito das sociedades* cit., pp. 118-119 e 569-570.

⁶ A. Soveral Martins, *Os poderes de representação* cit., p. 13.

⁷ Sobre a doutrina anglo-saxónica da *agency*, v. Pedro Pais de Vasconcelos, “Responsabilidade civil dos gestores das sociedades comerciais”, DSR, ano 1, vol. 1, 2009, pp. 11-21.

de ser limitada em função dos riscos inerentes à própria actividade e à necessidade de incentivar o exercício da mesma.

Dada a complexidade da temática, o presente trabalho incidirá tão-só sobre o estudo da responsabilidade civil para com a sociedade e centrar-se-á na análise, ainda que muito sumária, dos “deveres fundamentais” dos adm. a que se refere o art. 64.º CSC⁸.

Através do estudo da relação entre adm. e sociedade e do regime jurídico da responsabilidade dos adm. para com a mesma, nomeadamente, dos seus pressupostos constitutivos, da inovadora *bjr* e da solidariedade que preside à obrigação de indemnizar, procurar-se-á averiguar do grau de afastamento que distingue esta espécie de responsabilidade do regime comum da responsabilidade civil.

Será possível reconduzir a natureza jurídica da responsabilidade civil dos adm. às categorias de responsabilidade, com regimes claramente diferenciados, do CC? Sem dúvida que o CSC parte dos quadros da responsabilidade civil comum⁹.

Todavia, pelos interesses em jogo, pelos particularismos do respectivo regime jurídico, pela interferência dos deveres dos adm. na concretização dos pressupostos em que assenta a responsabilidade, pela função primordial de prevenção, pela previsão, a nível processual, de diversas acções que efectivam a responsabilidade, esta é uma área privilegiada para aprofundar e testar as recentes evoluções doutrinárias no instituto da responsabilidade civil.

Talvez seja, também aqui, adequado falar de uma “terceira via” na responsabilidade civil...

⁸ Consoante o tipo societário em causa, os membros do órgão de administração designam-se por gerentes, nas SQ (v. arts. 192.º, n.º 1 e 252.º, n.º 1 CSC) ou por administradores, nas SA (v. art. 278.º, n.º 1 CSC). Contudo, utilizaremos indistintamente a expressão “administradores” para os designar. V. M. Cordeiro, *Da responsabilidade cit.*, p. 17.

⁹ A propósito da primazia dos quadros do direito comum no CSC, v. M. Cordeiro, *Da responsabilidade cit.*, pp. 33-37.

II. A EVOLUÇÃO HISTÓRICO-LEGISLATIVA: BREVE REFERÊNCIA À REFORMA DE 2006

Até ao Cód. Ferreira Borges não existia legislação nacional que versasse especificamente as SCom. Ainda assim, este diploma não tratava da matéria da responsabilidade civil dos administradores.

A LSA de 22 de Junho de 1867 foi a primeira lei portuguesa a regular este tipo societário e a tratar aquela matéria. Do art. 16.º constava a responsabilidade solidária dos adm. pelo incumprimento do mandato, violação da lei e dos estatutos e o art. 47.º estabelecia a possibilidade de qualquer accionista, individual ou colectivamente, intentar uma acção de responsabilidade contra os administradores.

O Cód. Veiga Beirão, publicado em 1888, não desenvolveu este tema, apresentando apenas dois preceitos respeitantes àquela matéria. O art. 165.º tratava da responsabilidade solidária e ilimitada dos fundadores de SA. Por sua vez, o art. 173.º consagrava a responsabilidade solidária dos adm. (“directores”) para com a sociedade e terceiros pela “inexecução do mandato”, violação dos estatutos e da lei¹⁰. A LSQ de 11 de Abril de 1901 estendeu este regime de responsabilidade às SQ.

Entre 1888 e o CSC de 1986 surgiram relevantes e inovadoras leis, de entre as quais se destaca o DL 49.381, de 15 de Novembro de 1969, sobre fiscalização de sociedades e responsabilidade dos membros do órgão de administração, sendo esta última questão regulada nos respectivos arts. 17.º a 26.º. O regime da responsabilidade civil era aplicável, com as necessárias adaptações, às SQ por força do art. 47.º, n.º 3 DL.

O n.º 1 do citado art. 17.º obrigava os adm. a empregarem, no exercício das suas funções, a “diligência de um gestor criterioso e ordenado”. O n.º 2 tratava da responsabilidade dos adm. para com a sociedade “pelos danos a esta causados por actos e omissões praticados com preterição dos deveres legais ou estatutários”, estabelecendo uma presunção de culpa e o art. 23.º consagrava a responsabilidade dos adm. para com os credores sociais. Como veremos, o CSC adoptou, em grande medida, o conteúdo deste DL.

Salienta-se, igualmente, o DL 389/77, de 15 de Setembro, sobre a administração de SA, que admitiu a desnecessidade da qualidade de accionista para o exercício de funções de administração.

¹⁰ “Direcção” e “directores” eram expressões utilizadas pelo Cód. Veiga Beirão para designar “conselho de administração” e “administradores”, noções trazidas pelo posterior DL 49.381.

O CSC, aprovado pelo DL 262/86, de 2 de Setembro, passou a constituir o diploma legal único sobre SCom. Contudo, a ele seguiram-se numerosas alterações, das quais se realça a reforma de 2006, introduzida pelo DL 76-A/2006, de 29 de Março¹¹.

Das mudanças trazidas pela reforma indicar-se-á apenas, pelo seu relevo para o presente trabalho, a reformulação do art. 64.º, que versa sobre os deveres dos membros dos órgãos de administração e fiscalização e delimita o que se entende por “interesse social”. E, ainda, o novo n.º 2 do art. 72.º, que representa uma tentativa de consagração da *bjr* de origem norte-americana. Atente-se que ambos os preceitos constituem regras gerais, aplicáveis a todos os tipos societários. A eles voltaremos.

Apresentada muito brevemente a evolução do direito societário português em matéria de responsabilidade civil dos administradores, cumpre agora analisar e compreender o seu actual regime jurídico¹².

III. OS MODELOS DE RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES

O estudo da responsabilidade civil dos adm. pode efectuar-se a partir de diferentes perspectivas. A análise das principais orientações adoptadas neste domínio revela-se importante para a compreensão do actual sistema jurídico-societário português.

No direito europeu, existem essencialmente dois modelos de responsabilidade civil dos administradores: o “modelo processual” adoptado pelo sistema jurídico francês e o “modelo substantivo” de origem alemã¹³.

O ordenamento português recebeu a influência destes dois modelos fundamentais e em muitos pontos antagónicos. Trata-se, pois, como se verá, de um “sistema híbrido”¹⁴.

¹¹ Para uma visão completa das alterações introduzidas pela reforma de 2006, v. Paulo Olavo Cunha, *Direito das sociedades* cit., pp. 31-46; Paulo Câmara, *O Governo das Sociedades e a Reforma do Código das Sociedades Comerciais*, AA.VV., *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, Almedina, 2008, pp. 20-25.

¹² Para um estudo pormenorizado da evolução do direito das sociedades em Portugal, v. R. Pinto Duarte, *Escritos sobre direito das sociedades*, Coimbra Editora, 2008, pp. 81 e ss.

¹³ Cf. M. Cordeiro, *Da responsabilidade* cit., pp. 106 e ss. e 116 e ss.

¹⁴ V. M. Elisabete Ramos, “Aspectos substantivos da responsabilidade civil dos membros do órgão de administração perante a sociedade”, BFDUC, 1997, p. 212; F. Vaz Pinto e M. Keel Pereira, “A responsabilidade civil dos administradores de sociedades comerciais”, FDUNL N.º5, 2001, p. 6.

Ainda assim, importa ter presente que o modelo francês e o germânico não constituem modelos puros, na medida em que o primeiro acaba por concretizar, por via jurisprudencial, o elenco de deveres dos adm. e o segundo não ignora a distinção das diversas acções de responsabilidade¹⁵.

1. O “Modelo Processual” Francês

A doutrina francesa trata da responsabilidade civil dos adm. de uma perspectiva processual, partindo da distinção das várias acções de responsabilidade¹⁶. Para o efeito, individualiza quatro categorias de acções: a acção social *ut universi*, a acção social *ut singuli*, a acção individual dos sócios e a acção de grupo¹⁷.

Importa compreender a razão para este ponto de partida processual.

Desde os estatutos das companhias coloniais do séc. XVII que vigorava a irresponsabilidade dos administradores, quer por razão de incentivo à ocupação do cargo, quer por, à data, ainda se encontrar em construção o conceito de personalidade colectiva.

O *Code de Commerce* de 1807 adoptou a mesma solução, mas qualificou os adm. das SA como mandatários, o que já permitia vislumbrar o problema da respectiva responsabilidade sempre que não cumprissem o mandato a que estavam vinculados. Contudo, esta temática não apresentava ainda grande relevância prática devido à permanente fiscalização a que as SA estavam sujeitas e à teoria da representação, que imputava à sociedade os actos praticados pelos seus administradores.

O papel decisivo para a autonomização do problema da responsabilidade coube à Lei Francesa de 1867, que continuou a considerá-los como mandatários, mas estabeleceu que para tal tinham de ser sócios.

A consideração dos adm. como mandatários da sociedade colocava um problema ao nível da sua responsabilização, que se traduzia no facto de só a sociedade poder,

¹⁵ V. M. Cordeiro, *Da responsabilidade* cit., p. 127.

¹⁶ V. R. Ventura/L. Brito Correia, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas/Estudo comparativo dos direitos alemão, francês, italiano e português – Nota explicativa do Cap. II do DL 49 381, de 15 de Novembro de 1969*, BMJ n.ºs 192,193,194 e 195, Lisboa, 1970, pp. 14-20.

¹⁷ Cf. M. Elisabete Ramos, “Aspectos substantivos ...”, cit., p. 213.

perante “infracções às disposições da presente lei” ou “fautes que eles tenham cometido na sua gestão”, efectivar essa responsabilidade mediante a correspondente acção¹⁸. O que sucedia era que a sociedade tinha tendência a validar as actuações dos adm. nas quais revia a sua vontade, sem nunca recorrer a este meio processual.

É neste contexto de “falso controlo” por parte da sociedade que a jurisprudência francesa estendeu a legitimidade para intentar acções contra os adm. a cada sócio, individualmente, e não apenas à própria sociedade. Trata-se da chamada acção social *ut singuli*¹⁹.

Relembre-se que, no sistema francês, os pressupostos da responsabilidade civil dos adm. correspondem à violação da lei e à *faute* na gestão²⁰. Não existe uma definição única e clara de “faltas na gestão”²¹. No entanto, está-se perante conceito que tem presente as noções de ilicitude e de culpa e que corresponde ao desvalor atribuído a uma conduta do administrador, atendendo ao que se entende por interesse da sociedade²².

O modo de actuação dos adm. é, pois, delimitado por um conceito vago que em nada se assemelha a um elenco dos deveres concretos. Em todo o caso, o problema da determinação da actuação é assim resolvido e a preocupação centra-se no plano processual, consistindo em apurar quem tem legitimidade para intentar uma acção contra os adm. e como deverá fazê-lo²³.

Não obstante a necessidade de verificar, no plano substantivo, quais as normas ou os deveres violados, não deve subestimar-se a importância prática deste modelo, na medida em que constitui um instrumento ao serviço da efectivação dos deveres dos administradores.

¹⁸ M. Cordeiro, *Da responsabilidade* cit., pp. 106-112.

¹⁹ Para M. Cordeiro, esta seria a acção social *ut singuli* em sentido próprio, sendo que a acção prevista no art. 77.º, n.º 1 CSC consagraria uma “acção de grupo” ou uma acção social *ut singuli* em sentido impróprio. Aquela figura não encontra correspondência no nosso CSC. Cf. M. Cordeiro, *Da responsabilidade* cit., p. 109.

²⁰ V. M. Cordeiro, *Da responsabilidade* cit., p. 127; M. Elisabete Ramos, “Aspectos substantivos...”, cit., p. 213.

²¹ No sentido de “violação em matéria de gestão”, v. R. Ventura/L. Brito Correia, *Responsabilidade civil* (1970) cit., p. 61, nt. 105.

²² V. F. Vaz Pinto e M. Keel Pereira, “A responsabilidade civil...”, cit., p. 6.

²³ V. M. Cordeiro, *Da responsabilidade* cit., pp. 114-115.

2. O “Modelo Substantivo” Alemão

O sistema alemão afasta-se das acções de responsabilidade e toma como ponto de partida o “sujeito activo do dever de indemnizar”²⁴, ou seja, quem sofre o prejuízo. Desta forma, realiza uma divisão tricotómica, na qual se contrapõem a responsabilidade para com a sociedade, a responsabilidade para com os sócios e a responsabilidade para com terceiros.

Este modelo centra-se na identificação dos pressupostos da responsabilidade civil dos administradores, baseado no binómio ilicitude/culpa²⁵.

Correspondentemente, verifica-se um esforço da doutrina e da jurisprudência alemãs na elaboração de um catálogo dos deveres substanciais dos administradores, sujeito a constante concretização e aperfeiçoamento. A violação de um destes deveres integra o ilícito e fundamenta a responsabilidade civil.

Em relação à culpa, parte-se de formulação geral que se traduz no “dever de actuar como um administrador ordenado e consciencioso”²⁶.

3. O “Modelo de Síntese” Português

O sistema jurídico-societário português “bebeu” dos dois modelos fundamentais historicamente opostos – o francês e o alemão –, configurando um “modelo de síntese”²⁷.

A responsabilidade civil dos adm. de SCom encontra-se regulada no Cap. VII, do Título I (Parte Geral), nos arts. 71.º a 79.º²⁸. O regime jurídico aí previsto apresenta soluções substantivas, influência clara do modelo alemão e aspectos essencialmente processuais, inspiração do direito francês²⁹.

Das questões substantivas tratam os arts. 71.º a 74.º, 78.º, n.º 1 e 79.º.

²⁴ R. Ventura/L. Brito Correia, *Responsabilidade civil* (1970) cit., pp. 22-23.

²⁵ V. M. Cordeiro, *Da responsabilidade* cit., p. 125; M. Elisabete Ramos, “Aspectos substantivos...”, cit., pp. 212-213; “Procura-se separar, clara e rigorosamente, o juízo que é feito sobre o agente, do juízo que é feito sobre o facto...” – F. Vaz Pinto e M. Keel Pereira, “A responsabilidade civil...”, cit., p. 7.

²⁶ M. Elisabete Ramos, “Aspectos substantivos...”, cit., p. 213.

²⁷ V. M. Cordeiro, *Da responsabilidade* cit., pp. 127-128 e 469.

²⁸ A referência a preceitos legais sem indicação do respectivo diploma respeita ao CSC.

²⁹ V. M. Elisabete Ramos, “Aspectos substantivos...”, cit., pp. 213-216; F. Vaz Pinto e M. Keel Pereira, “A responsabilidade civil...”, cit., p. 8.

O art. 71.º consagra a responsabilidade quanto à constituição da sociedade e os restantes preceitos individualizam os pressupostos da responsabilidade civil dos administradores, já em pleno funcionamento da sociedade, consoante o titular do direito violado (responsabilidade para com a sociedade – art. 72.º; responsabilidade para com os credores sociais – art. 78.º, n.º 1 e responsabilidade para com os sócios e terceiros – art. 79.º). Delimitam os casos de inexistência de responsabilidade (art. 72.º, n.ºs 2, 3 e 5); consagram a solidariedade na responsabilidade em caso de pluralidade de adm. responsáveis (art. 73.º) e, ainda, a nulidade das cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade dos adm. e algumas causas de extinção da mesma (art. 74.º, n.ºs 1 e 2, respectivamente).

Sobre os aspectos processuais referem os arts. 75.º a 77.º e 78.º, n.º 2. Estes preceitos individualizam as diversas acções de responsabilidade: a acção social *ut universi* (arts. 75.º e 76.º), a acção social *ut singuli* (art. 77.º) e a acção sub-rogatória dos credores sociais (art. 78.º, n.º 2).

O sistema português da responsabilidade civil dos adm. de SCom, em particular da responsabilidade para com a sociedade será tratado adiante mais pormenorizadamente. Por agora, importa destacar a sistematização funcional³⁰ do CSC, que consubstancia um modelo que foi absorvendo “o melhor de dois mundos”.

IV. O “DEVER DE DILIGÊNCIA” DO ARTIGO 64.º CSC NO QUADRO DOS DEVERES DOS ADMINISTRADORES

O risco inerente às decisões empresariais torna essencial a identificação dos deveres que orientam a actuação dos administradores. A este respeito cumpre, desde logo, distinguir os deveres legais específicos, isto é, aqueles que resultam imediatamente da lei, que os enuncia e circunscreve³¹. Trata-se de deveres vinculados, uma vez que não existe margem de discricionariedade, impondo a lei uma acção ou omissão determinada³².

³⁰ V. M. Cordeiro, *Da responsabilidade* cit., pp. 27 e 28.

³¹ Lei em sentido amplo. Cf. C. Abreu, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, IDET/ Cad. N.º 5, 2.ª ed., Almedina, 2010, p. 12.

³² Estes deveres encontram-se previstos no CSC, mas também fora dele. V. R. Costa e G. Figueiredo Dias, Anot. ao art. 64.º, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. I, IDET, Almedina, 2010, pp. 728-729.

Todavia, a diversidade de situações que os adm. podem enfrentar no exercício das suas funções nunca se coadunaria com um “elenco legal fechado” de deveres³³. Os deveres fundamentais de gestão e de representação da sociedade carecem de concretização, mas através da indicação de deveres gerais de actuação, de conteúdo indeterminado³⁴.

Sob a epígrafe “dever de diligência”, a redacção originária do art. 64.º consagrava a “diligência de um gestor criterioso e ordenado” como critério de apreciação do esforço exigido aos adm. no cumprimento dos seus deveres. Apontava-se, pois, um modo de actuar, mas não se explicitava quais os deveres a observar no exercício da função de administração.

Assim, levantaram-se dúvidas quanto a saber se o preceito constituía uma norma de enquadramento sistemático, de conteúdo vazio, incapaz por si só de gerar responsabilidade. Ou se, pelo contrário, ao permitir aferir da desconformidade da actuação dos administradores, tinha um “conteúdo normativo próprio”³⁵. Também nada se dizia quanto à existência de outros deveres, igualmente, importantes como o dever de lealdade e o dever de vigilância³⁶. Acrescente-se que a redacção sintética não abrangia, inexplicavelmente, os órgãos de fiscalização e colocava, ainda, em aparente igualdade os interesses dos sócios e dos trabalhadores.

Era manifesta a inadequação do art. 64.º no tratamento de uma das matérias mais sensíveis e basilares do direito das sociedades³⁷.

A actual versão do art. 64.º, novidade trazida pela reforma de 2006, de clara influência anglo-saxónica, mantém a referência à “diligência de um gestor criterioso e ordenado” (v. al. a) do n.º 1) e ao “interesse da sociedade” e de outros sujeitos (v. al. b) do n.º 1), mas apresenta-se mais completa e com um enunciado diferente.

³³ C. Abreu, *Responsabilidade civil* cit., p. 14.

³⁴ V. R. Costa e G. Figueiredo Dias, Anot. ao art. 64.º, *CSC em Comentário* cit., p. 727-728.

³⁵ Neste sentido, Carneiro da Frada, *A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*, AA.VV., *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. III, Coimbra Editora, 2007, p. 210. Em sentido contrário, M. Cordeiro, *Da responsabilidade* cit., pp. 496-497 e 522, considerando-a uma “norma parcelar que apenas em articulação com outras permitirá apurar uma regra de conduta”.

³⁶ Este último é tratado autonomamente pelo direito italiano e é referido no art. 407.º, n.º 8 CSC português. V. J. Soares da Silva, “Responsabilidade civil dos administradores de sociedades: os deveres gerais e os princípios da *corporate governance*”, *ROA*, vol. II, 1997, pp. 616 e 617.

³⁷ Sobre a deficiente redacção originária do art. 64.º, v. Paulo Câmara, *O Governo das Sociedades* cit., pp. 25-29.

Sob a epígrafe “deveres fundamentais”, o novo art. 64.º refere-se ao modo de concretização do “dever típico e principal” de gestão e representação, a cargo dos administradores, mediante a identificação dos dois deveres fiduciários básicos³⁸: o dever de cuidado (ou diligência em sentido estrito) e o dever de lealdade³⁹. Trata-se de “cláusulas abstractas de comportamento”⁴⁰ que contêm os critérios gerais de actuação dos adm. no exercício das suas funções e que têm de ser concretizadas pelas circunstâncias de cada caso. O objectivo consiste em tornar mais transparente, fiscalizável e eficiente a actuação dos administradores, sobretudo, nas SA⁴¹.

Atente-se que não fica excluída a possibilidade de identificação de outros deveres gerais de conduta dos adm. por via jurisprudencial ou doutrinária⁴².

Mais. O dever de administrar não se esgota nos deveres de cuidado e de lealdade a que se refere o n.º 1 do art. 64.º. Em bom rigor, estes deveres qualificam o modo como se deve administrar e a forma como se encontram especificados enquadra-se na chamada *corporate governance*, ou seja, tem subjacente o que, em cada momento e para lá da fronteira nacional, se entende por boa governação das sociedades⁴³.

Por fim, é de notar que, no n.º 2, o art. 64.º já se refere aos deveres de cuidado e de lealdade a observar pelos titulares dos órgãos de fiscalização, estabelecendo, quanto ao dever de cuidado, como critério de apreciação da culpa a observância de “elevados padrões de diligência profissional”. No entanto, não é facilmente compreensível a utilização de diferentes padrões de diligência consoante se trate da administração ou

³⁸ R. Costa e G. Figueiredo Dias, Anot. ao art. 64.º, *CSC em Comentário* cit., p. 727.

³⁹ Ainda perante a versão originária do art. 64.º, alguns AA. já identificavam estes dois deveres fundamentais, sendo que as referências a um “gestor criterioso e ordenado” e ao “interesse da sociedade” reportar-se-iam ao dever de cuidado e de lealdade, respectivamente. Cf. C. Abreu, *Responsabilidade civil* cit., p. 16. Acerca dos deveres dos adm. na *common law*, v. Lord Hoffman, “Duties of Company Directors”, *EBLR*, vol. 10, London, 1999.

⁴⁰ R. Costa e G. Figueiredo Dias, Anot. ao art. 64.º, *CSC em Comentário* cit., p. 728.

⁴¹ V. M. Cordeiro, Anot. ao art. 64.º, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2.ª ed., Almedina, 2011, p. 252.

⁴² V. Paulo Câmara, *O Governo das Sociedades* cit., p. 28.

⁴³ “O cuidado que a lei manda ao administrador observar equivale a impor-lhe uma boa administração, uma administração cuidada, a condução da sua actividade de acordo com as boas ou as melhores práticas da administração.” – Carneiro da Frada, *A business* cit., p. 214. Acerca da *corporate governance*, v. Paulo Olavo Cunha, *Direito das sociedades* cit., pp. 573-578; M. Cordeiro, *Manual de Direito das Sociedades*, vol. I, 2.ª ed., Almedina, 2007, pp. 841 e ss.; C. Abreu, *Governança das Sociedades Comerciais*, Almedina, 2006, pp. 5-32 e, ainda, a obra “Principles of corporate governance: analysis and recommendations”, do *American Law Institute*, publicada em 1994. Os PCG propõem uma regulamentação sobre diversos aspectos da governação das sociedades, numa tentativa de uniformização do direito societário norte-americano, mas constituem apenas *soft law*.

fiscalização da sociedade⁴⁴. Dado o objecto do presente trabalho, esta questão não poderá ser tratada.

1. O Dever de Cuidado (*Duty of care*)

O dever geral de cuidado encontra-se previsto na al. a) do n.º 1 do art. 64.º e pode ser definido como a adstrição dos adm. a observarem, no exercício das suas funções, a diligência e o cuidado exigíveis a uma pessoa medianamente prudente, colocada em circunstâncias semelhantes, tendo sempre presente o interesse da sociedade⁴⁵.

Para uma melhor concretização do dever de cuidado, a lei estabelece três “circunstâncias exigíveis”⁴⁶ para o seu cumprimento: a “disponibilidade”, a “competência técnica” e o “conhecimento da actividade da sociedade”, “adequados às suas funções”. Isto é, o teor das circunstâncias poderá variar consoante o adm. em causa e outros factores⁴⁷. Contudo, é reconhecido consensualmente que há que atender, na análise concreta da conduta dos administradores, a outras circunstâncias, não enunciadas na alínea *supra* mencionada⁴⁸. Não se está, pois, perante um elenco taxativo, mas antes em face de coeficientes cuja verificação auxilia na conclusão pela observância do dever de cuidado⁴⁹.

São, geralmente, apontados como principais sub-deveres do dever geral de cuidado: o dever de controlar a organização e o funcionamento da actividade societária,

⁴⁴ Acerca desta divergência legal, v. Carneiro da Frada, *A business cit.*, pp. 211-212; R. Costa e G. Figueiredo Dias, Anot. ao art. 64.º, *CSC em Comentário cit.*, pp. 750-758.

⁴⁵ V. R. Costa e G. Figueiredo Dias, Anot. ao art. 64.º, *CSC em Comentário cit.*, p. 730; Fátima Gomes, *Reflexões em torno dos deveres fundamentais dos membros dos órgãos de gestão (e fiscalização) das sociedades comerciais à luz da nova redacção do art. 64.º do CSC*, AA.VV., *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. II, Coimbra Editora, 2007, pp. 554-555.

⁴⁶ R. Costa e G. Figueiredo Dias, Anot. ao art. 64.º, *CSC em Comentário cit.*, p. 731.

⁴⁷ Cf. M. Cordeiro, Anot. ao art. 64.º, *CSC Anotado cit.*, p. 254.

⁴⁸ Para exemplos de outras circunstâncias atendíveis, v. R. Costa e G. Figueiredo Dias, Anot. ao art. 64.º, *CSC em Comentário cit.*, p. 731; C. Abreu, *Responsabilidade civil cit.*, p. 19; Bruno Ferreira, “Os deveres de cuidado dos administradores e gerentes (Análise dos deveres de cuidado em Portugal e nos Estados Unidos da América fora das situações de disputa sobre controlo societário)”, *RDS n.º 3*, Almedina, 2009, pp. 731-732; Filipe Barreiros, *Responsabilidade Civil dos Administradores: os Deveres Gerais e a Corporate Governance*, Coimbra Editora, 2010, p. 55.

⁴⁹ Em sentido próximo, Pedro Pais de Vasconcelos, “Responsabilidade civil dos gestores...”, *cit.*, p. 18; Fátima Gomes, *Reflexões em torno cit.*, pp. 562-564; Bruno Ferreira, “Os deveres de cuidado...”, *cit.*, p. 712; Filipe Barreiros, *Responsabilidade Civil cit.*, p. 55.

o dever de actuar correctamente na preparação do processo decisório e o “dever de tomar decisões (substancialmente) razoáveis”⁵⁰.

O primeiro destes sub-deveres implica que os adm. sejam vigilantes activos e atentos ao modo como é organizada e dirigida a actividade da sociedade, considerando, nomeadamente, o seu crescimento económico-financeiro e as políticas seguidas pelos seus gestores. Tal pressupõe a “disponibilidade” e o “conhecimento da actividade da sociedade” a que al. a) do n.º 1 do art. 64.º se refere. O segundo traduz-se, sobretudo, no dever obter a “informação razoavelmente disponível”⁵¹ para uma melhor preparação das decisões de gestão.

O terceiro sub-dever é o que melhor caracteriza o contexto que rodeia o exercício das funções de administração. Para cada caso existem diversas alternativas razoáveis de decisão. A alternativa será razoável não apenas quando representar a decisão óptima, mas desde que atenda ao interesse da sociedade. Com efeito, a necessária discricionariedade da actuação dos adm. vigora enquanto se contiver nas margens da razoabilidade. Aqui importa, sem dúvida, a “competência técnica” da al. a) do n.º 1 do art. 64.º⁵².

Todavia, para aferir do cumprimento do dever de cuidado, a lei manda ponderar, ainda, outro critério, já existente antes da reforma de 2006: a “diligência de um gestor criterioso e ordenado”⁵³. Trata-se de juízo mais exigente do que o que resulta da comum diligência de “um bom pai de família”⁵⁴, na medida em que a observância do dever de cuidado tem de ser reportada não a um cidadão comum, mas antes a “especialistas fiduciários, que gerem bens alheios”⁵⁵, ou seja, a gestores profissionais dotados de especiais qualidades e competências e conhecedores das mais adequadas técnicas.

⁵⁰ C. Abreu, *Responsabilidade civil* cit., pp. 19-24. Para propostas diferentes de organização destes sub-deveres, v. R. Costa e G. Figueiredo Dias, Anot. ao art. 64.º, *CSC em Comentário* cit., pp. 732-733; Bruno Ferreira, “Os deveres de cuidado...”, cit., pp. 711 e ss.

⁵¹ C. Abreu, *Responsabilidade civil* cit., p. 21. Note-se que o dever de obter informação constitui uma obrigação de resultado. Cf. Paulo Câmara, *O Governo das Sociedades* cit., p. 32.

⁵² V. C. Abreu, *Responsabilidade civil* cit., pp. 22-23.

⁵³ Acerca da origem deste critério, v. M. Cordeiro, “Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades”, *ROA*, Set. 2006, vol. II, pp. 448 e ss.

⁵⁴ V. Art. 487.º, n.º 2 CC.

⁵⁵ M. Cordeiro, Anot. ao art. 64.º, *CSC Anotado* cit., p. 253; Fátima Gomes, *Reflexões em torno* cit., p. 563, ao utilizar a expressão “comerciante experiente”; L. Brito Correia, *Os administradores de sociedades anónimas*, Almedina, 1993, p. 600; A. Pereira de Almeida, *Sociedades Comerciais e Valores Mobiliários*, 5.ª ed., Coimbra Editora, 2008, p. 237. Em sentido contrário, F. Vaz Pinto e M. Keel Pereira,

Saber se esta diligência se deve reconduzir à ilicitude ou à culpa e se o art. 64.º constitui fundamento autónomo de responsabilidade civil são importantes questões que adiante serão versadas a propósito da análise individual dos pressupostos constitutivos da responsabilidade.

Todavia, pode, desde já, adiantar-se que, seguindo o preceito *sub judice* uma concepção analítica⁵⁶, é possível distinguir na al. a) do n.º 1 uma “cláusula geral de actuação cuidadosa”⁵⁷ (1.ª parte) e o grau de diligência exigido ao administrador no seu cumprimento (2.ª parte).

Por último, coloca-se a questão de saber se os “pressupostos da verificação da falta de cuidado” acima enunciados são cumulativos ou alternativos⁵⁸. Parece que não só se trata de elenco não taxativo, como também apresenta natureza não cumulativa, pois, só este entendimento é compatível com o intuito legal de abarcar o maior número possível de concretizações do dever geral de cuidado.

2. O Dever de Lealdade (*Duty of loyalty*)

O dever geral de lealdade (ou fidelidade) encontra-se previsto na al. b) do n.º 1 do art. 64.º e traduz-se, de perspectiva positiva, no dever de os administradores, no exercício das suas funções, atenderem exclusivamente ao interesse da sociedade e, numa vertente negativa, na abstenção de comportamentos que promovam, directa ou indirectamente, os seus próprios interesses ou interesses alheios⁵⁹. Este dever, já implícito na anterior redacção do art. 64.º⁶⁰ e na própria natureza da especial relação entre o adm. e a sociedade, distingue-se do dever de administrar⁶¹.

“ A responsabilidade civil...”, cit., p. 12, considerando que o “gestor criterioso e ordenado” do CSC corresponde ao “bom pai de família” do CC.

⁵⁶ Em oposição à concepção sincrética, que reconduz os deveres de cuidado e o critério de diligência a observar no seu cumprimento a um conceito uniforme, daí a origem da designação geral “deveres de diligência”. V. Paulo Câmara, *O Governo das Sociedades* cit., pp. 33-34.

⁵⁷ Respostas à consulta pública n.º 1/2006 sobre alteração ao CSC, ponto 2.º A – Temas gerais/Deveres e responsabilidade dos titulares dos órgãos sociais. Esta cláusula geral inspirou-se nos *duties of care*, de origem norte-americana. Para uma análise dos *duties of care* e da respectiva evolução jurisprudencial, v. Bruno Ferreira, “Os deveres de cuidado...”, cit., pp. 682-703.

⁵⁸ Fátima Gomes, *Reflexões em torno* cit., pp. 563-564.

⁵⁹ V. C. Abreu, *Responsabilidade civil* cit., p. 25; R. Costa e G. Figueiredo Dias, Anot. ao art. 64.º, *CSC em Comentário* cit., p. 742; P. Caetano Nunes, *Corporate Governance*, Almedina, 2006, p. 53.

⁶⁰ V. C. Abreu, *Responsabilidade civil* cit., p. 25, nt. 39.

⁶¹ “Um bom administrador pode, pelo menos nalgum momento, não ser leal” – Carneiro da Frada, *A business* cit., p. 215; A. Fernandes de Oliveira, *Responsabilidade civil dos administradores*, AA.VV., *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, Almedina, 2008, pp. 262-263.

Neste contexto, estamos com CARNEIRO DA FRADA ao defender que, diversamente do que parece decorrer do preceito, que distingue os diferentes interesses em que se deverá reflectir a lealdade, este dever não visa a prossecução daqueles, constituindo antes um valor ético-jurídico superior e elementar da relação de administração. À sociedade deve-se lealdade, mas isso não significa que menos lealdade se deva aos outros sujeitos. Enquanto valor absoluto, insusceptível de hierarquias ou valorações económicas, “a lealdade deve-se sempre”⁶². Afigura-se, pois, que os interesses a que a lei manda atender hão-de reportar-se, antes, ao dever de administrar⁶³.

Também não deve considerar-se que o dever de lealdade do adm. se traduz apenas numa concretização do princípio geral da boa fé (art. 762.º, n.º 2 CC)⁶⁴. O dever de lealdade inspira-se neste princípio, mas apresenta especificidade indiscutível, dada a intensidade da confiança resultante da natureza fiduciária da relação de administração⁶⁵.

A al. b) do n.º 1 do art. 64.º, ao tratar da observância do dever de lealdade face ao interesse da sociedade, determina que se atenda aos “interesses de longo prazo dos sócios “ e pondere “os interesses de outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores”.

Este enunciado patenteia uma concepção institucionalista⁶⁶ de interesse social, uma vez que a lei faz corresponder ao interesse da sociedade a conjugação dos interesses dos sócios com os de outras categorias de sujeitos relacionadas com a

Sobre a evolução e concretização da lealdade no direito das sociedades, v. M. Cordeiro, “A lealdade no direito das sociedades”, ROA, Dez. 2006, vol. III, pp. 1033-1065.

⁶² “Os administradores devem portanto ser leais a todos...”, sendo que podemos distinguir entre “lealdade qualificada” e “lealdade comum”, mas “a primeira não iliba da segunda” – Carneiro da Frada, *A business cit.*, pp.218-219.

⁶³ Neste sentido, Carneiro da Frada, *A business cit.*, pp. 215-221, ao falar da existência na al. b) do n.º 1 do preceito de uma “troca de referentes”. Em sentido contrário, Adelaide M. Leitão, “Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação de normas de protecção”, RDS n.º 3, Almedina, 2009, p. 665-666, defendendo uma interpretação conjunta das als. a) e b) do n.º 1 do art. 64.º.

⁶⁴ E dentro deste, do sub-princípio da tutela da confiança. Cf. Adelaide M. Leitão, “Responsabilidade dos administradores...”, cit., pp. 664-665.

⁶⁵ Debruçando-se sobre este ponto, Carneiro da Frada, *A business cit.*, p. 216. Sobre as diversas manifestações do dever genérico de lealdade, v. C. Abreu, *Responsabilidade civil cit.*, pp. 26-34; R. Costa e G. Figueiredo Dias, Anot. ao art. 64.º, *CSC em Comentário cit.*, pp. 743-744.

⁶⁶ Em oposição à concepção contratualista, segundo a qual o interesse social corresponde apenas ao “interesse comum dos sócios enquanto tais”, negando a existência de um “interesse próprio” da sociedade distinto do dos sócios. – C. Abreu, *Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social*, em IDET, *Reformas do Código das Sociedades Comerciais, Colóquios n.º 3*, Almedina, 2007, pp. 31-35.

mesma⁶⁷. Já a redacção originária do art. 64.º impossibilitava uma concepção unitária de interesse social, pois, mandava atender aos “interesses dos sócios e dos trabalhadores”. Com efeito e apesar de o contratualismo ainda ser visível nalguns preceitos do CSC⁶⁸, que tratam apenas dos interesses comuns dos sócios, é o institucionalismo que prevalece⁶⁹, sendo, agora, expressamente aditados outros interesses a ponderar na actuação dos administradores.

Contudo, mesmo quanto ao interesse comum dos sócios este só será de qualificar como tal quando se relacione com a finalidade última da sociedade, ou seja, a obtenção de lucros. Desta forma, os interesses individuais dos sócios (susceptíveis de conflito) não integram o conceito de “interesse social”. Refira-se, ainda, que podem existir vários interesses sociais, pelo que caberá à maioria decidir, entre os interesses comuns, qual o mais adequado para chegar ao fim lucrativo, que beneficia a sociedade e os sócios. Interesse social não coincide, por isso, com o interesse da maioria⁷⁰.

Já ficou evidenciada a extensão dos interesses preponderantes na actuação dos administradores. A questão que agora se coloca é a de saber se existe uma hierarquia entre eles.

Afigura-se correcta a doutrina dominante ao estabelecer uma hierarquia entre tais interesses, distinguindo, num plano principal, os interesses dos sócios de longo prazo⁷¹ e, num plano secundário, os interesses dos outros sujeitos. Os chamados *stakeholders*. Confere-se, pois, clara primazia aos interesses dos sócios⁷².

Na verdade, os sócios têm um papel essencial em quase todas as vicissitudes da vida das sociedades. Em regra, são os sócios que nomeiam e destituem os membros do órgão de administração, que alteram o contrato de sociedade, aprovam o relatório de

⁶⁷ V. C. Abreu, *Deveres de cuidado* cit., p. 43.

⁶⁸ Exemplificando, v. arts. 58.º, n.º 1 al. b), 181.º, n.º 5, 251.º, n.º 1, 328.º, n.º 2, al. c), 329.º, n.º 1 e 2, 460.º, n.º 2.

⁶⁹ V. R. Pinto Duarte, *Escritos* cit., pp. 53-56.

⁷⁰ V. C. Abreu, *Deveres de cuidado* cit., pp. 36-37.

⁷¹ No sentido de não prejudicar a sociedade tendo em vista a obtenção de lucros imediatos. Pedro Pais de Vasconcelos, “Responsabilidade civil dos gestores...”, cit., p. 20, refere-se a uma “perspectiva de investimento não especulativo”.

⁷² Em sentido diverso, Carneiro da Frada, *A business* cit., pp. 222-223; M. Cordeiro, *Manual de Direito das Sociedades* cit., p. 822.

gestão e as contas de cada exercício apresentadas pelo órgão de administração, que assumem o “risco de capital”⁷³.

Pela intensidade do seu poder e riscos envolvidos, os sócios exercem um papel basilar na solidez e progresso da sociedade, de onde, ainda que indirectamente, resultam benefícios para outros sujeitos a esta ligados e para o próprio desenvolvimento económico, em geral.

Quanto aos interesses de curto prazo dos sócios diga-se que, embora inferiores aos de longo prazo, também prevalecem sobre os interesses dos *stakeholders*⁷⁴.

A expressão *stakeholders* integra todas as pessoas, organizações ou instituições que podem atingir ou ser atingidas pela sociedade e que, por isso, têm um “especial interesse” na mesma⁷⁵. Não abrange, pois, apenas os sujeitos que concorrem para a sustentabilidade da sociedade, tal como poderia inferir-se de uma primeira leitura do preceito. Trata-se de um “tipo aberto”⁷⁶. Entre estes terceiros ligados à sociedade, o preceito indica “os seus trabalhadores, clientes e credores”.

A alusão aos interesses dos trabalhadores constava já da redacção originária do art. 64.º, influência do *Companies Act* do RU de 1985⁷⁷. Contudo, refira-se que quanto aos interesses dos trabalhadores estamos perante uma norma de “conteúdo positivo quase nulo”⁷⁸, dado o diminuto papel reconhecido àqueles na gestão da sociedade. Ainda assim, a referência aos seus interesses não é desprovida de sentido nem de utilidade, até porque as leis laborais e as convenções colectivas de trabalho não asseguram a tutela completa dos interesses daqueles. Verifica-se, assim, uma margem de discricionariedade na actuação dos adm. que deverá operar de harmonia com a 2.ª parte do n.º 1 do art. 64.º.

⁷³ R. Costa e G. Figueiredo Dias, Anot. ao art. 64.º, *CSC em Comentário* cit., p. 725.

⁷⁴ V. Paulo Câmara, *O Governo das Sociedades* cit., pp. 38-39.

⁷⁵ Paulo Olavo Cunha, *Direito das sociedades* cit., pp. 570-573, define-os como aqueles que podem ter “interesse legítimo no adequado funcionamento da sociedade”.

⁷⁶ A. Fernandes de Oliveira, *Responsabilidade* cit., p. 264. Desta forma, entende-se que o preceito abrange também a protecção de interesses colectivos e difusos, como o ambiente. Cf. Carneiro da Frada, *A business* cit., p. 223.

⁷⁷ V. Paulo Câmara, *O Governo das Sociedades* cit., p. 40; C. Abreu, *Deveres de cuidado* cit., p. 37.

⁷⁸ V. C. Abreu, *Deveres de cuidado* cit., p. 41-42 e *Da empresarialidade* cit., p. 231-232.

A referência aos interesses dos clientes⁷⁹ constitui uma das novidades introduzidas pela actual versão do art. 64.º. Estes revelam-se indispensáveis para a sobrevivência da sociedade, embora essa importância varie consoante a sociedade em causa. Não obstante os produtos e serviços oferecidos pelas sociedades deverem corresponder às necessidades dos clientes, saliente-se que esta correspondência visará, em última análise, a satisfação dos interesses dos próprios sócios.

Quanto aos interesses dos credores é duvidosa a necessidade da sua menção no preceito. Em primeiro lugar, não parece que, em regra, estes assumam um papel decisivo no desenvolvimento da sociedade. É certo que carecem de tutela, mas esta é assegurada pela observância de deveres legais e contratuais específicos por parte da sociedade. A justificação desta referência poderia residir na sua protecção contra a adopção pelos adm. de políticas de curto prazo, com vista a obtenção de ganhos rápidos, o que poderia inviabilizar o pagamento dos créditos. Mas essa preocupação encontra-se salvaguardada na 1.ª parte da al. b) ao falar de “interesses de longo prazo dos sócios”⁸⁰.

A verdade é que a aparente “generosidade teórica” da al. b) do n.º 1 do preceito em análise não esconde os problemas práticos que levanta. Desde logo, a não ponderação pelos adm. dos interesses destes outros sujeitos praticamente não tem sanção, nem resulta claro quem tem legitimidade para requerer a sua aplicação. Contrariamente ao que sucede com os sócios, se os adm. não ponderarem os interesses dos trabalhadores, estes não podem destituí-los, nem responsabilizá-los pelos danos causados à sociedade. Acresce que o leque não taxativo de interesses atendíveis torna fácil o apelo a qualquer um para justificar determinada conduta⁸¹, contribuindo para uma maior discricionariedade e desresponsabilização da actuação dos administradores. Aliás, a observância estrita do preceito abre caminho, na prática, à deslealdade, pois, pode não ser possível a lealdade simultânea a todos⁸².

Uma última nota quanto ao cumprimento do dever de lealdade. A doutrina tem entendido que também aqui deverá estar presente a bitola do “gestor criterioso e

⁷⁹ Parece ser de integrar no conceito de “clientes” os interesses dos consumidores, embora não referidos expressamente. V. Carneiro da Frada, *A business* cit., p. 223.

⁸⁰ Acerca dos interesses dos clientes e dos credores, v. C. Abreu, *Deveres de cuidado* cit., p. 40.

⁸¹ Neste sentido, C. Abreu, *Deveres de cuidado* cit., pp. 39-40 e 45, caracterizando a al. b) do n.º 1 do art. 64.º como “expressão de retórica normativa balofa e potencialmente desresponsabilizadora dos administradores”.

⁸² M. Cordeiro, “Os deveres fundamentais...”, cit., p. 467.

ordenado”, aliás tal como no cumprimento de todos os deveres dos administradores⁸³, embora apresentando um conteúdo um pouco diferente.

A aplicação deste padrão apenas fará sentido quando estejam em causa manifestações não legais do dever de lealdade, em que existe, por isso, uma certa margem de discricionariedade. Ainda assim, há que lembrar que estamos perante um dever que não é susceptível de ponderações.

V. A RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES PARA COM A SOCIEDADE

1. A Situação Jurídica dos Administradores

Avançar no conhecimento da natureza jurídica da responsabilidade civil dos adm. perante a sociedade passa, nomeadamente, por uma prévia análise da natureza do acto no qual se baseia a relação de administração⁸⁴.

A posição dominante na doutrina portuguesa entende que a situação jurídica dos adm. tem natureza contratual, reconduzindo-a ao “contrato de administração ou outro, similar”⁸⁵.

Em abstracto, tratando-se de uma situação jurídica privada parece ser de admitir que esta se fundamente em “figura contratual *sui generis*”, uma vez que não é possível a sua recondução perfeita a qualquer tipo contratual já existente.

No entanto, mais verdadeira e ajustada ao regime legal parece a posição de MENEZES CORDEIRO que descreve aquela como “realidade autónoma”, cujo “conteúdo deriva da lei, dos estatutos e de deliberações sociais, podendo, ainda, ser conformado por contrato ou por decisões judiciais. Tanto basta para adoptar a designação: situação jurídica de administração ou, simplesmente, administração”⁸⁶.

⁸³ “Apesar de inserida no final do 64.º/1, a), a diligência dá corpo a todos os deveres dos administradores, explicando a intensidade requerida na sua execução”. – M. Cordeiro, Anot. ao art.º 64.º, CSC *Anotado* cit., p. 253; Adelaide M. Leitão, “Responsabilidade dos administradores...”, cit., p. 669. Em sentido contrário, Carneiro da Frada, *A business* cit., p. 211, ao considerar que a diligência só se aplica aos deveres de cuidado, previstos na al. a) do n.º 1 do art. 64.º, em harmonia com a anterior redacção do preceito.

⁸⁴ Relembre-se que os membros dos órgãos de administração não têm necessariamente de ser sócios, v. arts. 252.º, n.º 1 e 390.º, n.º 3.

⁸⁵ M. Cordeiro, *Da responsabilidade* cit., p. 395

⁸⁶ M. Cordeiro, *Da responsabilidade* cit., pp. 395-396.

Dada a multiplicidade de fontes da situação jurídica da administração, a análise da sua natureza deverá passar, não pela forma da sua constituição, que poderá ser contratual ou não, mas pelo seu conteúdo.

A justeza desta posição resulta, também, da descrição sumária das principais teorias defendidas na doutrina portuguesa a que se procederá de seguida⁸⁷.

1.1. Teorias Contratualistas

As teorias contratualistas consideram que a relação entre a sociedade e o adm. se funda num contrato, sendo necessária uma nomeação, entendida como uma proposta da sociedade, e a sua aceitação pelo administrador, enquanto destinatário, para a conclusão do mesmo. Saber, porém, qual o contrato em causa é problema para o qual já não existe consenso na doutrina.

Para os mais antigos trata-se de contrato de mandato, no qual a sociedade será o mandante e os membros do órgão de administração serão os mandatários. Esta doutrina tradicional, que remonta ao séc. XIX, justificava-se na medida em que resolvia o problema da representação da sociedade⁸⁸. Sustentando que a sociedade era, pela sua natureza, incapaz de exercício seriam precisas pessoas singulares que agissem por ela, enquanto seus verdadeiros representantes⁸⁹.

Compreende-se bem este entendimento em virtude da legislação em vigor na época. O Cód. Ferreira Borges continha alguns preceitos que referiam expressamente os adm. como mandatários⁹⁰. O CCom de 1833 adoptava, assim, a teoria do mandato. Por sua vez, o CCom de 1888 também falava de mandato em relação aos adm. de SA, utilizando expressões como “prazo do mandato” (art. 172.º, § 1.º) e “inexecução do mandato” (art. 173.º).

⁸⁷ Sobre a análise desta questão em França, Itália e Alemanha, v. L. Brito Correia, *Os administradores* cit., pp. 307-373.

⁸⁸ V. M. Cordeiro, *Da responsabilidade* cit., p. 336.

⁸⁹ Este é também o entendimento dos defensores da teoria da ficção, que distingue entre pessoa jurídica e pessoas físicas. Savigny entendia que só os homens seriam dotados de razão e vontade e as pessoas jurídicas seriam puras criações da lei, às quais seriam imputadas as actuações daqueles. V. A. Soveral Martins, *Os poderes de representação* cit., pp. 37-43; Carvalho Fernandes, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I, 5.ª ed., Universidade Católica Editora, 2009, pp. 510-512.

⁹⁰ Nomeadamente, arts. 538.º e 542.º.

No início do séc. XX, a teoria do mandato foi alvo de diversas críticas. Uma crítica interna, de raiz alemã e ligada à própria natureza do mandato, distinguia-o da procuração, alertando para a possibilidade de mandato sem representação. Mas, perante um contrato de mandato sem representação, sempre permanecia a questão de saber qual a origem do poder dos administradores. Por outro lado, uma crítica externa, desenvolvida em Itália, fundamentava-se na existência de deveres legais específicos a cargo dos adm. que extravasavam a estrutura e o conteúdo de um mandato comum⁹¹.

Também RAÚL VENTURA sustentou não estarmos perante um contrato de mandato, pois, este pressupõe voluntariedade, diferenciando-se da situação de representação necessária e orgânica característica da relação entre adm. e sociedade⁹². Por sua vez, FERRER CORREIA salientou, ainda, que o adm. actua com uma margem de autonomia que em nada se assemelha à vinculação do mandatário às instruções do mandante (vd. art. 1161.º, al. a) CC) e que a administração de sociedades abrange a prática de operações meramente materiais, contrariamente ao mandato que se restringe à prática de actos jurídicos (vd. art. 1157.º CC). Além disso, a possibilidade de o adm. ser sócio significa que, nestes casos, ele próprio participa na sua designação, ao passo que a designação do mandatário compete ao mandante⁹³.

Todavia, as teorias contratualistas não se esgotam na antiga teoria do mandato, pois, tomando aquela como ponto de partida, outras concepções mais recentes se afirmaram. Entre elas destacam-se a teoria do contrato de prestação de serviços, que não encontrou defensor na doutrina e jurisprudência portuguesas, e a teoria do contrato de trabalho subordinado. Esta segunda foi apresentada, inicialmente, por PINTO FURTADO e apenas quanto ao adm. que não tivesse a qualidade de sócio, pois relativamente ao adm. que fosse sócio estava em causa uma relação intra-subjectiva, cuja fonte residia na eleição pela AG ou no contrato de sociedade⁹⁴.

Esta teoria do contrato de trabalho encontrou, na opinião de alguns autores, obstáculos que a tornariam indefensável. Ao olhar os adm. como órgãos da sociedade e

⁹¹ V. M. Cordeiro, *Da responsabilidade* cit., pp. 337-340.

⁹² Cf. R. Ventura, *Teoria da relação jurídica do trabalho*, vol. I, Porto: Imprensa Portuguesa, 1944, p. 299.

⁹³ Cf. Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial*, vol. II – *Sociedades Comerciais*, Liv. Petrony, Lisboa, 1968, pp. 325 e ss.

⁹⁴ Cf. P. Furtado, *Curso de direito das sociedades*, Almedina, 1983, p. 180, considerando que estava em causa a “admissão de um empregado ao serviço da sociedade na veste de entidade patronal”.

seus representantes necessários, RAÚL VENTURA sublinhou ser inadmissível a sua qualificação como trabalhadores subordinados e a “negociação consigo mesmos”⁹⁵.

Mais recentemente, há quem entenda que o contrato celebrado entre o adm. e a sociedade consiste num “contrato de administração”. Deste modo, uma deliberação dos sócios elege o administrador, sendo que esta eleição configura uma proposta contratual que só produzirá os seus efeitos com a aceitação, requisito de validade do acto gerador da relação de administração⁹⁶.

1.2. Teorias Unilateralistas

As teorias unilateralistas consideram insuficientes a designação, pela sociedade, e a aceitação, por parte administrador, para a formação de um contrato, defendendo que a nomeação constitui um negócio jurídico unilateral. Deste modo, a aceitação seria apenas uma condição de eficácia da nomeação ou seria até mesmo irrelevante⁹⁷.

Partindo do sistema de designação dos administradores, os defensores destas construções concluem que aquele traduz um “*modus faciendi* não contratual”⁹⁸, na medida em que a deliberação dos sócios, que designa o administrador, constitui, por si, um acto jurídico deliberativo, cuja formação depende de um processo composto por uma proposta sujeita a votação, da qual resultará a sua recusa ou aceitação. Trata-se de um acto que comporta declarações de vontade idênticas, cuja adopção não exige unanimidade (vinculando quem com ele não concorde), que apresenta um regime de invalidade e ineficácia próprio e, ainda, que constitui um acto interno da própria sociedade, “não negociável com o exterior”, pelo que não é possível a sua configuração como proposta de contrato⁹⁹.

Como principais defensoras das teorias unilateralistas, destacam-se a doutrina francesa e italiana, apresentando, porém, fundamentos diversos¹⁰⁰.

⁹⁵ Cf. R. Ventura, *Teoria* cit., pp. 296 e ss.

⁹⁶ V. L. Brito Correia, *Os administradores* cit., pp. 412 e ss.; A. Pereira de Almeida, *Sociedades Comerciais* cit., pp. 231-233.

⁹⁷ V. L. Brito Correia, *Os administradores* cit., pp. 340-341.

⁹⁸ M. Cordeiro, *Da responsabilidade* cit., p. 344.

⁹⁹ Pelo contrário, no contrato identificam-se vontades diferentes, embora convergentes. Cf. M. Cordeiro, *Da responsabilidade* cit., pp. 344-345.

¹⁰⁰ Sobre as concepções institucionalistas e publicistas, v. M. Cordeiro, *Da responsabilidade* cit., pp. 345-348.

Em França adoptou-se uma concepção institucionalista, que evidencia a existência da sociedade, enquanto pessoa colectiva e não como mera soma dos seus membros, a qual actua através de órgãos. Com efeito, a designação dos membros dos órgãos sociais constitui um acto interno, de natureza institucional. Salienta-se, ainda, que os poderes de representação dos adm. extravasam os dos mandatários.

Por sua vez, em Itália desenvolveram-se concepções publicistas, que assimilam a estrutura interna das sociedades, enquanto entes privados, à dos entes públicos e consideram que os deveres dos adm. integram também deveres de ordem e interesse públicos.

1.3. Teorias Dualistas

As teorias dualistas nasceram na Alemanha, para compreender melhor a particular situação dos directores de uma SA com estrutura “dualista” ou “germânica”¹⁰¹.

Segundo os defensores destas teorias, a posição jurídica do adm. resulta de um acto duplo: a nomeação do adm. pela sociedade (*Bestellung*) e a celebração entre a sociedade e o adm. eleito de um contrato de emprego (*Anstellung*)¹⁰². Para FERRER CORREIA, o primeiro acto constitui um negócio jurídico unilateral de onde derivam os poderes de gestão e representação da sociedade e o segundo acto consiste num contrato de direito comum, fonte das obrigações do adm. e da sociedade, nomeadamente, de gestão por parte daquele e de remuneração por parte desta¹⁰³.

Acolhimento mais actual desta teoria foi dado por ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, criticando as duas teorias anteriormente citadas¹⁰⁴. Quanto às teorias unilateralistas, este A. critica o facto de se referirem à posição do adm. apenas na perspectiva da relação orgânica, desconsiderando a relação contratual existente entre ele e a sociedade, que regula o exercício da sua actividade. A fonte da relação orgânica reside, pois, na

¹⁰¹ L. Brito Correia, *Os administradores* cit., p. 304.

¹⁰² M. Cordeiro, *Da responsabilidade* cit., pp. 351-359. Note-se que este A. rejeita a expressão “teorias dualistas”, preferindo antes “teorias analíticas” por considerar que não estamos perante um “misto de orientações contratuais e unilaterais”, mas sim de “uma análise, mais aprofundada, da posição jurídica do administrador”.

¹⁰³ Sobre este ponto, v. L. Brito Correia, *Os administradores* cit. pp. 398-399.

¹⁰⁴ Cf. I. Duarte Rodrigues, *A administração das sociedades por quotas e anónimas – Organização e estatuto dos administradores*, Liv. Petrony, Lisboa, 1990, pp. 266 e ss.

designação, mas nada diz acerca dos deveres do administrador. Em relação às teorias contratualistas, ao conceber a designação como um acto interno, esta não poderá ser uma proposta contratual, uma vez que os seus destinatários não são terceiros exteriores à sociedade.

Em suma: é em face do acima exposto, que se afigura fundado e mais rigoroso o enquadramento preconizado por MENEZES CORDEIRO. A “administração” não se reconduz tão-só a um contrato, a um negócio unilateral, ou às duas figuras. Antes representa uma realidade diferente que como tal deverá ser tratada.

2. Os Pressupostos da Responsabilidade

2.1. Facto

O art. 72.º, n.º 1 estabelece que “os gerentes ou administradores respondem para com a sociedade”, delimitando, desde logo, que os responsáveis são os membros do órgão de administração e não o órgão em si mesmo. Além disso, os adm. são responsáveis por factos próprios, isto é, a simples qualidade de titular do órgão de administração não basta para determinar a sua responsabilidade¹⁰⁵.

Trata-se, pois, de uma responsabilidade funcional, uma vez que apenas respeita a actos praticados pelos administradores, enquanto tais, no exercício e por causa das suas funções. Em caso de actuação fora do exercício das suas funções, haverá lugar a responsabilidade nos termos gerais dos arts. 483.º e ss. CC¹⁰⁶.

Importa salientar que se trata de um facto voluntário, ou seja, de um comportamento humano “objectivamente controlável pela vontade”¹⁰⁷.

O art. 72.º, n.º 1 indica expressamente que o facto pode consistir em “actos ou omissões”¹⁰⁸. Estes, por sua vez, podem ser “actos plurais” ou “actos puramente individuais”¹⁰⁹.

¹⁰⁵ V. M. Elisabete Ramos, “Aspectos substantivos...”, cit., pp. 223-225.

¹⁰⁶ V. C. Abreu, *Responsabilidade civil* cit., p. 13, nt. 17.

¹⁰⁷ Antunes Varela, *Das obrigações em geral*, vol. I., 10.ª ed., Almedina, 2010, pp. 527-529.

¹⁰⁸ Repare-se que a relevância das omissões dos adm. para efeitos de responsabilidade civil estaria sempre assegurada uma vez verificados os requisitos do art. 486.º CC.

¹⁰⁹ Exemplos dos primeiros consagram os arts. 261.º, n.º 1, 410.º, n.º 7, 431.º, n.º 3 e 408.º, n.º 1. O segundo tipo de actos surge em caso de órgão de administração unipessoal ou, ainda que pluripessoal,

2.2. Ilicitude

A ilicitude da conduta dos adm. consiste, conforme resulta do art. 72.º, n.º 1, na “preterição dos deveres legais ou contratuais”. Deste modo, o preceito responsabiliza os adm. pela violação dos deveres que lhes são impostos pela lei (nomeadamente, pelo CSC) e pelo contrato de sociedade¹¹⁰.

Sobre os deveres legais, específicos e gerais, já nos pronunciámos no ponto IV do presente trabalho. Em relação aos “deveres contratuais” entende-se que esta expressão integra também os deveres estatutários, na medida em que o CSC utiliza, frequentemente, a expressão “contrato de sociedade” enquanto sinónimo de estatutos.

Neste contexto, coloca-se a questão de saber se a violação de deveres resultantes de outras fontes, em especial de deliberações dos sócios, é ou não geradora de responsabilidade civil, dado que os n.ºs 1 e 5 nada dizem expressamente a esse respeito. A resposta passa pela análise do regime estabelecido para cada tipo societário.

Em relação às SQ, o art. 259.º dispõe que, embora a administração da sociedade se encontre a cargo dos gerentes, estes devem respeitar as deliberações dos sócios.

Quanto às SA, o art. 373.º, n.º 3 confere exclusivamente ao órgão de administração a gestão da sociedade, não se encontrando este vinculado à execução de deliberações sociais nesta matéria, salvo delegação na AG.

2.3. Culpa

A responsabilidade civil do adm. para com a sociedade pressupõe que a violação dos “deveres legais ou contratuais” seja culposa, isto é, que a conduta do adm. mereça um juízo de reprovação, caso se entenda que “ele podia e devia ter agido de outro modo”¹¹¹. Rejeitam-se, pois, imputações meramente objectivas, que aprisionariam a liberdade própria da gestão societária.

caso só tenha sido praticado por um dos membros do órgão de administração. V. M. Elisabete Ramos, “Aspectos substantivos...”, cit., p. 226.

¹¹⁰ O preceito exclui, assim, a tipicidade dos actos ilícitos, adoptando uma cláusula geral. Para uma lista dos deveres dos adm. previstos na parte geral e nas partes especiais do CSC, v. M. Cordeiro, *Da responsabilidade* cit., pp. 38-62.

¹¹¹ Antunes Varela, *Das obrigações em geral* cit., pp. 562 e ss.

O art. 72.º, n.º 1, *in fine* estabelece, verificados os outros pressupostos constitutivos da responsabilidade, uma presunção de culpa¹¹². Trata-se de uma presunção legal *juris tantum* que implica a inversão do ónus da prova, ou seja, dispensa a sociedade de provar a culpa¹¹³. Esta solução justifica-se na medida em que protege os lesados das dificuldades com que se deparariam na prova da conduta culposa dos adm. e, por outro lado, não é excessivamente onerosa para estes uma vez que possuem todos os elementos relevantes que permitem elidir tal presunção¹¹⁴.

O critério relevante para a determinação da culpa é indicado, como se viu, no art. 64.º, n.º 1 al. a), ao referir-se à “diligência de um gestor criterioso e ordenado”. A culpa mede-se, pois, em abstracto, uma vez que se compara a conduta do adm. com a que, naquelas circunstâncias, teria sido adoptada por um “administrador-tipo” e não com o comportamento que o administrador, individualmente considerado, teria caso empregasse a diligência que habitualmente revela (culpa em concreto)¹¹⁵. Este critério de apreciação da culpa adequa-se, em especial, ao domínio da administração de sociedades dada a complexidade e o risco destas funções, que exigem especiais conhecimentos e qualidades por parte de quem as exerce¹¹⁶. Há como que um modelo de administrador, previamente concebido, que deverá corresponder o melhor possível a quem aceita o desempenho do cargo.

A doutrina discute se a diligência a que se refere o art. 64.º se reporta não só à culpa, mas também à ilicitude, ou seja, se para além de fornecer o critério geral de aferição da culpa, constitui ela própria, um dever autónomo cuja violação se traduz numa conduta ilícita do administrador. A questão consiste em saber se a al. a) do n.º 1 do art. 64.º consagra um dever geral de diligência, caso em que a respectiva violação seria suficiente para a verificação do requisito da ilicitude, não sendo necessária a violação de deveres contratuais ou legais específicos.

¹¹² “Salvo se provarem que procederam sem culpa”.

¹¹³ V. Art. 344.º, n.º 1 CC.

¹¹⁴ V. M. Elisabete Ramos, “Aspectos substantivos...”, cit., p. 222, nt. 35.

¹¹⁵ Na responsabilidade civil comum a culpa também é apreciada em abstracto, nos termos dos arts. 487.º, n.º 2 e 799.º, n.º 2 CC. V. C. Abreu, *Responsabilidade civil* cit., p. 24, nt. 36; Elena Pérez Carrillo, *La administración de la sociedad anónima: obligaciones, responsabilidad y aseguramiento*, Marcial Pons Ed. Jurídicas, 1999, Barcelona, pp. 137 e 138.

¹¹⁶ V. F. Vaz Pinto e M. Keel Pereira, “A responsabilidade civil...”, cit., p. 13; M. Elisabete Ramos, “Aspectos substantivos...”, cit., pp. 230-231.

Afigura-se que o art. 64.º se refere, cumulativamente, à culpa e à ilicitude, conforme já parecia resultar da anterior redacção do preceito¹¹⁷. Desde logo, a letra da lei parece apontar neste sentido, uma vez que se legislador pretendesse apenas fornecer o critério de aferição da culpa referia-o expressamente em relação ao cumprimento de deveres legais ou contratuais¹¹⁸.

Além disso, aquando da análise dos deveres de cuidado verificou-se que é possível descortinar uma série de deveres jurídicos autónomos susceptíveis de violação e que os deveres dos adm. não se compadecem com um elenco legal fechado. Deste modo, admitir a existência de um dever geral de diligência como fundamento autónomo de ilicitude previne os casos não previstos na lei e que podem surgir em virtude da complexidade da vida societária. Parece, como tal, ter sido intenção do legislador consagrar um dever geral de diligência que abarque todas as realidades com que se defronta a gestão de uma sociedade e funcione como uma cláusula geral que norteie os adm. no exercício das suas funções. Apesar de na anterior versão do preceito a diligência apresentar um papel mais determinante no campo da ilicitude dada a sua redacção sintética, afigura-se ainda possível vislumbrar uma medida de exigência na observância dos deveres dos administradores¹¹⁹.

Com efeito, parece resultar da al. a) do n.º 1 do art. 64.º não só um elenco de deveres de cuidado a observar pelos administradores, como também o grau de esforço exigido no cumprimento dos mesmos¹²⁰. Relevante em sede de ilicitude e de culpa,

¹¹⁷ Neste sentido, Carneiro da Frada, *A business cit.*, pp. 210-211 e *Direito Civil. Responsabilidade Civil – O método do caso*, Almedina, 2006, p. 119; Fátima Gomes, *Reflexões em torno cit.*, p. 563-564, nt. 24; Sentença da 3.ª Vara Cível de Lisboa, de 27.10.2003, publicada em P. Caetano Nunes, *Corporate Governance cit.*, pp. 34-35); C. Abreu, *Responsabilidade civil cit.*, p. 24, ao afirmar que “a norma do art. 64.º, n.º 1 al. a), releva, por si só, em sede de (i)licitude e de culpa”. Em sentido diverso, considerando que o critério de diligência fornece apenas um juízo de ilicitude: L. Brito Correia, *Os administradores cit.*, pp. 596-597; Pedro Pais de Vasconcelos, “Responsabilidade civil dos gestores...”, cit., pp. 19-20; M. Cordeiro, *Da responsabilidade cit.*, pp. 40 e 496-497, considerando que “o art. 64.º contém elementos de litude, ainda quando incompletos”. Considerando que se reporta exclusivamente à culpa: Antunes Varela, “Anot. ao Ac. de 31 de Março de 1993 do Tribunal Arbitral”, RLJ, ano 126.º, 1993-1994, p. 315; F. Vaz Pinto e M. Keel Pereira, “A responsabilidade civil...”, cit., p. 13-16; Adelaide M. Leitão, “Responsabilidade dos administradores...”, cit., pp. 664, 667 e ss.

¹¹⁸ Embora considerando que o art. 64.º se reporta exclusivamente à culpa, este argumento literal é apontado por F. Vaz Pinto e M. Keel Pereira, “A responsabilidade civil...”, cit., p. 13.

¹¹⁹ Cf. Carneiro da Frada, *A business cit.*, pp. 210-211.

¹²⁰ V. R. Costa e G. Figueiredo Dias, Anot. ao art. 64.º, *CSC em Comentário cit.*, pp. 734-735, ao falar de “uma bitola objectiva de esforço e diligência sobre como fazer na execução de tarefas concretas da administração”.

podemos concluir que o art. 64.º desempenha, assim, uma função dupla e específica no quadro dos pressupostos da responsabilidade civil dos administradores.

2.4. Dano

O art. 72.º, n.º 1 consagra a necessidade da conduta ilícita e culposa do adm. causar danos no património social (“danos a esta”).

O preceito mencionado nada diz acerca do conteúdo dos danos a ressarcir, pelo que se torna necessário recorrer às espécies de dano do direito comum.

Contudo, a determinação dos danos causados exige, neste campo, especial cuidado, tendo em conta o risco inerente à gestão da sociedade. Como se viu, nem sempre as consequências negativas poderão ser imputadas aos administradores, sendo, nesses casos, suportadas pela sociedade e, indirectamente, pelos sócios. É o preço da criatividade e da inovação, determinantes para o desenvolvimento económico.

2.5. Nexo de Causalidade

Para a verificação dos pressupostos da responsabilidade civil dos adm. é necessária a existência de um nexos de causalidade entre o facto e o dano sofrido pela sociedade. O art. 72.º, n.º 1 refere-se a ele ao falar de “danos a esta causados por actos ou omissões”, nada mais acrescentando, pelo que também aqui se terá de recorrer aos quadros de direito comum.

O problema da causalidade assume particular relevância no âmbito da responsabilidade civil dos administradores, uma vez que a própria natureza das funções de administração, o seu exercício quotidiano e o risco que lhe é inerente podem originar danos de uma dimensão tal que se torna difícil identificar quais os prejuízos que resultaram, efectivamente, de condutas ilícitas dos adm. e, por isso, geradoras de responsabilidade civil¹²¹.

A causalidade apresenta-se, assim, essencial para a delimitação dos danos a ressarcir.

¹²¹ Cf. M. Cordeiro, *Da responsabilidade cit.*, pp. 532 e ss.

3. Os Factores de Exoneração da Responsabilidade

3.1. A *Business Judgment Rule*

O n.º 2 do art. 72.º, novidade introduzida pela reforma de 2006, constitui uma clara influência da *bjr*, criada pela jurisprudência norte-americana, relativa às decisões dos adm. violadoras do *duty of care*¹²².

Como se mencionou, existem deveres a cargo dos adm. cuja observância envolve uma “autonomia de julgamento”¹²³, ou seja, uma espaço de discricionariedade em que é possível optar entre diversas alternativas possíveis. Não há uma só decisão razoável e a maioria das vezes não se chega à decisão mais adequada. Por outro lado, não há um ensinamento ou modelo pré-definido que guie a escolha dos administradores¹²⁴. Tudo depende dos conhecimentos do administrador, dos riscos, de factores externos e da complexidade de cada caso. Daí que do art. 64.º não resulte para os adm. uma obrigação de resultado, mas sim de meios, determinando apenas o seu modo de actuação¹²⁵.

Com efeito, uma permanente apreciação judicial do mérito das decisões empresariais que visasse a responsabilidade dos adm. não só paralisaria a inovação e a criatividade que devem caracterizar a actuação daqueles, como significaria uma transferência de poderes, próprios dos administradores, para os sócios. Acresce que, em regra, os juízes não possuem experiência nem conhecimentos que lhes permitam avaliar, substancialmente e em momento posterior, as arriscadas decisões empresariais¹²⁶.

Neste contexto, a *bjr* ou a “regra da decisão empresarial” vem determinar que, no âmbito da gestão discricionária e uma vez verificados certos pressupostos, “o juiz abster-se-á de aferir o mérito da actuação do administrador”, ainda que das suas decisões resultem

¹²² Note-se, porém, que a regra da *bjr* já era reconhecida em Portugal antes da Reforma de 2006. Cf. M. Cordeiro, *Da responsabilidade* cit., p. 523; Sentença da 3.ª Vara Cível de Lisboa, de 27 de Outubro de 2003, publicada em P. Caetano Nunes, *Corporate Governance* cit., pp. 9-44.

¹²³ Carneiro da Frada, *Direito civil. Responsabilidade civil* cit., p. 121.

¹²⁴ V. C. Abreu, *Responsabilidade civil* cit., p. 22; R. Costa, *Responsabilidade dos administradores e business judgment rule*, em IDET, *Reformas do Código das Sociedades, Colóquios* n.º 3, Almedina, 2007, pp. 53-55.

¹²⁵ V. Carneiro da Frada, *A business* cit., p. 227, referindo-se a “ilícito de comportamento”.

¹²⁶ V. R. Costa, *Responsabilidade* cit., pp. 54-55; P. Caetano Nunes, *Corporate Governance* cit., pp. 23-24; Bruno Ferreira, “Os deveres de cuidado...”, cit., p. 696; Pedro Pais de Vasconcelos, “*Business judgment rule*, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.º CSC”, DSR, vol. 2, Almedina, 2009, p. 72.

prejuízos sociais e se verifique, *a posteriori*, a sua inadequação ao caso¹²⁷. Permite-se, pois, “que os administradores possam respirar em relação à sua responsabilidade”¹²⁸.

A aplicação da *bjr* depende de três condições de natureza formal: primeiramente, é necessário que haja uma tomada de decisão (e não uma simples omissão); em segundo lugar, não pode existir um conflito de interesses entre os adm. e a sociedade quanto à decisão em causa e, por fim, é necessário o cumprimento de todo o procedimento formal de decisão, em especial, a prévia obtenção razoável de informação por parte dos administradores¹²⁹.

Ora, o n.º 2 do art. 72.º exclui a responsabilidade do adm. se este provar, cumulativamente, que “actuou em termos informados”, “livre de qualquer interesse pessoal” e “segundo critérios de racionalidade empresarial”. A questão que se coloca é, desde logo, a de saber se o preceito português corresponde verdadeiramente à regra da *bjr*.

A *bjr* surgiu como uma presunção de licitude da conduta dos administradores. Ora, o CSC consagra-a como causa de exclusão da responsabilidade, exigindo para tal que os seus pressupostos sejam demonstrados¹³⁰. Visou-se, assim, potenciar a responsabilização dos administradores¹³¹.

Atente-se, ainda, que a aplicação do n.º 2 art. 72.º implica uma conjugação com o seu n.º 1 que, por sua vez, indica que a ilicitude da conduta decorre da violação dos “deveres legais ou contratuais”, em geral. Porém, a regra da *bjr* só actua no espaço de discricionariedade e autonomia da gestão societária, pelo que se reporta apenas à inobservância do dever de cuidado e, no âmbito deste, do “dever de tomar decisões razoáveis e adequadas” e de “obtenção razoável de informação no processo de tomada de decisão”¹³².

Consequentemente, o n.º 2 do art. 72.º deverá ser objecto de uma interpretação restritiva, não sendo de aplicar sempre que estejam em causa deveres específicos (legais, contratuais ou estatutários) ou a violação do dever de lealdade, relativamente aos quais as

¹²⁷ *Governo das sociedades anónimas: Propostas de alteração ao Código das Sociedades Comerciais (Processo de consulta pública n.º 1/2006)*, CMVM, 2006, pp. 17-18.

¹²⁸ R. Costa, *Responsabilidade* cit., p. 55. Cf. Carneiro da Frada, *A business* cit., p. 228.

¹²⁹ Cf. R. Costa, *Responsabilidade* cit., pp. 56-57; C. Abreu, *Responsabilidade civil* cit., p. 38; J. Soares da Silva, “Responsabilidade civil...”, cit., pp. 624-625.

¹³⁰ Cf. Carneiro da Frada, *A business* cit., pp. 229-231, considerando que, no direito português, a *bjr* está consagrada não como pressuposto, mas sim como causa de exclusão da responsabilidade.

¹³¹ Pelo contrário, nos EUA esta regra surgiu “para combater o excesso de litigância contra os administradores”. – R. Costa, *Responsabilidade* cit., p. 57.

¹³² R. Costa, *Responsabilidade* cit., p. 70; C. Abreu, *Responsabilidade civil* cit., p. 47.

decisões são vinculadas. O âmbito de aplicação do preceito refere-se, pois, à observância do dever geral de cuidado, nas suas manifestações acima enunciadas¹³³.

Outra das questões que se coloca é a de saber se o n.º 2 do art. 72.º, enquanto causa de exclusão de responsabilidade, respeita à ilicitude, à culpa ou a ambas, isto é, se a verificação dos pressupostos nele indicados constitui uma causa de justificação, afastando a ilicitude da actuação dos administradores, ou uma causa de exclusão da culpa.

A nosso ver, considerar que o preceito apenas exclui a culpa dos adm. seria admitir que a conduta destes era ilícita, o que não faria sentido na medida em que a verificação dos requisitos nele contidos demonstra o cumprimento dos deveres de cuidado¹³⁴. Aliás, a *bjr* permite compreender melhor em que se traduz a ilicitude, concretizando o critério geral do art. 64.^{o135}. Por conseguinte, uma vez perante uma conduta lícita, exclui-se a culpa do administrador¹³⁶.

Assim, tem razão COUTINHO DE ABREU ao concluir que a verificação dos pressupostos mencionados no n.º 2 do art. 72.º ilide a presunção de culpa estabelecida no n.º 1 do mesmo artigo e, simultaneamente, exclui a ilicitude do comportamento¹³⁷.

É de salientar, porém, que o n.º 2 do art. 72.º pressupõe que, no âmbito do exercício das funções de administração, estejam em causa decisões empresariais. Ou seja, só se aplica ao domínio decisório¹³⁸.

¹³³ Neste sentido, C. Abreu, *Responsabilidade civil* cit., p. 47; R. Costa, *Responsabilidade* cit., pp. 67-71; Carneiro da Frada, *A business* cit., p. 235; Bruno Ferreira, “Os deveres de cuidado...”, cit., p. 724. Considerando que a *bjr* se aplica também aos deveres de lealdade, Adelaide M. Leitão, “Responsabilidade dos administradores...”, cit., p. 670.

¹³⁴ “Não é considerada anti-jurídica ou contra o direito uma decisão “racional”, apesar de “irrazoável”. – C. Abreu, *Responsabilidade civil* cit., p. 43, nt. 89.

¹³⁵ Cf. Carneiro da Frada, *A business* cit., p. 237. A CMVM admitiu que a *bjr* permite “uma densificação dos deveres dos titulares dos órgãos de administração”.

¹³⁶ V. R. Costa, *Responsabilidade* cit., p. 77.

¹³⁷ Cf. C. Abreu, *Responsabilidade civil* cit., p. 43. Também neste sentido, R. Costa, *Responsabilidade* cit., pp. 75-79, acrescentando que este entendimento do n.º 2 do art. 72.º confirma a dupla função do art. 64.º; Carneiro da Frada, *A business* cit., pp. 235-239; Considerando que o preceito trata apenas de uma questão de licitude: Pedro Pais de Vasconcelos, “Responsabilidade civil dos gestores...”, cit., p. 24, entendendo que estamos perante uma “presunção de ilicitude da conduta do gestor” e “*Business*...”, cit., pp. 54-60. Contrariamente, considerando que a *bjr* funciona como causa de exclusão da culpa: M. Cordeiro, Anot. ao art. 72.º, *CSC Anotado*, p. 280; J. Calvão da Silva, “Responsabilidade civil de administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão”, RLJ, Ano 136º, n.º 3940, Coimbra Editora, 2006, pp. 53 e ss. Destaque-se, ainda, a posição de Adelaide M. Leitão, “Responsabilidade dos administradores...”, cit., pp. 672-673, ao defender que a *bjr* não se enquadra na ilicitude, mas sim no domínio da causalidade.

Repare-se que os três pressupostos constantes do preceito correspondem a um controlo do processo de decisão e não do seu mérito¹³⁹. Entre eles levanta especiais dificuldades a “actuação segundo critérios de racionalidade empresarial”. Desde logo, porque ao questionar-se o que deverá entender-se por “racionalidade empresarial”, corre-se o risco de permitir ao tribunal uma análise substancial da decisão.

Embora referidos de forma brevíssima, a *bjr* e o n.º 2 do art. 72.º parecem permitir concluir que existe “um regime especial da responsabilidade pela administração discricionária”¹⁴⁰.

3.2. Não Participação ou Oposição do Administrador

O art. 72.º, n.º 3, 1.ª parte estabelece que não são responsáveis pelos prejuízos sociais resultantes de uma deliberação do órgão de administração os adm. que “nela não tenham participado ou hajam votado vencidos”. É clara a individualização da respectiva responsabilidade.

Considera-se que o adm. não participa na deliberação quando não está presente na reunião de modelo tradicional, não se fazendo representar (v. art. 410.º, n.º 5), nem votando por correspondência (v. art. 410.º, n.º 7). Deve, igualmente, tomar-se como não participação os casos em que o adm. não intervém na reunião através de meios telemáticos (v. art. 410.º, n.º 8) e, ainda, o adm. que não vota por se encontrar impedido de o fazer, mesmo que participe na reunião (v. art. 410.º, n.º 6)¹⁴¹.

Também o adm. que participa na reunião, mas vota vencido não pode ser responsabilizado para com a sociedade, uma vez que não é autor do acto danoso. Note-se que não basta a simples abstenção, sendo necessário que o adm. tenha votado em sentido contrário à deliberação tomada (v. art. 410.º, n.º 7). Trata-se, em bom rigor, não de um direito, mas de mais um poder-dever a cargo dos administradores.

Com efeito, o art. 72.º, n.º 3, 2.ª parte confere ao adm. a possibilidade de formalizar a sua oposição lavrando, no prazo de cinco dias, o seu voto de vencido no livro de actas ou em

¹³⁸ Cf. C. Abreu e M. Elisabete Ramos, Anot. ao art. 72.º, *CSC em Comentário* cit., p. 846.

¹³⁹ Cf. Carneiro da Frada, *A business* cit., p. 240.

¹⁴⁰ R. Costa, *Responsabilidade* cit., p. 71.

¹⁴¹ V. C. Abreu, *Responsabilidade civil* cit., p. 49.

escrito dirigido ao órgão de fiscalização (se o houver) ou, ainda, perante notário ou conservador.

O preceito não refere se a oposição do adm. pode ser exercida posteriormente à deliberação, nomeadamente, no momento da sua execução. Afigura-se que também aqui poderá ter lugar a oposição. Aliás o CSC contém preceitos, como o seu art. 412.º, n.º 4, que prevêem tal hipótese¹⁴².

Ressalve-se que se o adm. podia exercer legalmente a sua oposição e não o faz, embora não tenha participado na deliberação, poderá ser também responsabilizado, nos termos do art. 72.º, n.º 4. A passividade não afasta a responsabilidade, pois o adm. tem o dever de se opor ao acto danoso, desde que reúna as condições legais para tal¹⁴³. O mesmo se passa nos casos em que haja o parecer favorável ou o consentimento do órgão de fiscalização, que será irrelevante para efeitos de exclusão da responsabilidade, por força do n.º 6 do mesmo preceito.

3.3. Deliberação dos Sócios

O art. 72.º, n.º 5 exclui a responsabilidade dos adm. quando a respectiva conduta se baseie em deliberação dos sócios, ainda que anulável¹⁴⁴. O preceito reporta-se, pois, às deliberações válidas e às anuláveis, deixando de fora as deliberações nulas ou inexistentes¹⁴⁵.

Esta causa de exoneração de responsabilidade deve, porém, ser objecto de interpretação restritiva¹⁴⁶. Deste modo, sempre que haja lugar a uma alteração substancial das circunstâncias que justificaram a tomada da deliberação e, por isso, da sua execução passem a resultar prejuízos para a sociedade ou se estiverem em causa deliberações lesivas da sociedade indevidamente induzidas pelos administradores, estes não devem executar a deliberação dos sócios.

¹⁴² Neste sentido, F. Vaz Pinto e M. Keel Pereira, “A responsabilidade civil...”, cit., p. 18.

¹⁴³ V. N. Serens, *Notas sobre a sociedade anónima*, BFDUC, 2.ª ed., Coimbra Editora, 1997, p. 93.

¹⁴⁴ Trata-se de uma situação análoga à da culpa do lesado, prevista no art. 570.º CC. V. F. Vaz Pinto e M. Keel Pereira, “A responsabilidade civil...”, cit., p. 19.

¹⁴⁵ V. arts. 56.º, n.º 1 e 58.º, n.º 1.

¹⁴⁶ Cf. C. Abreu, *Responsabilidade civil* cit., p. 52.

Quanto às deliberações dos sócios que sejam anuláveis, os adm. também não as devem executar sempre que haja probabilidade da sua anulação e da sua execução resultem danos inevitáveis. Pois, se o fizerem e aquelas vierem a ser anuladas, podem vir a ser responsabilizados¹⁴⁷. Acresce que da própria lei decorre por vezes o dever de os adm. não executarem deliberações anuláveis¹⁴⁸.

Também neste domínio se deverá distinguir consoante o tipo societário em causa. Se este regime parece apropriado às SQ, dado que nestas os gerentes devem respeitar as deliberações dos sócios (v. art. 259.º), nem sempre o mesmo ocorrerá nas SA. Os accionistas apenas deliberam sobre matérias de gestão a pedido do órgão de administração e, ainda assim, não se trata de verdadeira transferência de poderes, mas antes de consulta à opinião dos sócios (v. arts. 373.º, n.º 3 e 405.º). As respectivas deliberações apresentam-se, por isso, como meros pareceres, sem a mesma força vinculativa de que se revestem no âmbito das SQ. Há que lembrar que a administração deste tipo societário se envolve de grande complexidade e exige profissionais dotados de especiais competências técnicas, que a maior parte das vezes os sócios não possuirão.

4. A Solidariedade na Responsabilidade

O n.º 1 do art. 73.º estabelece que a responsabilidade dos adm. é solidária.

Uma das questões que se suscita consiste em saber se a solidariedade implica um modo de funcionamento específico do órgão de administração pluripessoal. Sem dúvida que a solidariedade se encontra intimamente ligada à colegialidade¹⁴⁹. Porém, o sistema jurídico-societário português revela-nos que o seu fundamento não reside exclusivamente no funcionamento colegial.

O art. 73.º situa-se na Parte Geral do CSC, pelo que se aplica ao órgão de administração, qualquer que seja o seu modo de funcionamento. Por sua vez, o n.º 3 do art. 72.º exclui, como se viu, a responsabilidade do adm. que não participa ou vota vencido numa deliberação colegial. Acrescente-se, ainda, que, mesmo se o órgão funcionar colegialmente, devem aceitar-se as deliberações unânimes por escrito, por aplicação analógica do art. 54.º.

¹⁴⁷ V. art. 24.º, n.º 3 CVM, ao afastar a aplicação do n.º 5 do art. 72.º nas sociedades abertas.

¹⁴⁸ V. C. Abreu, *Responsabilidade civil* cit., p. 53.

¹⁴⁹ M. Cordeiro, Anot. ao Art. 73.º, *CSC Anotado* cit., p. 281.

Advirta-se que a solidariedade não constitui fundamento autónomo de responsabilidade, uma vez que os adm. apenas são responsáveis por facto e culpa próprios, pelo que a solidariedade apenas abrange estes¹⁵⁰. Admitir tese em contrário significaria responsabilizar os adm. por facto culposo de outrem, sendo que para a sua responsabilização bastaria a qualidade de membro do órgão de administração. Por conseguinte, a solidariedade implica verificar previamente se o adm. é responsável, ou seja, se quanto a ele se encontram preenchidos os pressupostos da responsabilidade.

Assim, a solidariedade, ao afastar a natureza individual da responsabilidade, constitui um reforço da garantia do cumprimento da obrigação de indemnizar e, como tal, da tutela dos lesados, dado que seria excessivamente onerosa a prova dos diversos graus de culpa dos co-responsáveis.

5. As Causas de Extinção da Responsabilidade

5.1. Cláusulas de Exclusão e de Limitação da Responsabilidade

A 1.ª parte do n.º 1 do art. 74.º estabelece que são nulas as cláusulas que excluam ou limitem, no futuro, a responsabilidade dos administradores, independentemente de estarem inscritas no contrato de sociedade. Estas convenções, assentes na autonomia privada, encontram-se, pois, proibidas, qualquer que venha a ser o grau de culpa do administrador¹⁵¹.

Em relação às cláusulas de exclusão, o CSC segue o disposto no art. 809.º CC, que consagra a nulidade da renúncia antecipada aos direitos. Quanto às cláusulas limitativas da responsabilidade verifica-se que o CSC é mais exigente do que o regime jurídico-civil¹⁵². Tal exigência justifica-se na medida em que a responsabilidade se revela essencial para equilibrar os poderes e a liberdade de actuação conferidos aos administradores, assegurar uma efectiva protecção dos interesses dos lesados e, ainda, acautelar o interesse de todos na correcta gestão da sociedade¹⁵³.

¹⁵⁰ Cf. C. Abreu, *Responsabilidade civil* cit., p. 54.

¹⁵¹ O CSC nada diz acerca das cláusulas de agravamento da responsabilidade, pelo que, à partida, serão válidas, embora a sua admissão acarrete inconvenientes, como o desincentivo à ocupação do cargo de administrador. Cf. C. Abreu e M. Elisabete Ramos, Anot. ao art. 74.º, *CSC em Comentário* cit., p. 869.

¹⁵² Seguimos a doutrina dominante que considera que o art. 809.º CC não proíbe as cláusulas que apenas limitam antecipadamente a responsabilidade.

¹⁵³ Por todos, C. Abreu e M. Elisabete Ramos, Anot. ao art. 74.º, *CSC em Comentário* cit., p. 869.

Por sua vez, a 2.^a parte do n.º 1 do art. 74.º estatui, igualmente, a nulidade das cláusulas que sujeitem o exercício da acção social proposta por sócios, prevista no art. 77.º, a prévio parecer ou deliberação dos mesmos. O preceito pretende levantar obstáculos à possibilidade de responsabilização dos adm. pela minoria.

Por fim, a 3.^a parte da norma comina a nulidade das cláusulas que condicionem o exercício de qualquer acção social a prévia decisão judicial sobre a existência de causa de responsabilidade ou de destituição do responsável. Visa-se, desta forma, assegurar a efectivação da responsabilidade.

5.2. Renúncia e Transacção

O n.º 2 do art. 74.º permite à sociedade privar-se do direito à indemnização já constituído e resultante de factos já sabidos e determinados, a ele renunciando ou transigindo sobre o mesmo.

Contudo, atendendo às consequências destes negócios no património da sociedade, o CSC faz depender a renúncia e a transacção de deliberação expressa dos sócios, isto é, que revele directamente essa vontade, desde que não haja o voto contrário de uma minoria que represente 10% ou mais do capital social¹⁵⁴.

Finalmente, o n.º 3 do art. 74.º estabelece que, em princípio, a deliberação dos sócios que aprove as contas ou a gestão dos adm. não envolve renúncia aos direitos de indemnização da sociedade. Apenas haverá lugar a renúncia quando os factos constitutivos da responsabilidade tenham sido expressamente levados ao conhecimento dos sócios antes da aprovação da deliberação e esta tenha sido tomada de acordo com o n.º 2 do preceito em causa¹⁵⁵.

Observe-se que a renúncia ou transacção levadas a cabo sem deliberação prévia são ineficazes em face da sociedade (vd. arts. 260.º, n.º 1 e 409.º, n.º 1).

¹⁵⁴ Note-se que os responsáveis não podem votar. V. C. Abreu, *Responsabilidade civil* cit., p. 57 e art. 384.º, n.º 6, als. a) e b).

¹⁵⁵ Estamos perante uma deliberação tácita de renúncia. Cf. C. Abreu, *Responsabilidade civil* cit., p. 57, nt. 115.

5.3. Prescrição

O direito à indemnização da sociedade pelos danos causados prescreve no prazo de cinco anos, a contar do termo da conduta do adm. geradora de responsabilidade civil, da sua revelação (caso tenha sido ocultada) ou da produção do dano (caso seja posterior àquela revelação), segundo o disposto no art. 174.º, n.º 1, al. b)¹⁵⁶. Estamos perante uma solução que se afasta do regime comum civilístico, dado que o art. 498.º, n.º 1 CC consagra que o direito à indemnização prescreve no prazo de três anos.

Contudo, se o facto gerador de responsabilidade constituir crime para o qual se encontre previsto prazo mais longo, será este último o prazo aplicável, por força do n.º 5 do art. 174.º.

VI. A EFECTIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE

1. Acção social *ut universi*

A garantia primordial da responsabilidade civil dos adm. para com a sociedade consiste na possibilidade que a lei faculta a esta de intentar uma acção de indemnização contra aqueles¹⁵⁷.

Ora, tal responsabilidade é, em primeiro lugar, realizada através da acção social de responsabilidade, também dita acção social *ut universi*, que se encontra prevista no art. 75.º. Trata-se de uma acção que é intentada pela própria sociedade lesada contra os administradores, figurando aquela como autora de um pedido de condenação no pagamento de uma indemnização pelos prejuízos sofridos¹⁵⁸.

Segundo o n.º 1 do preceito *supra* referido, a eficácia da propositura desta acção depende de prévia deliberação dos sócios, bastando que a mesma seja tomada por maioria simples dos votos validamente emitidos¹⁵⁹.

Note-se que, embora a deliberação dos sócios possa ser efectuada segundo qualquer uma das formas previstas no CSC, caso se vise que a mesma seja tomada em AG, tal matéria

¹⁵⁶ Saliente-se que o prazo de prescrição não corre enquanto o adm. se mantiver no cargo - art. 318.º, al. d) CC.

¹⁵⁷ V. R. Ventura/L. Brito Correia, *Responsabilidade civil* (1970) cit., p. 219.

¹⁵⁸ Cf. C. Abreu e M. Elisabete Ramos, Anot. ao art. 75.º, *CSC em Comentário* cit., p. 876.

¹⁵⁹ Cf. C. Abreu, *Responsabilidade civil* cit., p. 60.

deverá constar da ordem do dia¹⁶⁰. Contudo, quando a deliberação seja adoptada em assembleia que aprecie as contas do exercício não é necessário que o assunto conste da convocatória, por força do n.º 2 do art. 75.º.

Por motivos de claro conflito de interesses, o n.º 3 do art. 75.º impede os administradores-sócios cuja responsabilidade esteja em causa de votar nestas deliberações¹⁶¹. Outra inibição encontra-se no art. 75.º, n.º 2, *in fine*, ao estabelecer que, durante a pendência da acção de responsabilidade, os adm. demandados não poderão voltar a ser designados.

Não obstante a representação da sociedade se encontrar a cargo dos administradores, não faria sentido, estando em causa a sua eventual responsabilidade perante a sociedade, que os mesmos assegurassem a representação desta em juízo. Com efeito, o art. 75.º, n.º 1, *in fine* prevê que os sócios possam nomear representantes especiais ou requerer, caso traduzam pelo menos 5% do capital social, a sua nomeação ao tribunal, nos termos do art. 76.º.

Resta referir que, segundo o n.º 1 do art. 75.º, a acção deverá ser proposta no prazo de seis meses a contar da deliberação que autorizou a acção de responsabilidade¹⁶².

2. Acção social *ut singuli*

O art. 77.º prevê a acção social de sócios, ou seja, uma acção que é intentada pelos sócios, mas em benefício da sociedade, a esta se substituindo (*derivative action*). Trata-se de outra das acções *pro societate*, pois o que se pretende é a satisfação do direito de indemnização da sociedade pelos prejuízos causados pela conduta dos seus adm. e não de um direito próprio dos sócios, enquanto tais¹⁶³.

O n.º 1 do art. 77.º permite que a acção seja intentada por um ou mais sócios, que sejam titulares de pelo menos 5% do capital social¹⁶⁴. O preceito atende à possibilidade de existir uma especial ligação entre os adm. e os sócios maioritários que os elegeram e, ainda, às

¹⁶⁰ V. Arts. 377.º, n.º 5, al. e) e n.º 8, 248.º, n.º 1 e 189.º, n.º 1. Caso contrário, a deliberação será nula, por força do art. 56.º, n.º 1, al. a). Cf. M. Cordeiro, Anot. ao Art. 75.º, *CSC Anotado* cit., p. 284.

¹⁶¹ Trata-se apenas de um impedimento de voto.

¹⁶² C. Abreu, *Responsabilidade civil* cit., p. 61, entende que, ultrapassado aquele prazo, a acção poderá ainda ser proposta dentro do prazo de prescrição.

¹⁶³ Para a reparação dos prejuízos directamente sofridos pelos sócios valerá a acção individual dos sócios, prevista nos arts. 77.º, n.º 1, 1.ª parte e 79.º. Contudo, os sócios também têm interesse, ainda que indirecto, na reparação dos prejuízos causados à sociedade. Cf. M. Elisabete Ramos, “Aspectos substantivos...”, cit., p. 215.

¹⁶⁴ Ou apenas 2% do capital social, nas sociedades cotadas. Alteração introduzida pelo DL 76-A/2006, de 29 de Março.

dificuldades de formação de uma maioria, sobretudo, quando há acentuada dispersão do capital social. Tudo isto impossibilitaria a proposição da acção *pro societate*. Acresce que o preceito protege, ainda que indirectamente, o interesse dos sócios minoritários¹⁶⁵.

Repare-se que o art. 77.º, n.º 1, *in fine* revela o carácter subsidiário desta acção, isto é, os sócios só poderão intentá-la quando a sociedade não o tenha feito porque assim o deliberou ou deixou passar o respectivo prazo legal (acção social *ut universi*)¹⁶⁶.

Uma das questões que se coloca é a de sabermos se a substituição que esta acção configura apresenta natureza sub-rogatória. Não nos parece que assim seja, pois, os sócios não intentam a acção com base na inércia da sociedade enquanto sua devedora, nem se impõe o requisito da essencialidade previsto no art. 606, n.º 2 CC¹⁶⁷.

O n.º 2 do art. 77.º determina que os sócios podem incumbir um ou alguns deles de os representar nesta acção. Saliente-se, porém, que estes não se confundem com os representantes especiais a que se refere o art. 75.º, n.º 1, na medida em que actuam como representantes da dita minoria que pretende intentar a acção e não da sociedade. Por sua vez, o n.º 3 refere que a acção seguirá, mesmo que, no decurso da instância, os sócios que a propuseram percam essa qualidade ou desistam dela. Essencial é que no momento em que a acção seja proposta se verifique a percentagem mínima de capital social exigida por lei.

Uma vez intentada a acção, a sociedade deverá ser chamada à causa, por força do n.º 4 do preceito em análise¹⁶⁸. O n.º 5 protege o adm. e assegura o correcto uso deste meio processual na hipótese de algum dos sócios propor a acção com outro fim que não o de

¹⁶⁵ Sobre a *ratio* da acção *ut singuli*, v. Carneiro da Frada e Diogo Costa Gonçalves, “A acção *ut singuli* (de responsabilidade civil) e a relação do direito cooperativo com o direito das sociedades comerciais”, Separata da RDS, Almedina, Ano I (2009), 4, pp. 905-906, 908 e 911, apontando, para esse efeito, o interesse social e, “subsidiariamente, a tutela das minorias”.

¹⁶⁶ Cf. C. Abreu, *Responsabilidade civil* cit., p. 63 e C. Abreu e M. Elisabete Ramos, Anot. ao art. 77.º, *CSC em Comentário* cit., p. 888.

¹⁶⁷ V. C. Abreu e M. Elisabete Ramos, Anot. ao art. 77.º, *CSC em Comentário* cit., p. 888. Em sentido contrário, R. Ventura/L. Brito Correia, *Responsabilidade civil* (1970) cit., p. 51; I. Duarte Rodrigues, *A administração da sociedade* cit., p. 213; M. Cordeiro, Anot. ao Art. 77.º, *CSC Anotado* cit., p. 286; Pedro Pais de Vasconcelos, “Responsabilidade civil dos gestores...”, cit., p. 27.

¹⁶⁸ Através do incidente de intervenção principal provocada, previsto nos arts. 365.º e ss. CPC.

reparação dos prejuízos causados à sociedade, conferindo-lhe a possibilidade de solicitar que a questão seja objecto de decisão prévia ou que seja prestada caução¹⁶⁹.

Se a acção for julgada procedente a indemnização devida pelos adm. ingressará directamente no património da sociedade.

3. Acção sub-rogatória de credores sociais

O art. 78.º, n.º 2 estabelece que quando a sociedade e os sócios não intentem a acção social contra o administrador, os credores sociais poderão fazê-lo, subrogando-se à sociedade, nos termos dos arts. 606.º a 609.º CC. De facto, para além dos sócios, também os credores sociais apresentam interesse no aumento do património social, dado que este poderá ser essencial para a garantia dos seus créditos¹⁷⁰.

Repare-se na natureza subsidiária e sub-rogatória desta acção. A primeira implica que a acção apenas poderá ser exercida pelos credores sociais quando “a sociedade ou os sócios o não façam”, conforme resulta do preceito. A segunda significa que os credores actuam em nome próprio, mas por conta da sociedade, prescrevendo que a acção seja essencial à satisfação dos seus créditos, por força do art. 606.º, n.º 2 CC, isto é, nos casos em que a sociedade deixe de cumprir as suas obrigações. Aqui sim estamos perante a figura da sub-rogação dado que a sociedade, embora lesada e credora de um direito de indemnização contra o administrador, apresenta-se, simultaneamente, como devedora.

Por último, refira-se que, para além da acção sub-rogatória, a favor da sociedade, prevista no n.º 2, o art. 78.º consagra no n.º 1 a “acção autónoma ou directa dos credores, titulares de direito de indemnização”¹⁷¹. Neste contexto, antes da reforma de 2006, discutia-se se o n.º 3 deste preceito, ao estabelecer que nem a renúncia ou transacção da sociedade, nem o facto de a conduta dos adm. assentar em deliberação da AG exclui a obrigação de indemnização “relativamente aos credores”, seria aplicável apenas às acções previstas no n.º 1 ou também às acções sub-rogatórias do n.º 2.

¹⁶⁹ V. C. Abreu, *Responsabilidade civil* cit., p. 65; N. Serens, *Notas sobre* cit., p. 94, considera que esta acção social “pode ser usada como um instrumento de desestabilização e desgaste dos membros do órgão de administração”.

¹⁷⁰ V. F. Vaz Pinto e M. Keel Pereira, “A responsabilidade civil...”, cit., p. 26.

¹⁷¹ C. Abreu, *Responsabilidade civil* cit., p. 67.

A reforma do CSC veio esclarecer, no n.º 3, que a obrigação de indemnização é a “referida no n.º 1”, parecendo, então, que o legislador apenas pretendeu a sua aplicação às acções intentadas directamente pelos credores sociais contra os administradores. Embora também este seja o nosso entendimento, parece que esta referência não tem qualquer utilidade, uma vez que tal solução já decorria da sistematização do preceito, que distingue as duas acções, e da sua *ratio*. Aliás, já era entendimento da doutrina que o preceito deve ser interpretado restritivamente, no sentido de apenas se reportar à acção do n.º 1¹⁷².

VII. A Natureza Jurídica da Responsabilidade

Chegados aqui, uma conclusão parece indiscutível: apurar se se está perante uma responsabilidade obrigacional ou delitual revela-se difícil, justificando a controvérsia dogmática que rodeia esta questão. A complexidade e especificidades do regime jurídico da responsabilidade civil dos adm. para com a sociedade não permite a recondução clara a um dos modelos tradicionais de responsabilidade civil¹⁷³.

A maioria da doutrina portuguesa tem entendido que se trata de responsabilidade obrigacional¹⁷⁴. Afigura-se, todavia, que uma verdadeira solução passa pela análise mais descomprometida das diversas manifestações de cada uma das responsabilidades neste regime concreto. E pela ponderação global de todos os elementos relevantes, em lugar da habitual consideração de certo aspecto parcelar do regime.

¹⁷² Defendendo a não aplicação do n.º 3 do art. 78.º à acção sub-rogatória, v. A. Pereira de Almeida, *Sociedades Comerciais* cit., p. 272; M. Elisabete Ramos, “A responsabilidade de membros da administração”, em IDET, *Problemas do direito das sociedades*, Almedina, 2002., pp. 90-91; N. Serens, *Notas sobre* cit., p. 97.

¹⁷³ Adoptou-se, como tal, a posição dualista, defendida pela generalidade dos autores e adoptada no CC, ao distinguir a responsabilidade obrigacional ou contratual, prevista nos arts. 798.º e ss. CC, da extra-contratual, delitual ou aquiliana, consagrada nos arts. 483.º e ss. CC, pois, esta discussão não apresenta interesse para os AA. que defendem a sua sujeição a um regime unitário. Como defensor da posição monista, v. Luís M. Leitão, *Direito das Obrigações*, vol. I, 8.ª ed., Almedina, 2009, pp. 350-352.

¹⁷⁴ M. Cordeiro, *Da responsabilidade* cit., pp. 493-494, considerando que o art. 72.º, n.º 1 “configura hipóteses de imputação obrigacional” e que está em causa a violação de obrigações funcionais. Este A. admite que “poderá haver uma imputação delitual, aos administradores, por danos causados à sociedade”, mas “pelos termos gerais do art. 483.º, n.º 1 CC”; A. Pereira de Almeida, *Sociedades Comerciais* cit., p. 256; R. Ventura/L. Brito Correia, *Responsabilidade civil* (1970) cit., pp. 116-121, considerando que está em causa a “violação de obrigações fundadas no contrato de administração”; N. Serens, *Notas sobre* cit., p. 93; M. Elisabete Ramos, “A responsabilidade...”, cit., p. 77; Pedro Pais de Vasconcelos, “Responsabilidade civil dos gestores...”, cit., p. 21; Filipe Barreiros, *Responsabilidade civil* cit., p. 89; Ana Perestrelo de Oliveira, *A responsabilidade civil dos administradores nas sociedades em relação de grupo*, Almedina, 2007, p. 141.

Assim, e em primeiro lugar, a responsabilidade civil dos adm. constitui um domínio onde é clara a cedência da finalidade tradicional da responsabilidade civil de reparação do dano, face a outros fins, sobretudo, preventivos. É que a responsabilização dos adm. constitui uma forma de controlo da gestão societária e de assegurar a qualidade do exercício das funções de administração. A responsabilidade civil procura aqui actuar num momento anterior ao dano, sendo dominante o princípio da prevenção. Deste modo, a respectiva disciplina jurídica encontra-se construída com vista a facilitar a concretização da responsabilidade, nomeadamente, dando “voz” às minorias. Refira-se, ainda, as dificuldades que o ressarcimento dos danos acarreta em virtude da avultada dimensão que os prejuízos sociais, geralmente, apresentam, pois, nem sempre o património do adm. e a caução prestada, nos termos do art. 396.º, se revelam suficientes. Neste regime impõe-se, por isso, mais do que reparar, prevenir.

Depois, há que assinalar que o n.º 1 do art. 72.º prevê que o facto ilícito se traduz na “preterição de deveres legais ou contratuais”. Ora, se a referência à violação de deveres contratuais apontaria no sentido de uma responsabilidade obrigacional, o mesmo não se poderá dizer quanto à violação de deveres legais, genéricos ou específicos, a cargo dos administradores. É que a violação de tais deveres legais pode corresponder ao desrespeito de normas de protecção, cuja inobservância configura um caso típico de responsabilidade extra-obrigacional¹⁷⁵. Repare-se nos “deveres fundamentais” do art. 64.º, n.º 1. Não parece que os mesmos se reportem a direitos subjectivos da sociedade, pelo que deve admitir-se estar-se perante norma de protecção. Na verdade, é admissível identificar no preceito um comando impositivo/proibitivo sobre o exercício das funções de administração que visa a tutela específica do interesse societário enquanto interesse juridicamente protegido¹⁷⁶.

Quanto ao ónus da prova da culpa, o n.º 1 do art. 72.º estabelece uma presunção de culpa, à semelhança do n.º 1 do art. 799.º CC, aproximando-se, neste aspecto, da

¹⁷⁵ Sobre os requisitos desta forma de ilicitude prevista na 2.ª parte do n.º 1 do art. 483.º CC, v. Antunes Varela, *Das obrigações em geral* cit., pp. 539-542.

¹⁷⁶ Para Adelaide M. Leitão, “Responsabilidade dos administradores...”, cit., pp. 659-664 e 678-679, o art. 64.º, n.º 1 “possui os requisitos de qualificação das normas de protecção, pelo que conjugada com o art. 72.º, n.º 1 permite realizar o exercício de escrutinar o modelo das normas de protecção no enquadramento da responsabilidade entre administrador e sociedade” e *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, Almedina, 2009, pp. 540-541 e 834. Note-se que também M. Cordeiro, *Manual de Direito das Sociedades* cit., p. 930, reconhece a existência de normas de protecção no CSC, apontando os arts. 509.º e ss.

responsabilidade obrigacional¹⁷⁷. Embora seja um dos principais argumentos invocados para apontar a natureza obrigacional da responsabilidade, a existência, em si, desta presunção de culpa não permite concluir pela natureza obrigacional da responsabilidade. Com efeito, existem relevantes presunções de culpa no domínio da responsabilidade delitual¹⁷⁸.

Em caso de pluralidade de responsáveis, o art. 73.º consagra a solidariedade na responsabilidade, possibilitando à sociedade exigir por inteiro a indemnização a qualquer um dos adm. responsáveis e prevendo o direito de regresso entre eles. Trata-se, pois, de uma regra já prevista nos arts. 497.º e 507.º CC para a responsabilidade delitual¹⁷⁹.

Em relação ao prazo de prescrição, a solução jurídica societária não corresponde a nenhuma das previstas para a responsabilidade obrigacional e delitual (v. arts. 309.º e ss. e 498.º, n.º 1 CC, respectivamente), embora se aproxime mais desta última ao estabelecer um prazo curto, distinguindo-se dos prazos gerais de prescrição.

Importante será realçar que a responsabilidade civil dos adm. opera no caso concreto, pressupondo uma prévia determinação dos respectivos deveres específicos. Deveres esses que ultrapassam o dever geral de respeito, mas que, ainda que partindo da existência de uma relação entre adm. e sociedade, nem sempre correspondem a obrigações em sentido técnico.

Também, como se viu, o conteúdo da situação de administração não radica necessária e exclusivamente num contrato, mas em diversas fontes, que a tornam uma realidade *sui generis*.

O regime jurídico-societário distingue-se, igualmente, do regime comum ao prever factores de exoneração da responsabilidade civil dos adm. perante a sociedade (v. arts. 72.º, n.ºs 2, 3 e 5 e 74.º, n.ºs 2 e 3) e, ainda, ao prever ele próprio meios processuais específicos de efectivação dessa responsabilidade (v. arts. 75.º, 76.º, 77.º e 78.º, n.º 2).

¹⁷⁷ Diferentemente, na responsabilidade delitual é ao lesado que cabe a prova da culpa, segundo o art. 487.º, n.º 1 CC. Para M. Cordeiro, *Da responsabilidade* cit., pp. 469-470 e 485 e ss., a responsabilidade obrigacional reflecte o sistema francês baseado na *faute*, pelo que a presunção do art. 799.º, n.º 1 CC é, simultaneamente, uma presunção de ilicitude e de culpa.

¹⁷⁸ V. Arts. 491.º a 493.º e 503.º, n.º 3 CC.

¹⁷⁹ Na responsabilidade contratual, o regime só será o da solidariedade se tal resultar da lei ou de convenção das partes, por força do art. 513.º CC, vigorando, supletivamente, o regime da conjunção. Cf. Almeida Costa, *Direito das obrigações* cit., pp. 543 e 666 e ss. M. Cordeiro, Anot. ao Art. 73.º, *CSC Anotado* cit., p. 281, considera que essa regra já decorreria do facto de estarem em causa obrigações comerciais, por força do art. 100.º CCom.

Do exposto resulta que a responsabilidade civil dos adm. para com a sociedade apresenta um regime jurídico diverso, mas com soluções próprias da responsabilidade civil comum. Porém, no âmbito destas, com algumas próximas da responsabilidade obrigacional e outras da responsabilidade delitual. Simultaneamente apresenta especificidades¹⁸⁰. Por estas razões, parece revelar-se insuficiente o recurso aos quadros comuns da responsabilidade civil, não se mostrando viável uma aplicação em bloco da responsabilidade obrigacional ou da responsabilidade delitual.

Com efeito e contrariamente à solução que tem vindo a ser defendida pela doutrina maioritária, a questão da natureza jurídica da responsabilidade civil dos adm. para com a sociedade não se compadece com um mero concurso de normas, do qual, por intermédio de uma relação de consumpção, se conclui pela respectiva natureza contratual¹⁸¹. É certo que se hão-de reunir os pressupostos de ambas as responsabilidades. Mas não basta considerar que a responsabilidade contratual “absorve” a extra-contratual. Aliás, tal solução acaba por conferir um carácter subsidiário à responsabilidade extra-contratual que não parece ser intenção do legislador¹⁸².

Não obstante a extensão e a flexibilidade da previsão dos modelos comuns de responsabilidade, há situações que lhe escapam¹⁸³. A opção por uma das espécies de responsabilidade não só ignora as especificidades desta área tão importante do Direito das Sociedades, como frustra as suas finalidades. Note-se que o próprio fim tradicional da responsabilidade civil é aqui posto em causa.

Estamos, pois, perante disciplina em que parece justificar-se, com particular utilidade, uma “responsabilidade intermédia, não tipicamente contratual nem delitual”¹⁸⁴. É para estas zonas cinzentas que se tem vindo a defender uma nova espécie de responsabilidade civil, uma

¹⁸⁰ V. M. Cordeiro, *Da responsabilidade* cit., pp. 33-37.

¹⁸¹ Sobre o concurso de responsabilidades, v. Almeida Costa, *Direito das Obrigações* cit., pp. 546 e ss.; Vaz Serra, *Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual*, BMJ n.º 85, 1959, pp. 208 e ss.; Miguel Teixeira de Sousa, *O concurso de títulos de aquisição da prestação. Estudo sobre a dogmática da pretensão e do concurso de pretensões*, Almedina, 1988; José Barros, “Concurso de responsabilidades”, Relatório da disciplina “Tendências actuais da responsabilidade civil”, leccionada pelo Prof. Dr. Carneiro da Frada, UCP, 2006.

¹⁸² Vaz Serra, *Responsabilidade* cit., pp. 229-231, considerando que se assim fosse “a lei não teria criado vários regimes de responsabilidade”.

¹⁸³ Contrariamente, Almeida Costa, *Direito das obrigações* cit., pp. 540-541.

¹⁸⁴ Carneiro da Frada, *Uma “terceira via” no direito da responsabilidade civil”? O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*, Almedina, 1997, p. 17.

“terceira via” que permite autonomizar certas situações, que, em bom rigor, não se reconduzem a nenhum dos dois modelos ditos “clássicos” de responsabilidade¹⁸⁵.

Pelo exposto, o estudo da responsabilidade civil dos adm. para com a sociedade deve ser apontado como um dos casos que reflecte a necessidade de se considerar uma “terceira via” na responsabilidade civil. Só considerando esta hipótese será possível interpretar correctamente e aplicar com justeza as normas que configuram aquela responsabilidade. A qual constitui, nos nossos dias, um dos capítulos mais importantes do regime das sociedades.

VIII. Conclusão

O presente trabalho procurou tratar a responsabilidade civil dos adm. para com a sociedade através de duas perspectivas: por um lado, analisando o seu regime jurídico e salientando a actualidade e importância da matéria; por outro, aproveitando todos os aspectos tratados para avançar no estudo do instituto da responsabilidade civil.

Os dias de hoje são marcados por escândalos financeiros, desconfiança, má gestão derivada de negligência e falta de conhecimentos necessários ao exercício da função de administração¹⁸⁶.

Torna-se, nestes termos, imperioso que a actuação dos administradores, embora discricionária, seja rigorosa, transparente, diligente e, se for caso disso, susceptível de responsabilização. Note-se que as mais relevantes decisões societárias são tomadas pelos administradores¹⁸⁷. Por sua vez, as sociedades desempenham um papel crucial no

¹⁸⁵ Na doutrina portuguesa, destacam-se como seus defensores: Carneiro da Frada, *Uma “terceira via”* cit., pp. 85 e ss., considerando que “determinadas hipóteses de responsabilidade aceites nos nossos dias não se deixam resolver com recurso aos quadros usuais do contrato ou do delito. Nessa medida, a admissibilidade de uma “terceira via de responsabilidade” torna-se praticamente um imperativo.” (p. 86) e, ainda, *Contrato e deveres de protecção*, Sep. do BFD – Suplemento 38, Coimbra, 1994, pp. 13 e ss.; Luís M. Leitão, *Direito das Obrigações* cit., pp. 286 e 352-365, apontando, como seus exemplos, a responsabilidade pré-contratual e pós-contratual, o contrato com eficácia de protecção para terceiros e a relação corrente de negócios; J. Baptista Machado, “A cláusula do razoável”, *Obra dispersa*, I, pp. 457 e ss.; J. Sinde Monteiro, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, 1989, pp. 478 e ss.; Maria da Graça Trigo, *Responsabilidade civil delitual por facto de outrem*, Coimbra Editora, 2009, pp. 176 e ss. Note-se que M. Cordeiro, *Manual de Direito das Sociedades* cit., p. 932-934, considera a “terceira via” da responsabilidade civil como solução possível para a violação de deveres de lealdade que, enquanto “concretizações societárias do princípio da boa fé”, visam a tutela da confiança, constituindo, como tal, “deveres específicos que não dão origem a presunção de culpa”.

¹⁸⁶ V. Carneiro da Frada, *Direito Civil* cit., p. 120; Pedro Pais de Vasconcelos, “Responsabilidade civil...”, cit., p. 31.

¹⁸⁷ “They are at the centre of what is known as corporate governance” – Mayson, French & Ryan on Company Law, 13th ed., Oxford, 1996-97.

desenvolvimento económico. É esta função de administração que possibilita o progresso. Revela-se, pois, necessário prevenir para mudar.

É neste contexto e perante a insuficiência dos mecanismos de fiscalização externos e de auto-regulação e da abstracção própria do regime jurídico-societário que surgiu a reforma de 2006, inspirada pelos *PCG*¹⁸⁸. Independentemente das divergências doutrinárias suscitadas pelo art. 64.º, está-se perante norma que permite determinar com maior clareza os deveres fundamentais a cargo dos administradores, tarefa essencial à efectivação da respectiva responsabilidade. Também o n.º 2 do art. 72.º contribui, como se viu, para tal responsabilização, ainda que se reporte apenas ao processo decisional¹⁸⁹.

No entanto, a responsabilidade dos adm. deverá ser concretizada com rigor, sob pena de atentar contra a criatividade e desincentivar o exercício da função de administração¹⁹⁰.

Por fim e após análise do regime jurídico da responsabilidade civil dos adm. perante a sociedade, verificámos que a respectiva natureza jurídica não se compadece com “a construção dualista da responsabilidade a partir do contrato e do delito”¹⁹¹. As suas especificidades vão além de qualquer um dos modelos tradicionais de responsabilidade civil, pelo que concluir pela natureza obrigacional ou delitual da responsabilidade significaria ignorar as respectivas especificidades e exigências.

Parece, assim, que a responsabilidade civil dos adm. para com a sociedade evidencia que se justifica pensar uma “terceira via” na responsabilidade civil.

¹⁸⁸ V. Filipe Barreiros, “Responsabilidade civil...”, cit., p. 2.

¹⁸⁹ V. Filipe Barreiros, “Responsabilidade civil...”, cit., pp. 23-27; A. Pereira de Almeida, *Sociedades Comerciais* cit., p. 257.

¹⁹⁰ Acerca das desvantagens da excessiva responsabilização dos adm., v. Bruno Ferreira, “A Responsabilidade dos Administradores e os Deveres de Cuidado enquanto Estratégias de *Corporate Governance*”, *Cad. Mercado de Valores Mobiliários* n.º 30, Agosto 2008.

¹⁹¹ Carneiro da Frada, *Contrato e deveres de protecção* cit., p. 27.

BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2008.
- Paulo Câmara, *O Governo das Sociedades e a Reforma do Código das Sociedades Comerciais*, p. 9.
 - António Fernandes de Oliveira, *Responsabilidade Civil dos Administradores*, p. 257.
- AA.VV., *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais - Homenagem aos Professores Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. II e III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- Fátima Gomes, *Reflexões em torno dos deveres fundamentais dos membros dos órgãos de gestão (e fiscalização) das sociedades comerciais à luz da nova redacção do artigo 64.º do CSC*, vol. II, p. 551.
 - Manuel A. Carneiro da Frada, *A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*, vol. III, p. 207.
- AA.VV., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, sob coordenação de Jorge Manuel Coutinho de Abreu, vol. I, IDET, Almedina, Coimbra, 2010.
- Ricardo Costa/Gabriela Figueiredo Dias, *Anotação ao Artigo 64.º do CSC*, p. 721.
 - Jorge Manuel Coutinho de Abreu/Maria Elisabete Ramos, *Anotação aos Artigos 72.º, 73.º, 74.º, 75.º, 76.º, 77.º, 78.º e 79.º do CSC*, pp. 837.
- AA.VV., *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, sob a coordenação de António Menezes Cordeiro, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2011.
- ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, *Da empresarialidade (As empresas no direito)*, Almedina, Coimbra, 1996;
- *Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social*, em IDET, Colóquios n.º 3, Reformas do Código das Sociedades, Almedina, Coimbra, 2007, p. 15;
 - *Governança das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2006;
 - *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, em IDET, Cadernos n.º 5, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2010.
- ALMEIDA, ANTÓNIO PEREIRA DE, *Sociedades Comerciais e Valores Mobiliários*, 5.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of corporate governance: analysis and recommendations*, vol. 1, ALI Publishers, St. Paul, Minn, 1994.
- BARREIROS, FILIPE, *Responsabilidade Civil dos Administradores: os Deveres Gerais e a Corporate Governance*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

- BARROS, JOSÉ, “Concurso de responsabilidades”, Relatório da disciplina “Tendências actuais da responsabilidade civil”, leccionada pelo Prof. Dr. Manuel A. Carneiro da Frada, UCP, 2006.
- CARRILLO, ELENA F. PÉREZ, *La administración de la sociedad anónima: obligaciones, responsabilidad y aseguramiento*, Marcial Pons Ed. Jurídicas, 1999, Barcelona.
- CMVM, *Governo das sociedades anónimas: Propostas de alteração ao Código das Sociedades Comerciais* (Processo de consulta pública n.º 1 12006), Janeiro 2006;
- Respostas à Consulta Pública n.º 1/2006 sobre Alterações ao Código das Sociedades Comerciais, Março 2006.
- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, “A lealdade no direito das sociedades”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Dezembro 2006, vol. III, p. 1033;
- *Da Responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, Lisboa, 1997;
 - *Manual de Direito das Sociedades, I – Das Sociedades em geral*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007;
 - “Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Setembro 2006, vol. II, p. 446.
- CORREIA, ANTÓNIO FERRER, *Lições de Direito Comercial*, vol. II – *Sociedades Comerciais*, Livraria Petrony, Lisboa, 1968.
- CORREIA, LUÍS BRITO, *Os Administradores de Sociedades Anónimas*, Almedina, Coimbra, 1993;
- v. VENTURA, RAÚL
- COSTA, MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA, *Direito das obrigações*, 12.ª ed. (revista e actualizada), Almedina, Coimbra, 2009.
- COSTA, RICARDO, *Responsabilidade dos administradores e business judgment rule*, em IDET, Colóquios n.º 3, Reformas do Código das Sociedades, Almedina, Coimbra, 2007, p. 49.
- CUNHA, PAULO OLAVO, *Direito das sociedades comerciais*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010.
- DUARTE, RUI PINTO, *Escritos sobre Direito das Sociedades*, Coimbra Editora, Coimbra, 2008.
- FERNANDES, LUÍS A. CARVALHO, *Teoria Geral do Direito Civil*, vol. I – *Introdução. Pressupostos da relação jurídica*, 5.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2009.
- FERREIRA, BRUNO, “Os deveres de cuidado dos administradores e gerentes (Análise dos deveres de cuidado em Portugal e nos Estados Unidos da América fora das

situações de disputa sobre o controlo societário”, *in* Revista de Direito das Sociedades, Ano I (2009), N.º 3, sob a direcção de António Menezes Cordeiro, p. 681;

- “A Responsabilidade dos Administradores e os Deveres de Cuidado enquanto Estratégias de *Corporate Governance*”, Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários n.º 30, Agosto de 2008.

FRADA, MANUEL A. CARNEIRO DA, *Contrato e deveres de protecção*, Coimbra, Separata do BFD – Suplemento 38, 1994;

- *Direito civil - Responsabilidade civil - O método do caso*, Almedina, Coimbra, 2006;

- *Uma “terceira via” no Direito da Responsabilidade civil? O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*, Almedina, Coimbra, 1997.

FRADA, MANUEL A. CARNEIRO DA e DIOGO COSTA GONÇALVES, “A acção *ut singuli* (de responsabilidade civil) e a relação do Direito Cooperativo com o Direito das Sociedades Comerciais”, Separata da Revista de Direito das Sociedades, Ano I (2009), N.º 4, Almedina, Coimbra.

FRENCH, DEREK, STEPHEN MAYSON & CHRISTOPHER RYAN, *Mayson, French & Ryan on Company Law*, 13th ed., Blackstone Press Limited, Oxford, 1996-97.

FURTADO, J. PINTO, *Curso de direito das sociedades*, Almedina, Coimbra, 1983.

JORGE, FERNANDO PESSOA, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1995 (reimpressão da edição de 1968).

LEITÃO, ADELAIDE MENEZES, *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, Almedina, Coimbra, 2009;

- “Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação de normas de protecção”, *in* Revista de Direito das Sociedades, Ano I (2009), N.º 3, sob a direcção de António Menezes Cordeiro, p. 647;

LEITÃO, LUÍS MENEZES, *Direito das obrigações*, vol. I – *Introdução. Da constituição das obrigações*, 8.^a ed., Almedina, Coimbra, 2009.

Lord Hoffman, “*Duties of Company Directors*”, *EBLR*, vol. 10, London, March/April 1999, pp. 78-82.

MACHADO, JOÃO BAPTISTA, “A cláusula do razoável”, *in* *Obra dispersa*, vol. I, Scientia Iuridica, Braga, 1991.

MARTINS, ALEXANDRE SOVERAL, *Os poderes de representação dos administradores de sociedades anónimas*, BFDUC, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.

- MONTEIRO, JORGE F. SINDE, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989.
- NUNES, PEDRO CAETANO, *Corporate Governance*, Almedina, Coimbra, 2006.
- OLIVEIRA, ANA PERESTRELO DE, *A Responsabilidade Civil dos Administradores nas Sociedades em Relação de Grupo*, Almedina, Coimbra, 2007.
- PINTO, FILIPE VAZ e MARCOS KEEL PEREIRA, “A Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Comerciais”, Working Paper n.º 5/01 da FDUNL, Lisboa, 2001.
- RAMOS, MARIA ELISABETE GOMES, “ A responsabilidade de membros da administração”, em IDET, *Problemas do Direito das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 71-92;
- “Aspectos substantivos da responsabilidade civil dos membros do órgão de administração perante a sociedade”, Coimbra, Separata do BFD, 1997.
- RODRIGUES, ILÍDIO DUARTE, *A administração das sociedades por quotas e anónimas – Organização e estatuto dos administradores*, Livraria Petrony, Lisboa, 1990.
- SERENS, M. NOGUEIRA, *Notas sobre a sociedade anónima*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1997.
- SERRA, ADRIANO VAZ, *Responsabilidade contratual e responsabilidade extracontratual*, in BMJ n.º 85, 1959.
- SILVA, J. CALVÃO DA, “*Corporate Governance* - Responsabilidade civil de administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão”, in RLJ, Ano 136º, n.º 3940, Coimbra Editora, Coimbra, Setembro/Outubro 2006.
- SILVA, JOÃO SOARES DA, “Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades: os Deveres Gerais e os princípios da *Corporate Governance*”, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 57, vol. II, Abril 1997, pp. 605-628.
- SOUSA, MIGUEL TEIXEIRA DE, *O concurso de títulos de aquisição da prestação. Estudo sobre a dogmática da pretensão e do concurso de pretensões*, Almedina, Coimbra, 1988.
- TRIGO, MARIA DA GRAÇA, *Responsabilidade civil delitual por facto de terceiro*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- VARELA, JOÃO DE MATOS ANTUNES, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.ª ed. (7.ª reimpressão da Edição 2000), Almedina, Coimbra, 2010;
- “Anotação ao Acórdão de 31 de Março de 1993 do Tribunal Arbitral”, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 126.º, 1993-1994, p. 315.

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, “Responsabilidade Civil dos Gestores das Sociedades Comerciais”, *in* Direito das Sociedades em Revista, Ano 1, vol. 1, Semestral, Almedina, Coimbra, 2009;

- “*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 1, vol. 2, Semestral, Almedina, Coimbra, 2009.

VENTURA, RAÚL, *Teoria da relação jurídica do trabalho*, vol. I, Porto: Imprensa Portuguesa, 1944.

VENTURA, RAÚL E LUÍS BRITO CORREIA, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas/Estudo comparativo dos direitos alemão, francês, italiano e português – Nota explicativa do Cap. II do DL 49 381, de 15 de Novembro de 1969*, BMJ n.ºs 192,193,194 e 195, Lisboa, 1970.