

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



*A vinculação da business judgement rule ao dever de cuidado no ordenamento
jurídico português*

MESTRADO FORENSE

Orientadora Professora Doutora Fátima Gomes

Liliana Rodrigues Diegues Moreira

29 de Maio de 2012

Índice:

Abreviaturas	3
1. Introdução	5
2. Deveres dos administradores	7
2.1. Deveres contratuais	9
2.2. Deveres legais	10
2.2.1. Deveres legais específicos	11
2.2.2. Deveres legais gerais	12
2.2.2.1. Dever de cuidado	16
a) Análise do seu conteúdo	16
i) Dever de disponibilidade	19
ii) Dever de vigilância e investigação	20
iii) Dever de preparar adequadamente o processo decisório	21
iv) Dever de tomar decisões não irracionais	23
b) Dever de cuidado em Legislação estrangeira.	23
i) EUA	23
ii) Alemanha	25
iii) Espanha	26
2.2.2.2. Dever de lealdade	29
a) Análise do seu conteúdo	29
i) Dever de não concorrência	30
ii) Dever de utilizar oportunidades de negócio	30

iii) Dever de actuar com lealdade nos negócios celebrados com a sociedade	32
b) Dever de lealdade em Legislação estrangeira	32
i) EUA	32
ii) Alemanha	33
iii) Espanha	34
3. Responsabilidade dos administradores para com a Sociedade	35
3.1. O n.º 1 do artigo 72.º do CSC	35
3.2. O n.º 2 do artigo 72.º do CSC (<i>business judgement rule</i>)	37
3.3. A <i>business judgement rule</i> na legislação estrangeira	39
a) EUA	39
b) Alemanha	42
4. O Âmbito de aplicação da <i>business judgement rule</i> no CSC	45
4.1. Decisões de gestão tomadas no quadro da discricionariedade e autonomia	45
4.2. Regras procedimentais da decisão	46
a) Decisão informada	46
b) Decisão livre qualquer interesse pessoal	47
c) Decisão segundo critérios de racionalidade empresarial ...	48
5. A <i>bjr</i> como cláusula de exclusão da responsabilidade do administrador .	50
6. Conclusão	53
Bibliografia	56

Abreviaturas:

Ac.- Acórdão

ADHGB- *Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch*

AktG- *Aktiengesetz*

al.- alínea

ALI- *American Law Institute*

art.- artigo(s)

bjr- *business judgement rule*

CC- Código Civil

Cf.- Confira

Cfr.- Confronte

CIRE- Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

cit.- citado(a)

CMVM- Comissão do Mercado de Valores Mobiliários

CP- Código Penal

CSC- Código das Sociedades Comerciais

CT - Código do Trabalho

DCGK- *Deutscher Corporate Governance Kodex*

DGCL- *Delaware General Corporate Law*

DL- Decreto Lei

DSR- Direito das Sociedades em Revista

HGB- *Handelsgesetzbuch*

IDET- Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho

LSA- *Ley de Sociedades Anónimas*

LSRL- *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*

LSC- *Ley de Sociedades de Capital*

MBCA- *Model Business Corporations Act*

n.º - número

op. cit – obra citada

p. - página

PCG- *Principles of Corporate Governance*

pp.- páginas

RDS- Revista Direito das Sociedades

ROA- Revista da Ordem dos Advogados

SA- sociedades anónimas

SRL- sociedades de responsabilidad limitada

ss.- seguintes

STJ- Supremo Tribunal de Justiça

Vd.- Vide

vol.- volume

1. Introdução

Mercê da globalização dos mercados financeiros, premência de estandardização dos princípios de governação societária e, ainda, das incertezas suscitadas quanto à suficiência dos mecanismos de fiscalização da actuação dos administradores, tornou-se necessária a reforma de parte do sistema de responsabilidade civil destes profissionais, para delimitar a fronteira entre a sua autonomia decisória e a respectiva sindicância judicial.

A consagração dos deveres fundamentais, plasmados no artigo 64.º do CSC, revela grande utilidade no contexto das acções de responsabilidade civil dos membros do órgão de administração para com a sociedade comercial, pois clarifica, junto dos dirigentes e demais responsáveis, as regras de conduta que os mesmos devem observar nas suas relações recíprocas e nas que, em nome da sociedade, estabelecem com os *stakeholders*.

A Reforma do CSC realizada pelo DL n.º 76-A/2006, de 29 de Março, consagrou no ordenamento jurídico português (art. 72.º n.º 2), a denominada *business judgement rule*, de inspiração norte-americana, firmada e difundida pelas decisões jurisprudenciais do Estado de Delaware no estreio do século XIX, evidenciando um significativo apreço às normas referentes à administração e controlo das sociedades comerciais a operar em Portugal.

Em sentido lato, a regra vem excluir a ilicitude da actuação dos administradores, sempre que estes consigam fazer prova do cumprimento dos deveres a que estão adstritos no processo formativo das decisões de gestão. Nessa medida, a correlação entre os arts. 64.º e 72.º do CSC é manifesta, impondo-se a delimitação do dever de cuidado no âmbito da responsabilização dos administradores.

No presente trabalho pretendemos analisar as questões jurídicas relevantes originadas pela regra *bjr* enquanto mecanismo de exclusão de responsabilidade

dos administradores e de aplicação do dever de cuidado, como questão central, à qual se juntam outras temáticas conexas ao tema principal.

Trataremos de seguida, demarcando o objecto de exame a que nos propomos, da sistematização dos deveres que impendem sobre os titulares do órgão de gestão no decurso do seu mandato, à luz da redacção original e vigente do art. 64.º do CSC, assim como da explanação, de forma sucinta, dos ordenamentos jurídicos pioneiros nesta matéria.

Superada a contextualização e explicitação dos comandos comportamentais dirigidos aos administradores, parte-se da origem e fundamento da *business judgement rule* para facilitar a apreensão do seu alcance e, adentramos na distinção entre as duas formulações estadunidenses conferidas à mesma, acentuando as consequências práticas de cada uma.

Posteriormente, avançamos com a análise dogmática do preceito normativo português (art. 72.º n.º 2) que acolheu a regra, onde procedemos à indicação e esclarecimento dos pressupostos da sua aplicação, procurando, igualmente, acentuar o seu sentido comportamental.

Por último, indagamos a sua configuração como uma cláusula de exclusão de responsabilidade dos administradores, em detrimento da apresentação como uma regra complementar ao teor dos deveres fundamentais do art. 64.º, procurando, tanto quanto possível, estabelecer os pontos de contacto entre a regra norte-americana transposta para a legislação portuguesa e, os deveres de cuidado.

2. Deveres dos administradores

“ Para um sãõ governo das sociedades, mostra-se prioritária a definição clara do que são as funções de cada actor societário, de modo a que a correspondente actuação seja sindicável, de acordo com os mecanismos próprios de cada modelo ”¹.

Olhando para o Código das Sociedades Comerciais, fica-se com a (natural) ideia de que estamos perante um articulado com propósitos reguladores de uma actividade económica, para o caso as sociedades comerciais ou todas as pessoas colectivas que possam optar por este regime. Aquele instrumento regulador não assume um carácter “neutral” perante conflitos de interesses.

É desta caracterizante que os deveres dos administradores² são um dos pilares estruturantes do presente estudo porque é a partir do seu incumprimento doloso ou negligente que surgirá a legitimidade activa para propor a acção de responsabilidade civil, e a emergente obrigação de reparar os danos ocasionados, quer em favor da pessoa colectiva, quer de terceiros que, pela sua especial relação com aquela, se sintam igualmente lesados com a conduta do administrador.

Tendo em consideração que o contexto empresarial português se modificou ao longo das últimas décadas, vindo a atribuir mais poder e autonomia aos titulares do órgão de administração na tomada de decisões que comportam um grau de risco acrescido, é de salientar que, em contrapartida também trouxe a imposição de mais deveres resultantes do apropriado sistema de fiscalização da sua actividade funcional, o que coloca a questão de saber qual deve ser o paradigma comportamental mínimo expectável na prossecução das suas atribuições.

¹ Documento da CMVM, «Governo das Sociedades Anónimas: Propostas de Alteração ao Código das Sociedades Comerciais- Processo de Consulta Pública N.º 1/2006», pp. 15-16, disponível em www.cmvm.pt/CMVM/Comunicados/Comunicados/Documents/56be6a08403749cbbfdada63db3da0aaproposta_alter_csc.pdf.

² Importa clarificar que, no presente estudo, por um lado, o termo administradores deve interpretar-se em sentido amplo, estendendo-se aos gerentes das sociedades por quotas. Por outro lado, não analisaremos, especificamente, os deveres que impendem sobre os titulares do órgão de fiscalização bem como os membros da comissão de auditoria ou do conselho geral e de supervisão. Sem prejuízo, de pontualmente lhes fazermos referência.

Não obstante o conjunto de obrigações a que estão vinculados os administradores, o seu principal dever é o - dever de administrar³ - não autonomizado no n.º 1 do art. 64.º. Este reúne⁴, entre outros, o dever de gerir o património e as actividades integrantes do objecto social da infra- estrutura societária com vista à salvaguarda dos interesses sociais dignos de protecção jurídica, escolha de opções de gestão rentáveis e, ainda, o dever de representar a sociedade vinculando-a pelos negócios que celebre na pendência do seu mandato⁵. O dever de administrar, na verdadeira acepção da palavra, permite, ainda, individualizar, por um lado, o conteúdo da relação obrigacional e, por outro, diferenciar das demais que se possam constituir no seio empresarial⁶, apontando, assim, o papel comportamental que cabe a cada administrador no panorama comercial contemporâneo.

Como se pode deixar antever, a execução dos poderes-deveres a que aludimos não deve ser, portanto, despicienda dos riscos associados a este tipo de actividade, da posição e características do administrador⁷, da dimensão e objecto social da pessoa colectiva e dos interesses que tenha em vista prosseguir.

Após uma breve resenha da relevância dos deveres no contexto da regulação da relação entre os agentes societários, importa identificar a sua origem contratual e legal, consoante resultem das cláusulas constantes do contrato de administração

³ Na versão actual do art. 64.º do CSC, o dever de administrar foi reconduzido aos elementos reveladores do dever de cuidado. Cf. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «A business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores», ROA, Ano 67, vol. I, 2007, pp. 164-166; RICARDO COSTA/GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *in* AA. VV, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. I, IDET, Almedina, 2010, p. 727. Pelo contrário, CAETANO NUNES prefere identificar a actividade dos administradores ao conceito “gestão” em virtude da terminologia legal do art. 406.º do CSC- assim, vd. PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance*, Almedina, 2006, p. 32.

⁴ Trata-se de um conceito-síntese decomponível num conjunto de outros deveres de conteúdo e execução mais específica ou determinável – vd. ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, «A business judgment rule», *in* I Congresso Direito das Sociedades em Revista, Almedina, 2011, p. 368.

⁵ A decomposição do dever de bem administrar nos deveres de gestão e representação retira-se respectivamente dos arts. 405.º e 408.º do CSC.

⁶ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «A business judgement rule...», *op. cit.*, p.165.

⁷ A imposição dos deveres funcionais contemplam, indiscriminadamente, os administradores de *direito* e os de *facto*. Cf. JORGE COUTINHO de ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores das sociedades*, IDET, cadernos n.º5, Almedina, 2010, p. 104.

ou directa e especificamente da lei portuguesa. Contudo, independentemente da sua fonte, todos os deveres de administração consagrados no ordenamento jurídico português se subsumem aos princípios reguladores da *corporate governance*⁸, sendo também estes fonte autónoma de deveres de administração.

2.1. Deveres contratuais

Através da redacção do n.º 1 do art. 72.º do CSC extrai-se a natureza contratual da relação de administração⁹, ao estabelecer-se que o administrador será demandado numa acção de responsabilidade civil sempre que, por actos ou omissões, praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais cause danos patrimoniais, ou outros à sociedade. Todavia, um sector doutrinário entende que esta formulação acaba por não abranger obrigações tão importantes, como as advenientes das deliberações ou dos estatutos sociais¹⁰.

Também no acto de celebração do contrato de sociedade ou do contrato de administração podem estabelecer-se, por acordo das partes, variados deveres de conteúdo específico¹¹, cujo incumprimento determina a responsabilização dos

⁸ A expressão *corporate governance* é da autoria de ADOLF BERLE jr/GARDINER MEANS, na obra, *The Modern Corporation and Private Property*, Transaction Publishers, 1932. A tradução desta expressão é de tal dificuldade que a generalidade dos ordenamentos europeus adopta a expressão idiomática anglo-saxónica originária.

No dizer de PAULO OLAVO CUNHA, «Corporate & Public Governance nas Sociedades Anónimas: primeira reflexão» in DSR, Ano 2, Vol. IV, Almedina, 2010 p. 170, “o sistema de governação de sociedade ou o *corporate governance* é o conjunto de regras ou princípios que o órgão de gestão de uma sociedade anónima aberta deve respeitar no exercício da responsabilidade; e que se caracteriza por incluir regras que visam tornar transparente a administração da sociedade, definir responsabilidade dos respectivos membros e assegurar que na composição da administração se reflectem, tanto quanto possível, as diversas tendências accionistas”.

⁹ Não obstante, a adopção da tese contratualista no que respeita à natureza da relação jurídica que se estabelece entre o administrador e a sociedade, a verdade é que esta questão não concita o entendimento da doutrina nacional. Cf. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, Lisboa, 1997, pp. 335 e ss.

¹⁰ Recorde-se COUTINHO DE ABREU - o autor entende que as obrigações dos titulares do órgão de administração têm origem na lei ou nos estatutos sociais por referência às deliberações dos sócios, optando pela enunciação dos deveres legais ou estatutários em vez da vigente formulação do art. 72.º n.º 1 do CSC – vd. JORGE COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...*, *op. cit.*, pp. 10-11.

¹¹ A par da estipulação de obrigações de conteúdo específico, pode a sociedade lançar mão deste acordo de vontades para regulamentar questões conexas à função principal, como é o caso do tempo e local de trabalho, mobilidade geográfica, retribuição, faltas etc.

profissionais, confirmando-se que o contrato celebrado entre a pessoa colectiva e o gestor é fonte directa de obrigações¹². O conteúdo deste tipo de obrigações encontra-se, em regra, bem definido e delimitado nas próprias cláusulas contratuais, sendo este o critério que preside à distinção entre deveres gerais e deveres específicos e, em virtude da razão apontada, estão fora do âmbito de aplicação da regra comumente conhecida por *business judgement rule*.

2.2. Deveres legais

A fonte de deveres que maior notoriedade e reconhecimento jurídico obteve é de origem legal, traduzindo-se na fixação de incumbências estabelecidas directa e especificamente na lei. Aquelas podem resultar em prestações de *facere* ou de *non facere*, consoante o legislador imponha ao administrador o dever de realizar uma qualquer prestação, ou o dever de se abster da sua realização.

A consagração dos deveres dos titulares do órgão de administração, encontra-se dispersa por vários diplomas legislativos (de diversa ordem), nomeadamente, no CSC e restante legislação avulsa¹³. Tal facto deve-se sobretudo à impossibilidade de prever *ex ante* todas as situações que poderiam ocorrer no decurso desta actividade profissional, aliado ao facto de nem sequer ser desejável, no quadro dos cargos de alto risco financeiro, operar uma padronização excessiva¹⁴.

Ainda que a amplitude dos comandos legais ocasione dificuldades sistemáticas de fundo é, ainda assim, perceptível a dupla natureza dos deveres

¹² A responsabilidade civil emergente da violação de deveres contratuais não se circunscreve aos arts. 71.º e ss. do CSC, visto que essa fonte de responsabilidade já decorria do princípio da eficácia dos contratos consagrado no art. 406.º do CSC.

¹³ A ideia de multiplicidade de obrigações e a sua dispersão em diversos diplomas legislativos não é fenómeno singular do nosso ordenamento jurídico. Do mesmo modo, no direito alemão, os deveres societários emergem dos vários ramos do direito e ainda, das regras de bom governo. Estas fundam uma nova fonte de obrigações societárias, ao estabelecerem o modelo de conduta a adoptar pelos administradores - MARTÍN E. ABDALA, «Régimen de responsabilidad de los administradores de sociedades en el derecho alemán», *in* Revista de Derecho de la División de Ciencias jurídicas, n.º 31, Universidad del Norte, 2009, p. 96.

¹⁴ Sob pena de sermos confrontados com uma “administração defensiva” onde impera a inércia dos administradores. Vd. JORGE COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...*, *op. cit.*, p. 14.

legais. Referimo-nos, em um primeiro plano, aos deveres de conteúdo específico estabelecidos na legislação de carácter comercial. Em um segundo e imperativo plano, referimo-nos aos comandos comportamentais gerais, que pela sua amplitude e indeterminação carecem de concretização casuística. A partir dos quais a doutrina descortina (nestes últimos) dois deveres principais dos administradores: o dever de cuidado e o dever de lealdade¹⁵.

2.2.1. Deveres legais específicos

Dentro dos deveres legais estatuídos no ordenamento jurídico português encontramos duas categorias que se contrapõem pela especificação *versus* indeterminação do seu conteúdo, respectivamente, os deveres legais específicos e os deveres legais gerais.

Os primeiros são aqueles que não suscitam qualquer liberdade na esfera de actuação do titular do órgão de administração, já que o seu cumprimento é vinculado e o seu teor bem concretizado e balizado na lei. Logo, a sua observância não propicia a uma escolha pessoal. Os administradores ou observam ou não observam estas obrigações legais. Não existem zonas cinzentas. Nessa medida é bastante simples à sociedade demonstrar, em juízo, que a conduta daqueles contrariou o direito positivo, ocasionando fundamento à obrigação indemnizatória.

Ainda no que respeita à estatuição dos deveres legais de conteúdo específico importa ter presente que os mesmos não se encontram compilados num só texto legal, estando dispersos por vários diplomas legislativos, dos quais se destacam o CSC, o CIRE, o CT e, ainda, o CP¹⁶.

¹⁵ A relatada contraposição das categorias dos deveres gerais e dos deveres específicos é sugerida por JORGE COUTUNHO DE ABREU, *Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social*, in Reformas do Código das Sociedades, Almedina, 2007, p. 17; GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO, *El poder de decisión en las sociedades anónimas: derecho europeo y reforma del derecho español*, Civitas, Madrid, 1982, p. 501 e ss.

¹⁶ Apresentamos alguns exemplos de deveres legais específicos constantes de diferentes diplomas legais: arts. 6.º n.º 4 (dever de não ultrapassar o objecto social) ; 31.º; 32.º; 33.º (deveres que impossibilitam a distribuição aos sócios de bens sociais, sem a deliberação em assembleia geral);

2.2.2. Deveres legais gerais

Grosso modo a generalidade das decisões tomadas no seio empresarial comportam um elevado risco, pois trata-se de um meio regido por flutuações do mercado, mas também pela volátil procura e preferência dos consumidores. Este risco é acrescido pela circunstância daqueles administradores não estarem a dispor do seu próprio património, mas, pelo contrário, tomarem decisões relativas ao património da sociedade que gerem e representam. Com efeito, nas suas actividades funcionais devem empregar a diligência (entendida como profissionalismo) exigível a uma pessoa experiente colocada numa posição análoga (art. 64.º do CSC).

O primeiro texto legal português que aflorou a temática dos deveres dos titulares do órgão de administração – e a redacção originária do art. 64.º do CSC¹⁷ – foram decalcados da 1ª parte do § 84 da *AktG* alemã de 1937 e da 1ª parte do § 93 da *AktG* de 1965, que utiliza por referencial o parâmetro do “gestor criterioso e ordenado”, em vez do tradicional e pouco rigoroso critério *bonus pater familiae*, consagrado no n.º 2 do art. 487.º do CC.

Presentemente o art. 64.º do CSC dispõe, quanto ao dever de diligência, que os administradores, no exercício das suas funções, devem revelar disponibilidade,

35.º (em caso de perda de metade do capital social, é dever dos administradores convocar a assembleia geral); 254.º (dever de não exercer actividade concorrente que apresenta correlação com o dever de lealdade); 285.º; 286.º (dever de promover a realização das entradas em dinheiro diferidas); 316.º; 319.º; 323.º (dever de não adquirir acções próprias) todos do CSC; arts. 18.º e 19.º (dever que impende sobre a sociedade ou a administração de requerer a declaração de insolvência) do CIRE. E, por fim, arts. 203.º; 204.º; 205.º; 212.º do CP, que culminam na responsabilidade penal dos administradores. Cf. RICARDO COSTA/ GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Código das Sociedades Comerciais...*, op. cit., p. 729.

¹⁷ O primeiro dispositivo legal que concretizou o modelo de diligência segundo o “gestor criterioso e ordenado” data de 1969, com o art. 17.º do DL n.º 49 381: “Os administradores de sociedades são obrigados a empregar a diligência de um gestor criterioso e ordenado”.

A redacção originária do art. 64.º do CSC dizia: “Os gerentes, administradores ou directores de uma sociedade devem actuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores”. O preceito em causa mostrava-se vago, por não explicitar quais os deveres compreendidos no acto de administrar e aferidos pela bitola da diligência, assim como, o tratamento indiferenciado dos vários interesses tutelados ou a ausência de previsão e contraposição do dever de lealdade. Pelo que, um comando normativo com tal importância no contexto da regulação societária, carecia de uma precisão ao nível da forma e do conteúdo.

competência de cariz técnico e conhecimento acerca da actividade, apropriadas às funções que ocupam, empregando para tal, a diligência de um “gestor criterioso e ordenado”, enquanto medida para aferir da (in)observância dos deveres singulares¹⁸. Note-se que esta medida de aferição não se estende ao cumprimento do dever de lealdade, ainda que a observação sequencial do preceito a possa suscitar.

Apesar do esforço legislativo com vista à concretização do dever de cuidado e à adopção de um critério mais rigoroso na pertinente concepção apreciativa da conduta dos administradores (como se denota pela versão comparativa da redacção do preceito no nosso CSC), a conclusão a que se chegou é a de que a indeterminação do termo diligência continua a “assombrar” a previsão legal vigente. Em momento precedente à reforma operada pelo DL n.º 76–A/2006 questionou-se a natureza jurídica do art. 64.º: conteria o mencionado preceito legal um dever autónomo dos titulares do órgão de administração passível de ser fundamento de responsabilidade civil? Operaria ao nível da ilicitude e da culpa? Ou determinaria meramente o modo como devem os administradores encarar e exercer a sua actividade?

Estas interrogações não concitaram o consenso doutrinal português (ao contrário do que acontece noutros ordenamentos jurídicos), dividindo-se os autores entre aqueles que defendem que o comando, pela sua generalidade e insuficiente previsão, apenas funciona como aferidor de culpa, os que advogam a sua relevância principalmente em sede de ilicitude e os que, por sua vez, sustentam a sua operacionalidade ao nível da ilicitude e da culpa¹⁹, como de resto sucede no direito alemão, a partir da interpretação do § 93 da *AktG*, e do direito espanhol por via do art. 133.º da *LSA*.

¹⁸ Entende-se que o legislador quis individualizar o critério de avaliação da conduta, não se tratando de um qualquer gestor colocado numa situação similar, mas sim, um gestor criterioso e ordenado que abarca a ideia de “profissionalidade”. Em sentido análogo, MARIA ELISABETE RAMOS, «Responsabilidade civil dos administradores ou directores das sociedades anónimas perante os credores sociais», in *Boletim da Faculdade de Direito Coimbra*, Coimbra, 2002, pp. 83-84.

¹⁹ Vd. JOÃO SOARES DA SILVA, «Responsabilidade civil dos administradores da sociedade: os deveres gerais e a *corporate governance*», in *ROA*, Ano 57, vol. II, 1997, p. 615.

A querela doutrinária quanto à natureza do art. 64.º do CSC apesar de amenizada pelas alterações legislativas ainda subsiste a nível dogmático. Contudo, cremos que o legislador se apoiou no sistema de responsabilidade civil alemão, onde a ilicitude é definida como o juízo de desvalor, não do resultado, mas sim do comportamento do agente. Por conseguinte, o dever de diligência a que vários autores se reportam como o dever de administração (conceito-síntese) compreende simultaneamente um paradigma comportamental válido para a generalidade das obrigações, sob o critério de “gestor criterioso e ordenado” (concretizador de culpa), e uma fonte autónoma de assunção de comportamentos devidos, passível de ser inobservada e gerar responsabilidade pessoal (concretizador de ilicitude). Enfim, estabelece critérios de aferição de ilicitude e culpa do comportamento assumido pelos administradores, funcionando como fonte autónoma de responsabilidade civil²⁰.

Porém, as dúvidas que surgiram quanto à natureza do art. 64.º não permitiam antever, face ao Anteprojecto de reforma, que se viesse a operar uma modificação significativa do estado da questão. O alvo visado era apenas a introdução de uma disposição referente aos deveres a observar pelos titulares dos órgãos de fiscalização e a inserção e explicação do dever de lealdade, que tomava por referência o ordenamento jurídico norte-americano, em particular, os *Principles of*

²⁰ Destacam-se neste sentido as obras de JOÃO SOARES DA SILVA, *op. cit.*, pp. 615-616 ” *Mas, creio que será difícil deixar de reconhecer que o artigo 64.º- sem embargo de conter um critério de comportamento do administrador válido para o conjunto dos seus deveres- conterá também uma fonte autónoma de determinação da conduta devida, susceptível de ser autonomamente violada, e, por isso, fonte autónoma também de responsabilidade civil.* ”; JORGE COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...*, *op. cit.*, p. 17; MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «Responsabilidade dos administradores na insolvência», *in* ROA, Ano 66, vol. II, 2006, p. 677; MARIA ELISABETE RAMOS, *op. cit.*, p. 87. No sentido oposto, destacam-se as obras da denominada “doutrina clássica”, como ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil...*, *op. cit.*, pp. 496-497, em que o autor entende que o art. 64.º estabelece o modo como os deveres devem ser executados, portanto a responsabilidade só emergiria da conjugação com outras normas; JOÃO ANTUNES VARELA, «Anotação ao Acórdão do Tribunal Arbitral de 31 de Março de 1993», *in* Revisão Legislação e Jurisprudência, Ano 126, n.º 3855, 1993-1994, p. 315, que explicita que o preceito do art. 64.º é: ”*preceito bastante genérico e impreciso, mais retórico que realista destinado a definir o grau de diligência exigível dos responsáveis pela gestão da sociedade, capaz de interessar ao requisito culpa, não afasta o requisito da ilicitude requerida da conduta desses agentes para que, como mandatários da sociedade ou equiparados, respondam civilmente perante ela pelos danos provenientes dos seus actos*”.

Corporate Governace da ALI. Verificou-se, contudo, que a reforma desembocou numa previsão de deveres de diligência similar à vigente nos *duties of care*²¹.

Por sua vez, o actual texto normativo do art. 64.º do CSC prevê no seu n.º 1: que, “os gerentes ou administradores da sociedade devem observar:

- a) *Deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado; e*
- b) *Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores”*.

A partir de 2006, o legislador introduziu no n.º 1 um novo corpo ao art. 64.º, cindindo-o em duas partes distintas. Na primeira, veio a reportar-se ao dever de cuidado como elemento explicativo do dever de diligência²² e, na segunda, ao dever de lealdade, que retoma a alusão ao interesse da sociedade.

Consequentemente, a al. a) encontra-se decomposta, na primeira parte, pela concretização do dever de cuidado como uma conduta em que se exteriorize disponibilidade, competência técnica e conhecimento da actividade societária, e, numa segunda parte, pela estipulação do padrão de diligência de um “gestor criterioso e ordenado” enquanto medida objectiva e geral de aferição da actuação normativamente exigível pela dinâmica societária na observação das obrigações atinentes ao cargo de administrador bem como na prossecução do escopo social na

²¹ Afirmções extraídas da leitura do processo de consulta pública da CMVM, «Governo das Sociedades Anónimas: *Propostas de Alteração ao Código das Sociedades Comerciais* – Processo de Consulta Pública N.º 1/2006», p. 16, onde implicitamente se verifica alusão à formulação dos *fiduciary duties* de matriz norte-americana.

²² Vd. 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», in AA. VV., *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais*, vol. II, Coimbra, 2008, p. 563.

perspectiva da diligência funcional²³. Perante esta construção normativa, há lugar a responsabilidade pessoal com esteio na preterição de deveres legais, quando sob o modelo de um gestor prudente e experiente se demonstre a ausência de uma actuação disponível, vigilante, profissional e informada em consonância com a função, ou outra qualquer manifestação externa de falta de cuidado na execução das tarefas administrativas²⁴.

2.2.2.1. Dever de cuidado

a) Análise do seu conteúdo

Apesar de alguma imperfeição linguística, apontada por alguns autores, o legislador nacional concretiza o dever de cuidado como um desempenho funcional que compreenda disponibilidade, competência técnica e conhecimento generalizado da actividade da sociedade, pautado pela diligência de um “gestor ordenado e criterioso”. Veja-se que, a par da decomposição do teor do dever e do esforço requerido, o legislador previu a adequação das obrigações comportamentais às funções desempenhadas.

Ao enunciar as manifestações externas do dever de cuidado, pretende-se alertar os candidatos ao cargo de administrador, assim como os sócios encarregues da nomeação, para a necessidade de uma avaliação prévia das características de ordem pessoal e profissional atinentes ao exercício das funções de gestão e representação. A partilha de responsabilidades no acto de nomeação é evidente, os candidatos devem estar conscientes do que se propõem realizar e os accionistas na disposição de assumir as consequências de uma má escolha. Na realidade, aqueles três elementos formais (positivados na al. a) reconduzem-se a outros deveres que são, analogamente, aferidos pela bitola da diligência segundo o critério de “gestor criterioso e ordenado”²⁵.

²³ Vd. MARIA ELISABETE RAMOS, *op. cit.*, p. 85.

²⁴ Vd. FÁTIMA GOMES, *op. cit.*, pp. 562-564; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades», *in* ROA, Ano 66, vol. II, 2006, p. 486.

²⁵ Importa realizar um contraponto: na versão originária do art. 64.º, o padrão da diligência importava para efeitos de aferição da (i)licitude, já na versão vigente, a bitola da diligência opera

Nesse sentido, a diligência empregue na parte final do art. 64.º assume-se como o empenho/sacrifício conveniente na observância dos deveres positivados ou outros²⁶, nem sempre de fácil percepção. Por essa razão, tem-se entendido que a determinação do nível de exigência destes deveres se deve alcançar casuisticamente atendendo às características particulares de cada sociedade comercial, aos riscos inerentes à sua actividade, às regras de experiência comum, aos meios disponíveis, à posição, “profissionalidade” e experiência do gestor e, no limite, às contingências específicas de cada decisão²⁷. Só a observação conjunta destes aspectos, permitirá graduar a exigência do desempenho da administração. Contudo, parece-nos que não se deve dar especial relevo à “profissionalidade” do administrador visto não ser exigida uma preparação técnica específica para ocupar um cargo ao abrigo do n.º 4 do art. 425.º do CSC²⁸.

Na versão primitiva e actual, impõe-se uma análise crítica quanto à estrutura da presente norma. Esta revela-se incompleta por não prever uma sanção. Caso as acções do administrador sejam ilícitas e culposas, por inobservância dos deveres de cuidado e desconformidade da fórmula de diligência de um “gestor criterioso e ordenado”, só o recurso aos arts. 71.º e ss. permite a aplicação da respectiva consequência jurídica.

Sem embargo das críticas aduzidas à reforma de 2006 no que concerne ao art. 64.º, a verdade é que, o novo preceito legal possibilitou uma configuração mais abrangente dos interesses potencialmente lesados pela gestão danosa. Pelo que, a

um juízo de censurabilidade da conduta do administrador, remetendo por sua vez, a concretização da ilicitude para a verificação do (in)cumprimento dos deveres de cuidado e de lealdade – conforme MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «A business judgement rule...», *op. cit.*, pp. 162-163.

²⁶ Encontramos dois tipos de formulações quanto ao preceito legal em causa. Na formulação sincrética não se distingue o teor do dever de cuidado do esforço que se exige na sua observância, enquanto que, na formulação analítica, há dois momentos a ter em consideração: os deveres jurídicos inclusos no dever de administrar e o grau de esforço aplicado no cumprimento daqueles – vd. PAULO CÂMARA, «O governo das sociedades e a reforma do código das sociedades comerciais» in AA. VV., *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, Almedina, 2008, pp. 35-36.

²⁷ Vd. RICARDO COSTA/GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, in AA. VV., *Código das Sociedades Comerciais...*, *op. cit.*, p. 731.

²⁸ Vd. MARIA ELISABETE RAMOS, *op. cit.*, p. 84.

positivação do dever de cuidado é mais do que um aperfeiçoamento linguístico, é o reconhecimento de que o dever de diligência imposto aos administradores deve aproveitar, igualmente, a terceiros *lato sensu*, identificando-se este reconhecimento, no alargamento da tutela dos sujeitos e interesses sociais²⁹ (por referência ao dever de diligência da versão originária). O abandono da visão restritiva justifica-se com a dificuldade dos credores sociais recorrerem à acção sub-rogatória a fim de responsabilizar os administradores, com base na violação do dever de cuidado, visto que o art. 78.º restringe os deveres fundadores de responsabilidade civil.

Passou então a prever-se, genericamente, que o desempenho dos membros da administração se deve conformar com a prossecução do interesse social em sentido amplo e, com isso, salvaguardar o património necessário à efectivação do escopo social e eventual satisfação dos interesses jurídicos atendíveis. Para tanto, as normas que versam sobre os mecanismos aptos à conservação do património da sociedade aplicam-se, subsidiariamente, aos credores sociais, até porque, no limite, é o património que serve de garantia, em caso de incumprimento generalizado das obrigações assumidas pela sociedade³⁰.

A articulação do dever de diligência com a defesa dos interesses da sociedade e de terceiros, onde se enquadram, os credores sociais, foi complementada com a precisão do conteúdo dos deveres de cuidado.

No entanto, da interpretação literal não se sugere que os deveres de cuidado a observar pelos administradores, no círculo discricionário das suas funções, se cingem à previsão do art. 64.º n.º1 al. a). Tendo por base a densificação norte-americana, encontram-se como reveladores do *duty of care*, outros tantos sub-

²⁹ Neste sentido GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização de sociedades e responsabilidade civil (após a Reforma do Código das Sociedades Comerciais)*, Coimbra, 2006, p. 42-46; Enuncia a possibilidade do preceito legal abranger novas realidades conexas ao “interesse social” – vd. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, Almedina, 2006, pp. 692-694.

³⁰ Em sentido análogo, consultar o Ac. do STJ de 12.01.2012 no que respeita à subsunção do incumprimento do dever de diligência à responsabilidade pessoal do administrador para com os credores ao abrigo do art. 78.º do CSC.

deveres, já assentes no direito português: o dever de disponibilidade, o dever de executar a actividade com competência técnica, o dever de revelar conhecimento da actividade societária prosseguida (estes encontram-se positivados, a título exemplificativo, na cláusula geral do art. 64.º), o dever de vigilância e investigação, o dever de preparar adequadamente o processo decisório e, por último, o dever de tomar decisões não racionais³¹, respeitantes, exclusivamente, ao processo formativo, com excepção, do dever de vigilância, investigação e disponibilidade (que *prima facie* se enquadram no típico dever de supervisão dos meios à disposição dos administradores para prosseguir o interesse social mas, que no caso concreto, podem relevar para o exame positivo ou negativo da conduta), extraídos do desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial.

Apesar da opção pelo tratamento autonomizado dos deveres específicos do dever de cuidado, a verdade é que todos eles se relacionam entre si, por se enquadrarem no seio das atribuições arbitrárias dos administradores.

i) Dever de disponibilidade

No que respeita ao dever de disponibilidade, importa perceber que não é suficiente para assumir um cargo de administração uma presença esporádica ou meramente formal nas instalações da sociedade ou noutras onde possa desenvolver a sua função. A pessoa que aceite de livre vontade desempenhar este cargo deve comprometer-se a disponibilizar todo o tempo e a empregar todos os conhecimentos e expedientes que se revelem necessários à execução das suas incumbências, de forma generalizada, sem que com isso fique vedada a possibilidade de exercer outras actividades remuneratórias³². Porém, afastamo-nos

³¹ De referir que, não adoptamos o dever de tomar decisões razoáveis, no elenco dos deveres de cuidado, por considerarmos que adentra em considerações de mérito—BRUNO FERREIRA, «Os deveres de cuidado dos administradores e gerentes: Análise aos deveres de cuidado em Portugal e nos Estados Unidos da América fora das situações de disputa sobre o controlo societário», *in* RDS, Ano 1, n.º 3, 2009, pp. 712-729. Ainda do elemento teleológico se retira a não taxatividade do elenco do art. 64.º n.º 1 al. a), concebendo a possibilidade de outros deveres virem a ser enunciados. Cf. PAULO CÂMARA, *op. cit.*, p. 30.

³² Cf. JORGE COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...*, *op. cit.*, p. 20.

da ideia pré-concebida de que quantidade é sinónimo de qualidade, ficando ao livre arbítrio de cada administrador o lapso temporal de que necessitará para uma gestão salutar. Sendo de referir que este critério se preenche atendendo ao caso concreto.

Dado o crescente desenvolvimento dos meios de informação não é necessária a presença física do administrador na sociedade, pode este fazer face aos seus deveres de gestão, transmitindo e recebendo toda a informação necessária, por via dos meios tecnológicos que tem ao seu dispor (*monitoring procedures*), acompanhando, assim, o desenrolar da vida societária a partir de qualquer ponto do mundo. Nesse sentido, este dever está correlacionado com o dever de vigilância e investigação³³.

Por outro lado, há que realizar uma análise comparativa no que respeita aos níveis de exigência para com os agentes societários. A adopção desta obrigação na regulamentação societária portuguesa não é caso único. O *DCGK* alemão no § 5.4.5. prevê, identicamente, que os administradores devem investir tempo e meios necessários à supervisão do funcionamento da actividade e seus participantes, mormente, em todos os aspectos essenciais à tomada de decisões³⁴.

ii) Dever de vigilância e investigação

O dever de vigilância não é novidade no ordenamento jurídico nacional. Já RAÚL VENTURA, JOÃO SOARES DA SILVA³⁵ e até uma decisão do STJ de 19/11/1987 o haviam reconhecido como um dos deveres específicos do dever de cuidado.

Este dever impõe que, na realização das suas funções, as chefias recolham todos os dados (pela mera observação ou interpelação directa), que considerem convenientes para conhecerem a actividade inclusa no objecto da sociedade;

³³ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 20.

³⁴ Vd. BRUNO FERREIRA, *op. cit.*, p. 719; PAULO CÂMARA, *op. cit.*, p. 30.

³⁵ Onde o dever de administrar se quadra no dever de vigilância – JOÃO SOARES DA SILVA, *op. cit.*, p. 616.

adicionalmente, devem controlar e acompanhar, tanto quanto seja possível, os membros dos órgãos que ocupem funções conexas, mormente, nos casos em que deleguem funções administrativas ou que a decisão deva ser tomada colegialmente. Contudo, o acompanhamento não se deve limitar aos órgãos que apresentem alguma ligação, ainda que indirecta, com a administração, estendendo-se a todos os órgãos sociais, sectores de actividade e seus respectivos membros (numa perspectiva piramidal)³⁶.

A adopção da análise conjunta do dever de vigilância com o dever de investigação relaciona-se com a sua interdependência funcional. Isto porque, só a vigilância generalizada da actividade económica e, correspondente desempenho dos seus intervenientes permitirá detectar indícios de actuações dolosas ou reveladoras de negligência grosseira. Sendo assim, num primeiro plano, recai sobre o administrador o ónus de empreender as diligências necessárias ao apuramento dos vícios procedimentais e, num segundo plano, a obrigação dos recursos humanos responderem a toda a qualquer questão suscitada, entregar a informação disponível e providenciar pela restante³⁷. A título conclusivo, da correlação dos supra deveres decorre a impossibilidade do desconhecimento abonar o administrador.

iii) Dever de preparar adequadamente o processo decisório

O dever de preparar adequadamente o processo decisório traduz-se num corolário do dever de vigilância e de investigação, não obstante o seu enquadramento no âmbito decisional da administração. Só a partir da supervisão pode o administrador reunir o conhecimento adequado da sociedade (*know-how*) e perceber a informação técnica e os meios indispensáveis à tomada de decisões de gestão.

³⁶ BRUNO FERREIRA, *op. cit.*, pp. 714-715.

³⁷ *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 712-719; JORGE COUTINHO DE ABREU, *Deveres de cuidado e de lealdade...*, *op. cit.*, pp. 20-21.

Uma quota-parte do sucesso das decisões mais arriscadas está, preferencialmente, dependente da sua preparação ao nível informativo, isto significa que, a prévia recolha de estudos, documentação, pareceres ou outros dados pode atalhar ou sustentar a tomada de uma decisão influenciadora na “manutenção da empresa”.

Este dever apresenta uma particularidade: trata-se de uma obrigação de resultados e não de meios, isto é, ao administrador impõe-se a efectiva recolha e análise da informação que chegue ao seu conhecimento. Para tanto, não é suficiente, segundo esta linha de pensamento, empreender todos os esforços para a obtenção daquela³⁸.

A disponibilidade, supervisão da actividade societária e a permissão de interpelar os seus intervenientes (dando cumprimento aos deveres anteriormente enunciados), conferem a adequação do processo formativo à futura decisão.

Cabe-nos mencionar que, neste momento procedimental é particularmente controverso o volume de dados considerado adequado à construção e respectiva fundamentação daquela. Um exemplo paradigmático de que os administradores devem preparar convenientemente e atempadamente as decisões é o caso *Smith v Van Gorkom*³⁹.

Como se pode deixar antever, é da ponderação dos factores internos e externos que possam influenciar a escolha ou o resultado da decisão, que se alcançará o

³⁸ Vd. PAULO CÂMARA, *op. cit.*, p. 32.

³⁹ No caso em apreço, o STJ de Delaware tomou em consideração um processo decisório tendente à fusão da *Trans Union Corporation* com uma companhia de maior dimensão. Foi intentada uma acção cível de forma a responsabilizar os administradores pela forma precipitada como foi tomada a decisão, isto porque, a reunião do conselho de administração teve a duração de apenas duas horas. No *Court of Chancery*, considerou-se improcedente a acção por se entender que os accionistas tinham sido suficientemente informados. Porém, a decisão inverteu-se no *Delaware Supreme Court*, tendo-se considerado existir violação do dever de cuidado, por não terem realizado nenhum estudo relativo ao preço acordado, apesar de se ter dado como provado em juízo, a boa-fé dos administradores. Estes foram condenados ao pagamento da diferença de preço que se viesse a apurar no decurso do processo, tendo este excedido o valor do seguro *D&O Insurance* - DENIS J. BLOCK/NANCY E. BARTON/STEPHEN A. RADIN, *The business judgment rule: fiduciary duties of corporate directors*, Aspen Law & Business, 1998, pp. 148-152; PEDRO PAIS VASCONCELOS, «Business judgment rule, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais», in DSR, Ano 1, vol. II, 2009, pp. 44-46.

equilíbrio entre a autonomia decisória do administrador e as exigências normativas de informação na etapa procedimental *in casu*. Em consequência, este dever instrumental manifesta uma correlação iminente com os pressupostos de aplicabilidade da *bjr*, especificamente, a imperatividade da decisão ser tomada numa base informada (dando cumprimento a esta obrigação).

iv) Dever de tomar decisões não irracionais

Por sua vez, a assunção do dever de tomar decisões não irracionais implica uma diminuição significativa do grau de esforço no cumprimento dos deveres. Sempre que o juízo sobre a decisão não assente na sua oportunidade, o critério para avaliar a conduta será a racionalidade⁴⁰. Isto significa que, em princípio⁴¹, a questão da apreciação da racionalidade não surge no caso das acções de gestão de conteúdo e execução vinculada, pois só a pluralidade de opções, no contexto da discricionariedade administrativa, permitirá conceber a existência de decisões irrazoáveis mas ainda assim não irracionais e, portanto insusceptíveis de responsabilização.

b) Dever de cuidado em legislação estrangeira

i) EUA

A terminologia “cuidado” ou *care* advém da consagração dos deveres fiduciários norte-americanos, provenientes da relação contratual estabelecida entre a sociedade e o administrador.

Até à década de 70, os deveres a observar ao nível das funções de gestão, em especial, o dever de cuidado, eram somente acolhidos nas decisões judiciais. Em razão do desenvolvimento empresarial, alicerçado ao surgimento de uma vaga de crimes económicos com vista ao enriquecimento ilegítimo, ou motivados por

⁴⁰ Cf. BRUNO FERREIRA, *op. cit.*, pp. 728-729.

⁴¹ Admitindo-se alguma flexibilidade em função do comando normativo em causa, que apesar de ter um conteúdo concreto e preciso pode envolver o preenchimento de requisitos/circunstâncias de carácter menos preciso.

decisões descuidadas com preterição dos deveres legais ou contratuais, surgiu a necessidade de regulamentar os comandos comportamentais a adoptar pelos membros do órgão de administração no exercício das suas tarefas típicas. Para o efeito relevam quer as regras constantes do *Model Business Corporations Act*⁴², quer as aprovadas pelo, *American Law Institute*, que compilou, em 1992, os *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations* (documento que versa variados temas de *Corporate Law*, inclusivamente, a estatuição dos *fiduciary duties* dos *fiduciaries* na *Section § 4.0.1.*)⁴³.

Em traços gerais, cumpre-se o dever de cuidado sempre que o administrador actue de boa-fé, informado, na livre convicção que age em consonância com o interesse da sociedade que representa e com a diligência que seria exigível *to an ordinarily prudent person* (pessoa medianamente prudente) confrontada com uma situação de gestão similar⁴⁴. A génese desta obrigação decorre da regra moral da *negligente law* que faz impender sobre todos os profissionais ocupantes de cargos de alto risco a executar os seus deveres com diligência.

Nesta lógica, o *duty of care* traduz o “modo” como o administrador deve desempenhar a prestação principal: administrar e apresenta-se subdividido em outros quatro deveres, respectivamente, *duty to inquiry* (dever de investigação sobre os factos susceptíveis de provocar danos), *duty to monitor* (dever de vigilância da actividade comercial no seu todo), *duty to make a reasonable decision-making process* (dever de preparar adequadamente as decisões de gestão) e *duty to assume a reasonable decision* (dever de tomar decisões substancialmente

⁴² Vd. *MBCA* em suporte informático no sítio http://law.jnu.edu.cn/blaw/kyyd/UploadFiles_3666/200705/20070518014549792.pdf.

⁴³ A terminologia adaptada no presente estudo advém da concepção dos administradores como fiduciários nos *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*, American Law Institute, St. Paul, Minnesota, 1994. Por via desta compilação, o *duty of care* consiste no seguinte: “A *director or officer* has a duty to the corporation to perform the *directors or officers functions* in good faith, in a manner that he or she reasonably believes to be in the best interests of the corporation, and with the care that an *ordinarily prudent person* would reasonably be expected to exercise in a like position and under similar circumstances”.

⁴⁴ Cf. PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance*, *op. cit.*, p. 17 e ss. e ainda em *Responsabilidade civil dos administradores perante os accionistas*, Almedina, 2001, p. 113, onde realiza uma transcrição dos *PCG*.

razoáveis)⁴⁵. O elemento literal do último dever remete-nos para a ideia de um juízo de mérito, ao contrário dos demais, que apontam para o momento anterior à tomada de decisão.

Pensamos que, este conjunto de deveres não deve ser dissociado dos factores exógenos que influenciem o grau de exigência no seu cumprimento. O facto das decisões mais lucrativas financeiramente serem as que, regra geral, comportam mais riscos associados, revela-se imprescindível a estruturação de um processo decisório racional e equitativo na satisfação dos interesses a curto e longo prazo. Concludentemente, a infracção destes deveres tem sido apreciada, enquanto fonte autónoma de responsabilidade civil dos administradores, em sede judicial.

ii) Alemanha

Desde cedo o direito alemão se ocupou das matérias de responsabilidade dos administradores por incumprimento das suas obrigações. Nessa medida, o dever basilar destes profissionais seria o de exercer a sua actividade societária com a diligência de um bom homem de negócios. Esta fórmula ainda se mantém actual apesar das reformas societárias e sucessivos desenvolvimentos em matéria de responsabilização.

Neste país, o dever de diligência surgiu em 1884 no código comercial *Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (ADHGB)*, sendo depois aproveitado pelo *Handelsgesetzbuch (HGB)* e acompanhou as reformas introduzidas na *AktG*⁴⁶. No primeiro parágrafo do artigo §93⁴⁷ prevê-se que o dever de cuidado consiste na obrigação do administrador exercer o seu típico dever atendendo aos interesses da pessoa colectiva, enquanto estrutura empresarial direccionada à criação de lucro e, a todos aqueles que, pela especial relação, possam obter algum proveito das decisões de gestão, com a diligência (*Sorgfaltspflicht*) de um “gestor

⁴⁵ *Ibidem, Corporate Governance, op. cit.*, p. 22.

⁴⁶ Vd. MARTÍN E. ABDALA, *op. cit.*, pp. 92-95.

⁴⁷ Apresentamos a transcrição do 1º parágrafo do § 93 *AktG*: “*Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden*“. Na tradução aceite pela generalidade da doutrina, «os membros da direcção têm de empregar na sua gestão o cuidado de um gerente de negócios ordenado e consciencioso».

ordenado e consciencioso” colocado na mesma situação⁴⁸. Configura-se um padrão objectivo, na medida em que, os administradores devem empregar o cuidado exigível a um homem de negócios prudente.

Advoga-se, contudo, que o cuidado é graduado caso a caso, consoante o tipo, objecto social e dimensão da sociedade em causa e da própria decisão, isto significa que, a bitola para aferir do cumprimento dos deveres é mais exigente quando a gestão de patrimónios é entregue a terceiros, patenteando utilidade as características individualizadoras do titular do órgão de administração e da pessoa colectiva.

Esta formulação facilita, ainda, a responsabilização dos administradores perante uma generalidade de sujeitos, ao tutelar não só os interesses da sociedade como todos aqueles que gravitam em torno daquele (solução análoga noutros ordenamentos jurídicos europeus).

Por fim, a natureza dogmática da bitola a que nos referimos no ordenamento jurídico alemão apresenta uma dupla função: impõe um conjunto de deveres e configura a ilicitude e a culpa da actuação dos administradores⁴⁹ (questão de bastante interesse analítico).

iii) Espanha

A inclusão deste sistema no nosso trabalho, não se deve à sua influência sobre o art. 64.º do CSC, mas à actualidade do seu tratamento no país vizinho e à especial ligação económico-empresarial que existe com Portugal.

A principal sede da matéria tem sido encontrada no art. 127.º da *LSA* sob a epígrafe “*Ejercicio del cargo*”, que consagra a adstrição ao dever de diligência,

⁴⁸ Cfr. KARIN MADISON, «Duties and liabilities of company directors under German and Estonian law: a comparative analysis», in *RgsI research papers*, n.º 7, 2007, pp. 17-18.

⁴⁹ Cfr. PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance*, *op. cit.*, p. 27.

quando emprega a expressão “*diligencia de un ordenado empresario*” e, ao dever de lealdade quando refere o “*representante leal*”⁵⁰.

A indiferenciação e insuficiente explicitação das obrigações comportamentais que recaíam sobre os administradores, estiveram na origem da reforma da *Ley de Sociedades Anónimas* levada a cabo pela *Ley de Transparencia* de 26/2003, de 17 de julio.

O relatório *Aldama*⁵¹ que esteve na base da reforma legislativa, enfatizou a necessidade de autonomização do dever de administrar diligentemente do dever de agir com lealdade para com a sociedade e em especial, a densificação e desenvolvimento do último.

De salientar que o esforço legislativo se materializou na introdução de dois novos preceitos, mas não alcançou o primitivo objectivo de distinção entre a diligência e a lealdade ou, pelo menos, não satisfaz o requisito da nitidez desejável⁵² perpetuando as dificuldades de sistematização⁵³.

Segundo, esta nova versão, o “*deber de diligencia*” segundo o padrão “*de un ordenado empresario*”, consistia apenas na obrigação do administrador se informar diligentemente acerca do desenvolvimento económico da sociedade, manifestando-se no tempo e nos meios que empregam na prossecução das suas

⁵⁰ A temática dos deveres societários e a sua inobservância foram abordadas pela Jurisprudência espanhola, mormente, na Sentença do Tribunal Supremo, n.º de recurso 964/2008, 04/11/2011 ” *El primero de los motivos del recurso de casación se enuncia en los siguientes términos: Infracción por las Sentencias recurridas de la correcta interpretación del artículo 61.º de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada: que impone deberes de actuación a los Administradores de la Sociedad (y en relación con los artículos 127.º, 127.º bis, 127.º ter y 127.º quater de la Ley de Sociedades Anónimas. Y, en su consecuencia, infracción del artículo 69.º de la Ley de Responsabilidad Limitada, por la remisión del mismo a los preceptos correlativos de la Ley de Sociedades Anónimas: La acción social de responsabilidad del artículo 134.º LSA*”. Como esta acção foi proposta no ano de 2008, aplicou-se retroactivamente a LSRL e a LSA. A Sentença está disponível na íntegra em <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>.

⁵¹ Vd., a título complementar, Relatório da Comissão Especial para o fomento da transparência e da segurança nos mercados e nas sociedades cotadas disponível no site <http://www.cnmy.es/index.htm>.

⁵² Esta afirmação advém da manutenção do art. 127.º que, pela sua localização, deveria ser entendida como uma cláusula geral, mas comporta tanto o dever de diligência como o dever de lealdade sob a epígrafe “*Deber de diligente administración*” – JAVIER JUSTE MENCÍA/FERNANDO IGARTUA ARREGUI, «Deberes de los Administradores (Reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)», in *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 24, 2005, p. 78.

⁵³ Vd. *ibidem*, op. cit., pp. 75-79; pp. 84-86.

funções. O silêncio do legislador no que respeita à densificação do dever de diligência, poderia ocasionar a desconsideração do indispensável âmbito discricionário na tomada de decisões⁵⁴.

A regulamentação societária foi alvo de mais uma reforma - a *Ley de Sociedades de Capital* - aprovada pelo *Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio*, que derogou a *Ley de Sociedades Anónimas* e a *Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*.

Com a entrada em vigor da *LSC* a 1 de Setembro de 2010, os deveres (diligência e lealdade) dirigidos aos administradores das sociedades por quotas e das sociedades anónimas encontram-se enunciados num único texto legal, nos arts. 225.º e 226.º, sob a epígrafe “*Los deberes de los administradores*”. Pelo que, sujeitou a regulação das formas e tipos de sociedades a uma cláusula geral, mas optou pela conservação do conteúdo dos arts. 127.^{o55}.

Finalmente a unificação dos deveres no contexto empresarial, culminou num aumento significativo das obrigações dos gerentes das *SRL* ao equipará-los aos dos administradores das *SA*⁵⁶. Desta forma, a tradicional distinção dos tipos societários dá lugar a uma harmonização legislativa no que respeita à enunciação dos deveres dos administradores e o consequente regime de responsabilidade em virtude da violação daqueles.

⁵⁴ *Ibidem, op. cit.*, pp. 75-79; 88-86; Vd. SIGFRIDO GROSS-BROWN, “Deberes de administradores en el derecho comparado: El deber de diligencia y el business judgement rule”, in *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 37, 2011, p. 310.

⁵⁵ Vd. GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO, «La administración de las sociedades de capital», in *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 36, 2011-2012, p. 157.

⁵⁶ Vd. MANUEL RODRÍGUEZ MONDELO, «La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles», (I), 2011, disponível para consulta em <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/mercantil/societario/la-responsabilidad-de-los-administradores-de-sociedades-mercantiles-i>.

2.2.2.2. Dever de lealdade

a) Análise do seu conteúdo

Por influência do sistema norte-americano, o exame das obrigações que impendem sobre os gestores deve desenvolver-se à luz do dever de cuidado e do dever de lealdade.

Numa aproximação preliminar ao segundo podemos afirmar que os administradores, no exercício das suas funções, devem agir com um grau de isenção que coloque o interesse da sociedade em primeiro lugar. Mas agora, além do interesse social, devem ter em conta igualmente os interesses dos seus trabalhadores, de terceiros, dos clientes e dos credores sociais, ou seja, o termo “interesse social” deve ser entendido em termos amplos.

Não obstante a nova formulação do art. 64.º, a primazia do interesse da sociedade acaba por não ser uma novidade na lei portuguesa. O que se verifica por seu turno, é a consideração dos interesses atendíveis de outros sujeitos na prossecução da actividade empresarial, por via da dimensão inter-relacional da pessoa colectiva⁵⁷.

Procurando identificar o sentido do dever em causa, considera a doutrina que o dever de lealdade abrange três “grandes” deveres de carácter geral, que o administrador deve observar no seio da sua actividade profissional e na sua estreita relação com a sociedade comercial. São eles o dever de não concorrência, o dever de não se aproveitar de oportunidades de negócio e, ainda, o próprio dever de lealdade a observar nos negócios celebrados pelo administrador com a pessoa colectiva⁵⁸. Vejamos em que consistem autonomamente.

⁵⁷ Vd. FÁTIMA GOMES, *op. cit.*, p. 566; PAULO OLAVO CUNHA, *Direito Sociedades...*, *op. cit.*, pp. 41-42.

⁵⁸ Deveres esses identificados por JORGE COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...*, *op. cit.*, pp. 26-27.

i) Dever de não concorrência

Uma das obrigações que se considera integrante do dever de lealdade, desenvolvido e aprofundado pela reforma de 2006 e pela estatuição do n.º 3 do art. 398.º do CSC, é o dever de não concorrência que consiste na impossibilidade do administrador exercer, por conta própria ou alheia, uma actividade, que se apresente, em todo ou em parte, concorrente com a prosseguida pela sociedade na qual ocupa um cargo de administração ou em sociedades que com esta estejam em relação de grupo. Porém esta proibição de exercer uma actividade dita concorrente pode ser ultrapassada por autorização da assembleia geral⁵⁹.

Neste ponto, importa explicitar o conceito de concorrência, uma vez que este é fundamental para delimitar em que circunstâncias o administrador infringe o dever em causa. Pode considerar-se que a concorrência traduz-se numa situação de “*competição entre empresas pela conquista das clientelas e mercados, através da qualidade e atractividade dos produtos, da propaganda e de outros meios de marketing*”⁶⁰. Por seu turno, qualifica-se como actividade concorrente, toda aquela que se reconduza ao teor do n.º 2 do art. 254.º do CSC⁶¹.

ii) Dever de não utilizar oportunidades de negócio

À luz da redacção conferida à al. b) do n.º 1 do art. 64.º não é permitido ao administrador, com recurso a informação privilegiada, a meios ou contactos exclusivos do exercício da sua actividade profissional, apropriar-se, para seu proveito pessoal ou de terceiros, de boas oportunidades de negócio dirigidas à

⁵⁹ A supressão da proibição de exercer actividade concorrente vem plasmada no n.º 3 do art. 428.º que nos remete para os arts. 397.º e 398.º do CSC. *Vd. JORGE COUTINHO DE ABREU, Responsabilidade civil dos administradores..., op. cit., p. 28.*

⁶⁰ A definição de concorrência é dada por MIGUEL PUPO CORREIA, *Direito Comercial Direito da Empresa*, Editorial Minerva, Lisboa, 2007, p. 33.

⁶¹ No contexto deste dever surgem algumas questões conexas que, pelo tema de estudo, não podem ser abordadas. Refiro-me à explicitação do exercício de actividades concorrentes por conta própria ou alheia ou à prática isolada de um acto concorrencial. Sugerimos, nesta matéria, JORGE COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores..., op. cit., p. 28-31.*

sociedade⁶². Nesse sentido, é essencial a cisão das oportunidades de negócio endereçadas à infra-estrutura societária das oportunidades dirigidas ao membro do órgão de gestão.

Verifica-se o aproveitamento de oportunidades de negócio desde que o administrador tome conhecimento, por via das suas funções ou não, da existência de uma proposta vantajosa ao objecto social da pessoa colectiva e não lhe forneça tal informação, actuando sem a transparência desejável, salvo se, a oportunidade de negócio for unicamente endereçada à pessoa do administrador independentemente do cargo que ocupa no momento. Por conseguinte, este dever deve ser apreciado primeiramente, quanto ao destinatário e, seguidamente, quanto ao conteúdo da proposta negocial. Assim, quadram-se nas oportunidades de negócios da sociedade, todas as possibilidades que chegaram ao conhecimento no exercício das suas funções ou por causa delas e, as que se incluam no escopo social ou que apresentem alguma ligação com aquele.⁶³.

À semelhança do que ocorre com o dever de não exercer actividade concorrente, também a proibição de aproveitamento de oportunidades de negócios pode ser suprida pela autorização da sociedade visada⁶⁴. Desta forma, a autorização legítima a apropriação indevida do gestor e exclui a ilicitude da mesma.

No seio desta proibição encontramos um dever instrumental, o dever do administrador não utilizar em seu benefício ou de terceiros os meios que dispõe, unicamente, por ocasião do exercício do seu cargo, para ter acesso directo às pessoas que encabeçam as oportunidades de negócio ou às propostas *per si* que se mostrem lucrativas. Aqueles devem ser entendidos em sentido amplo, englobando os meios físicos e humanos

⁶² Este impedimento detinha correspondência com o revogado n.º 5 do art. 127^{ter} da LSA espanhola.

⁶³ Cf. JORGE COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...*, *op. cit.*, pp. 31-33.

⁶⁴ Cf. PEDRO CAETANO NUNES, *Responsabilidade civil dos administradores...*, *op. cit.*, p. 109.

iii) Dever de actuar com lealdade nos negócios celebrados com a sociedade

Existem determinados negócios que pelas suas particularidades estão impossibilitados de serem celebrados entre a sociedade e as que com esta se encontrem em relação de grupo e o administrador, tal como prevê o n.º1 do art. 397.º do CSC⁶⁵. Contudo, em casos pontuais, a lei faz depender a validade destas transacções, da deliberação e aprovação do órgão de administração (conselho de administração ou do conselho geral e de supervisão) e, cumulativamente, caso se verifique a existência, do órgão de fiscalização.

As particularidades a que aludimos prendem-se com o extravasar do objecto social, os benefícios advenientes ou o limite do montante transaccionável⁶⁶. A *contrario*, todos os negócios compreendidos na actividade empresarial desenvolvida são, à partida, legitimados e independentes de autorização⁶⁷.

b) Dever de lealdade em legislação estrangeira

i) EUA

Como o âmago do presente trabalho é o dever de cuidado cumpre apenas fazer uma breve análise ao ordenamento jurídico que esteve na origem da positivação e autonomização do dever de lealdade na al. b) do n.º 1 do art. 64.º do CSC.

O *duty of loyalty* ou o *duty of fair dealing* convergem na obrigatoriedade do titular do órgão de administração dar preferência ao interesse da sociedade face aos interesses pessoais porém, divergem na categoria de interesses. No primeiro caso, importam os conflitos de interesses pecuniários ou outros, já no segundo, importam os interesses puramente pecuniários⁶⁸.

⁶⁵ Vd. art. 397.º do CSC sob a epígrafe “Negócios com a sociedade”.

⁶⁶ Vd. NUNO CALAIM LOURENÇO, *Os deveres de administração e a business judgment rule*, Almedina, 2011, p. 24.

⁶⁷ Vd. JORGE COUTINHO DE ABREU, *Os deveres de cuidado e de lealdade*, *op. cit.*, pp. 23-24.

⁶⁸ Vd. PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance*, *op. cit.*, p. 52.

Na *Section* § 5.01 a 5.06 do texto *PCG*, são manifestações do *duty of fair dealing: conflict of interest transactions* (dever de evitar situações de conflito de interesses), *not receive excessive compensations* (dever de não usar em seu proveito a informação que adquire por via da sua profissão), *duty not to take advantage of corporate oportunities* (dever de não aproveitar de oportunidades de negócio), *duty to not compete with the corporation* (dever de não concorrência) e, o dever de comportar-se com *fairness* quando celebra contratos com a sociedade⁶⁹.

Em síntese, o *duty of loyalty* estabelece um conjunto de normas respeitantes à conduta e à sindicância, aplicáveis ao modo de actuação dos administradores, por acção ou omissão, que envolvam a superioridade de interesses sociais em detrimento dos interesses estritamente pessoais⁷⁰.

ii) Alemanha

Na legislação germânica, o dever de lealdade (*treuepflicht*) é definido como um dever acessório do princípio de boa-fé que disciplina a conduta dos titulares do órgão de administração no exercício das suas funções. Porquanto, o surgimento da lealdade relaciona-se com a confiança depositada pela sociedade nos membros do *Vorstand*.

A sistematização do dever de lealdade no direito alemão decompõem-se num elemento positivo, ao vincular os administradores à prossecução do escopo social e, um elemento negativo que veda a superioridade dos interesses pessoais em face dos interesses sociais⁷¹.

⁶⁹ Vd. os *Principles of corporate governance do ALI*; JORGE COUTINHO DE ABREU, *Deveres de cuidado e de lealdade...*, *op. cit.*, pp. 24-29.

⁷⁰ MELVIN A. EISENBERG, «*Whether the Business Judgment Rule Should Be Codified*», uma versão actualizada do texto «*Background study for the California Law Revision Commission Whether the Business Judgment Rule Should Be Codified*», 1995, pp. 35-36. Encontra-se disponível em formato digital no site <http://www.clrc.ca.gov/pub/BKST/BKST-EisenbergBJR.pdf>.

⁷¹ Vd. PEDRO CAETANO, *Corporate Governance*, *op. cit.*, pp. 73-74.

Por último, reconhecem-se como deveres concretizadores do *treuepflicht*: o dever de não concorrência e o dever de não apropriação de oportunidades de negócio consagrados, respectivamente, no §88 da *AktG* e no §4.3.3 do *DCGK*⁷².

iii) Espanha

À semelhança do tratamento do dever de diligência (já explicitado), o dever de lealdade firmou a sua positivação na cláusula geral do *artículo 127.º* da *LSA*, impondo ao titular do órgão de gestão um desempenho funcional, segundo a diligência de um “*representante legal*”⁷³.

Face à necessidade de densificar o conceito “lealdade”, a *Ley da Transparência* reformou a *LSA*, introduzindo o *artículo 127.º* *ter* onde enuncia os deveres de lealdade reconhecidos pelo ordenamento jurídico espanhol e demais ordenamentos europeus.

As dificuldades suscitadas pela doutrina e jurisprudência, na coordenação e aplicação dos vários diplomas legislativos, foram superadas pelo surgimento da *Ley de Sociedades de Capital* que contempla num único texto os deveres dos administradores de todos os tipos societários.

No seu art. 226.º define o *deber de lealtad de los administradores* como a primazia da prossecução dos interesses sociais compreendidos no escopo da sociedade. Já nas disposições legais seguintes enumeram-se os sub-deveres do dever geral de lealdade, mormente; *prohibición de utilización del nombre de la sociedad y de invocar la condición de administrador; prohibición de aprovechamiento de las oportunidades de negocio; actuación en caso de conflicto de interés y prohibición de competencia*⁷⁴.

⁷² *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 73-74.

⁷³ Vd. JAVIER JUSTE MENCÍA, *op. cit.*, pp. 77-78.

⁷⁴ *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 79-84; GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO, «La administración...», *op. cit.* p. 157.

3. Responsabilidade dos administradores para com a Sociedade

3.1. O n.º 1 do artigo 72.º do CSC

Dispõe o artigo 72.º n.º 1 do CSC que: “*Os gerentes ou administradores respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados por actos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais, salvo se provarem que procederam sem culpa*”.

Esta disposição não sofreu qualquer alteração com a reforma de 2006, prevendo e dando forma ao regime da responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade. No entendimento de parte da nossa doutrina (MENEZES CORDEIRO e PEDRO PAIS VASCONCELOS⁷⁵) nela se consagra a natureza contratual da obrigação do administrador, acrescida de uma presunção de culpa, específica da responsabilidade civil contratual (estabelecida geralmente no artigo 799.º do CC). De acordo com este entendimento, o preceito normativo concretiza uma das formas de responsabilidade, a obrigacional, porque a relação jurídica que se estabelece entre o administrador e a sociedade funde-se num contrato de administração que reúne o assentimento de ambas as partes na emergência de direitos e obrigações⁷⁶.

Ao considerarem que o n.º1 do artigo 72.º estabelece uma presunção de culpa (presunção legal *iuris tantum*), alguns autores portugueses crêem que esta norma também deve ser interpretada no sentido de abarcar uma presunção de ilicitude⁷⁷,

⁷⁵ MENEZES CORDEIRO, *Da Responsabilidade civil dos Administradores...*, op. cit., p. 494; PEDRO PAIS VASCONCELOS, *Responsabilidade civil dos gestores das sociedades comerciais*, in DSR, p. 21.

⁷⁶ Para MENEZES CORDEIRO o substrato da relação de administração é um contrato de mandato - ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores...*, op. cit., pp. 337-341. Já para PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais*, não é mais do que um contrato de prestação de serviços consagrado no art. 1154.º do CC- vd. ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais*, Coimbra, 2003, p. 144.

⁷⁷ Nesse sentido destaca-se ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das sociedades comerciais anotado*, Almedina, 2011, p. 267 onde defende que “*A presunção de culpa envolve a de ilicitude: trata-se de uma implicação lógica irrefutável, a menos que se abdique do conceito ético-normativo de culpa*” Em sentido oposto, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «A business judgement rule...», op. cit. p. 187: “*Mas presume-se a culpa, ocorrida na violação do dever. Neste caso, ao contrário do que se verifica no direito comum (...) o que impende sobre o devedor é só uma presunção de censurabilidade*”.

justificando esta posição com o facto de, no sistema de responsabilidade civil vigente, os pressupostos gerais serem cumulativos, não existindo culpa do agente sem um comportamento ilícito prévio. Contudo, entendemos que, sob o administrador apenas recai uma presunção de culpa, pois, o resultado pouco favorável de uma decisão não fundamenta por si a preterição dos deveres de cuidado.

No tocante à regra sobre a distribuição do ónus da prova da culpa, acompanhamos o entendimento de CARNEIRO DA FRADA⁷⁸ (que sufragamos), para iniciar a acção de responsabilização do administrador é suficiente a prova indiciária, não sendo exigida à sociedades que individualize a disposição legal ou contratual que foi preterida (basta que apresente indícios da inexecução com base nos danos). Contrariamente, ao titular do órgão de administração exige-se a prova dos factos que contradigam a pretensão do autor, invertendo-se, desta forma o sentido do ónus da prova.

Veja-se ainda que a medida da “facilitação” da prova difere consoante a categoria de deveres: será maior, nos casos de violação de deveres inclusos no círculo de discricionariedade e, menor nos deveres de conteúdo bem delimitado na lei ou nos contratos. Por esta razão, a mera enunciação dos factos indiciadores da contrariedade do direito positivo (ou seja, “facilitação” de prova) permite acionar o funcionamento da *bjr*, como mecanismo de desresponsabilização administrativa. Isto porque, não seria compreensível conceder um duplo grau de protecção a estes profissionais, por outras palavras, cremos não ter qualquer sentido depois de individualizado o dever e de provada em juízo a sua efectiva violação, o administrador ainda gozar de uma alternativa que lhe permitisse afastar a sua responsabilidade pelo mero cumprimento procedimental da decisão⁷⁹.

⁷⁸ *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 188-189.

⁷⁹ *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 188-189.

3.2. O n.º 2 do artigo 72.º do CSC (*business judgement rule*)

Dispõe o n.º 2 do artigo 72.º do CSC o seguinte: “A *responsabilidade é excluída se alguma das pessoas referidas no número anterior provar que actuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial*”

Esta norma acolheu, no ordenamento jurídico português, a regra denominada “*business judgment rule*”. No que tange ao seu conteúdo, permite eximir a responsabilidade civil dos administradores pela adopção de decisões de gestão, enquadradas no campo discricionário de actuação, desde que preenchidos os seguintes requisitos formais: uma actuação procedimentalmente informada, livre de interesses pessoais e segundo critérios de racionalidade empresarial. Nessa medida a sindicância judicial deve limitar-se ao controlo dos requisitos *supra* mencionados, abstendo-se de apreciar o mérito e oportunidade das decisões geradoras de danos à sociedade.

A necessidade da introdução desta norma no direito português prende-se com o reconhecimento, por parte do legislador, de que os juízes não possuem conhecimentos especializados aptos ao exame substancial e, ainda que os gestores, no exercício das suas funções, podem cometer erros que se materializem em decisões desastrosas sob o ponto de vista económico. Pois, é precisamente o elemento humano que permite afastar a inércia da vida societária, fomentando a vitalidade das decisões de risco. Resulta do exposto que, aqueles não serão responsabilizados pelos danos que advenham, exclusiva ou preferencialmente, das incertezas intrínsecas às actividades empresariais, ou pela tomada de uma decisão, de conteúdo ou execução não vinculada, em detrimento das demais.

Assim, a *bjr* à luz do n.º 2 do art. 72.º trouxe à colação os limites da sindicabilidade judicial do mérito das decisões adoptadas no contexto das funções discricionárias dos administradores. Reconhecendo, por um lado, a necessária concessão de um espaço não vinculado a padrões normativos e, por outro, a necessária subordinação da conduta dos administradores ao escrutínio judicial a

fim de aferir o cumprimento do dever de cuidado previsto no art. 64.º n.º 1 al. a) do CSC. Porquanto, procura estabelecer a divisa entre a livre *performance* dos administradores, e a responsabilidade emergente da infracção das práticas legais⁸⁰.

Não sendo esta norma totalmente clara devido à sua localização e consagração parcial, várias questões têm sido suscitadas no que respeita à sua finalidade e âmbito aplicativo.

A maioria dos autores sustenta uma análise sequencial do art. 72.º, isto significa que o conteúdo do n.º 1 e n.º 2 não deve ser estanque⁸¹. Ora, esta afirmação fomenta a problemática de saber se, no último, o que está igualmente subjacente é a violação dos deveres legais e contratuais. Parece-nos que a resposta será negativa, sendo conveniente uma interpretação restritiva da norma⁸². Pelo que, esta deve limitar-se às acções ou omissões violadoras do dever de cuidado *stricto sensu* (dever de actuação procedimentalmente informada e adequada). No entanto, a apreciação *a posteriori* não é indiscriminada, devendo eximir-se de considerações quanto ao mérito e centrar-se na verificação cumulativa das condições formais. Do exposto se consegue extrair o reconhecimento do princípio da insindicabilidade do mérito das decisões de gestão porque não se ajuíza a oportunidade ou conveniência mas antes os elementos imprescindíveis à adequação do processo decisório: a informação que “fortifica” a opção de gestão, tornando-a inatacável sob o ponto de vista da execução do conteúdo mínimo do dever de diligência em sentido estrito.

Atente-se ainda à natureza das condições excludentes da *bjr*, em particular, o “respeito por critérios de racionalidade empresarial”⁸³. É evidente o paralelismo

⁸⁰ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 183.

⁸¹ A título de exemplo: COUTINHO DE ABREU – o autor defende que a verificação cumulativa dos requisitos positivados no n.º 2 permitirá excluir a ilicitude e ilidir a presunção de culpa da actuação do administrador. Vd. JORGE COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores*, *op. cit.*, p. 43.

⁸² Vd. RICARDO COSTA, «Responsabilidade dos administradores e a business judgment rule», *in* Reformas do Código das Sociedades, IDET, n.º3, 2007, p. 65.

⁸³ O critério da racionalidade empresarial introduzido pela reforma de 2006 acaba por não ser uma inovação legislativa, inspirando-se no direito penal a propósito da tipificação do crime de administração danosa. Cf. PAULO CÂMARA, *op. cit.*, p. 47.

que o legislador tentou estabelecer entre os arts. 64.º e 72.º n.º 2, ao restringir-lhe a aplicabilidade à revisão dos deveres de cuidado específicos no *iter* decisional e ao enunciar as condições formais em que a infracção dos mesmos não origina contrariedade ao direito. Apesar disso, a sua consagração assumiu um novo critério de avaliação da conduta administrativa: a racionalidade. Nessa medida o termo “racionalidade” é entendido como uma parte do critério de revisão da conduta⁸⁴, isto é, a *bjr* confere, dentro de certos limites, protecção às decisões de gestão que embora irrazoáveis sob o critério do “gestor criterioso e ordenado”, ainda se quadram na racionalidade do n.º2 do art. 72.º do CSC.

A *business judgement rule* deve ser então compreendida em duas vertentes: a confirmação do cumprimento do dever *ex ante* de cuidado e a valoração judicial *ex post* suscitada a quando da suspeita de inobservância formal daquele⁸⁵

3.3. A business judgement rule na legislação estrangeira

a) EUA

Por volta dos anos 70 no seio da doutrina e dos tribunais norte-americanos surgiram diversas dúvidas quanto à adequação do sistema de controlo societário, no âmbito da responsabilidade civil dos administradores. Com efeito, esta era assegurada através da imposição de um conjunto de *fiduciary duties*⁸⁶ provenientes das especificidades da *common law* - *duty of care* e *duty of loyalty*. De referir ainda que, nos EUA, não é possível encontrar um texto legal federal que regule na íntegra as sociedades comerciais. Deparamo-nos com uma mescla legislativa empresarial pelo que, cada sociedade é regulada pelas normas vigentes do seu próprio Estado.

⁸⁴ Vd. RICARDO COSTA, «Responsabilidade dos administradores...», *op. cit.*, p. 65-66. Divergentemente, PEDRO CAETANO NUNES – o autor sustenta que o dever de gestão não compreende o dever de tomar decisões adequadas – vd. PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance*, *op. cit.*, p. 40.

⁸⁵ SIGFRIDO GROSS-BROWN, *op. cit.*, pp. 311.

⁸⁶ Os deveres fiduciários são norteados pelos seguintes critérios de concretização: *trust*; *loyalty*; *good faith* e *care*.

Segundo o entendimento maioritário, nos EUA o dever de cuidado impõe aos administradores que exerçam a sua actividade empresarial por referência a padrões de diligência, sabedoria, competência, empenho e boa-fé, tal como em circunstâncias similares, um homem de negócios de prudência razoável as exerceria⁸⁷. Face à indeterminação destes conceitos, a maioria dos sócios interpretou a consagração do dever de cuidado como um mecanismo acessível à responsabilização dos gestores, sempre que o lucro expectável da transacção comercial não era alcançado. Ganhou forma a ideia, no seio dos accionistas, de que a maximização do volume patrimonial convergia numa conduta dotada de cuidado, criando uma interdependência entre a actuação do administrador e o sucesso do negócio.

É precisamente na tentativa de, controverter esta interpretação limitativa dos deveres fiduciários, diminuir os conflitos judiciais em matéria de responsabilidade societária e, conseqüentemente, suprimir o estigma que pairava sobre os administradores, que surgiu a necessidade de reformular o sistema de responsabilidade dos administradores.

Ao abrigo da interpretação da regra *business judgement rule*, não existe uma correlação directa entre os prejuízos económicos e a responsabilização, dito de outro modo, não existe fundamento para responsabilizar civilmente os administradores pelas perdas associadas ao risco de empresa, salvo se as mesmas forem suscitadas ou potenciadas pela violação das suas obrigações gerais.

A primeira decisão jurisprudencial associada ao aparecimento daquela data de 1829 no caso *Percy v. Millaundon* no *Louisiana Supreme Court*. Todavia, é a decisão judicial do *Delaware Supreme Court* de 1984 referente ao caso *Aronson v. Lewis* que se caracteriza como o paradigma do sentido da aplicabilidade que o legislador quis conferir à regra de desresponsabilização dos administradores.

A este propósito afloramos os fundamentos que estão na origem da *bjr*. No plano funcional, pretendia implementar a *director primacy model*, ao certificar-se que são gestores a administrar a sociedade e não os accionistas a arrogar essa

⁸⁷ Vd. FÁTIMA GOMES, *op. cit.*, p. 555.

faculdade para si. No plano normativo, por um lado, visava densificar o conteúdo dos *fiduciary duties*, nomeadamente o *duty of care* e, por outro, impedir que no processo de averiguação da violação dos deveres de cuidado, as decisões de cariz empresarial fossem supridas pelo escrutínio judicial, uma vez que conhecido o fruto da decisão dificilmente o juiz conseguiria abstrair-se do mesmo. E, por último, ambicionava indagar a fronteira entre a liberdade de actuação dos administradores e a necessidade da mesma compreender o cuidado devido das actividades de alto risco⁸⁸.

Depois de reunidos os principais fundamentos do surgimento da *bjr*, passamos a enunciar as condições formais e a natureza jurídica da mesma, socorrendo-nos ao texto normativo dos *PCG* que no seu § 4.01 consagra simultaneamente o *duty of care* e a *bjr*.

São reconhecidos os seguintes pressupostos formais: a regra apenas se aplica a opções de gestão conscientes, integradas no objecto social; desinteressadas da substância e precedidas de recolha adequada de informação. Perante a comprovação cumulativa dos referidos elementos procedimentais, a sindicância será efectivada segundo o critério da racionalidade. Isto significa que, só as decisões irracionais serão alvo de responsabilização.

Em síntese, a *bjr* baseia-se em três vectores: no primeiro, circunscreve a apreciação judicial à observância do *duty of care*, excluindo do seu âmbito aplicativo o *duty of loyalty*, no segundo, a assunção de riscos potencia a prossecução dos interesses da sociedade e portanto não pode ser encarada como fundamento isolado de responsabilidade. Por último, no terceiro, a falta de conhecimento dos juízes nas áreas de gestão e administração de empresas, não abona a uma correcta apreciação substancial⁸⁹.

⁸⁸ Vd. PAULO CÂMARA, *op. cit.*, p. 45.

⁸⁹ Vd. RICARDO COSTA, «Responsabilidade dos administradores...», *op. cit.*, pp. 53-60.

Os tribunais dos EUA não adoptaram uma interpretação unânime quanto à regra que desresponsabiliza os administradores, oscilando entre a interpretação “*abstention doctrine*” e “*standard of liability*”.

Nas palavras de PEREIRA DE ALMEIDA, a primeira concepção da *bjr* prevê que os tribunais, e tal como o elemento literal alude, se devem abster de aferir o cumprimento do dever de cuidado, por força do *director primacy model* nos processos decisórios. Diversamente, a *standard of liability*, admite a sindicância judicial das decisões de gestão tomadas no quadro de autonomia, desde que, delimitada por vícios do processo atinente à tomada de decisão⁹⁰.

b) Alemanha

O aperfeiçoamento ao nível da regulamentação normativa societária teve os seus primórdios nos EUA, mas prontamente se estendeu a outros ordenamentos jurídicos, tais como, os europeus. Proclama-se uma concretização do direito alemão, por via da sua enorme influência na legislação comercial portuguesa.

No âmbito dos deveres dos administradores, a bitola de diligência surge na 1ª parte do §84 da *AktG* de 1937, onde dispõe que: “*Os membros da direcção devem aplicar, na sua condução da sociedade, o cuidado de um gestor ordenado e consciencioso*”. Em nosso entender, é fundamental clarificar que ao termo “*cuidado*” se reporta à palavra diligência consagrada na legislação portuguesa no art. 64.º do CSC.

A reforma de 2005 operada pela *UMAG* conferiu uma nova redacção à 1ª parte § 93 da *AktG*⁹¹ onde, para além de reiterar a bitola de diligência (*Sorgfaltsmasstab*), veio acrescer uma regra: “*Não há violação do dever quando o membro da Direcção, na base de informação adequada, devesse razoavelmente*

⁹⁰ Vd. PEREIRA DE ALMEIDA, «A business judgment rule», *op. cit.*, pp. 360-361.

⁹¹ Como refere MARIA ADELAIDE MENEZES LEITÃO, «Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação de normas de protecção», *in* RDS, Ano 1, Volume III, 2009, p.653.

aceitar que, aquando da decisão empresarial, agia em prol da sociedade.”⁹². Nessa medida, a reforma societária enfatizou, por um lado, a relevância das decisões serem informadas e no exclusivo interesse da sociedade e, por outro, a adopção de um modelo de aferição de conduta dos membros da *Vorstand* baseado na boa fé.

De acordo o preceito normativo *supra*, a responsabilidade dos administradores com fundamento na infracção do dever de diligência, não é aferida pela oportunidade, mas tão-somente pela perscrutação dos deveres instrumentais a atender no processo decisório.

A legitimidade activa para intentar acções de responsabilidade contra os administradores, neste ordenamento jurídico, apresenta uma particularidade restritiva. Porquanto, o recurso à sindicância judicial está dependente da deliberação e aprovação em assembleia geral.

O fundamento da inclusão de uma norma que permita desresponsabilizar os administradores pela gestão danosa relaciona-se com a sucessiva transferência dos riscos inerentes à actividade empresarial para as seguradoras através da figura do seguro de responsabilidade civil (*D&O Insurance*)⁹³.

Com efeito, a regra (inspirada na *bjr* norte-americana) não prevê uma aplicação generalizada, antes, a jurisprudência (sentença do *BGH* de 21.4.1997- II ZR 175/95⁹⁴) circunscreveu o seu âmbito às decisões compreendidas: em processos formativos adequados; em quadros discricionários; em actuações desinteressadas.

Após a redução dogmática do preceito legal, importa, a título conclusivo, aludir às regras gerais de distribuição do ónus da prova. Segundo o § 93 da *AktG* à

⁹² Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das sociedades...*, *op. cit.*, p.807.

⁹³ Os seguros de responsabilidade civil dos *D&O* servem para atenuar os prejuízos causados por uma administração danosa, onde a assunção do risco de uma eventual acção de responsabilidade do administrador para com a sociedade, fica totalmente a cargo da seguradora. Os benefícios deste mecanismo estendem-se à própria sociedade, porém, esta limitação pode, no limite, gerar desinteresse por parte do administrador em empregar o cuidado devido na prossecução das suas incumbências – MARTÍN E. ABDALA, *op. cit.*, p. 100.

⁹⁴ *Ibidem*, *op. cit.*, p. 98-99.

sociedade cabe a prova indiciária da acção que consubstancie a inobservância de um dever, mas é sobre o administrador que recai o ónus de provar os factos extintivos da obrigação de indemnizar⁹⁵. Esta afirmação não é isenta de dificuldades interpretativas: um sector maioritário da doutrina alemã entende que è ao administrador que cabe a produção da prova “principal”, em contrapartida, um sector alemão não menos importante, entende que, quem propõe a acção é quem deve produzir a prova, justificando a sua opção em função do direito comparado vigente e da evolução histórica do §93 da *AktG*⁹⁶.

⁹⁵ A este propósito PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance...*, p. 29.

⁹⁶ MARTÍN E. ABDALA, *op. cit.*, pp. 98-102.

4. O Âmbito de aplicação da *business judgement rule* no CSC

Antes de partirmos para a análise dos pressupostos dos quais depende a aplicabilidade da regra que exclui a responsabilidade dos administradores por violação dos deveres de cuidado, importa referenciar os sujeitos e os actos que se encontram abrangidos procedimentalmente por aquela.

4.1. Decisões de gestão tomadas no quadro da discricionariedade e autonomia

A análise da construção do processo decisório e a sua respectiva compatibilidade com os pressupostos aplicativos da *bjr* pressupõe a existência de uma decisão prévia.

Em primeiro lugar, importa esclarecer que esta regra não será susceptível de aproveitamento a qualquer tipo de decisão, mas tão-somente a decisões de gestão executadas individualmente ou colegialmente no quadro discricionário das funções de administração⁹⁷. Desta afirmação se retira a inaplicabilidade da regra aos deveres legais específicos e ao dever de lealdade por via da sua execução vinculada⁹⁸. Paralelamente todas as decisões de cariz pessoal ou que não se identifiquem com as funções administrativas estão fora do âmbito aplicativo.

Superada a primeira explicitação, coloca-se a questão de saber se o âmbito de aplicação subjectivo da *bjr* se poderá estender aos titulares de outros órgãos sociais.

Adoptando a posição de PAULO CÂMARA⁹⁹ (que sufragamos), o autor não concebe, por regra, a sua extensão aos actos praticados pelos titulares do órgão

⁹⁷ “ O âmbito da *business judgement rule* corresponde tão só aquilo que o cumprimento do dever de cuidar do interesse social envolve autonomia e discricionariedade” – MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «A *business judgement rule*...», *op. cit.*, p. 182.

⁹⁸ “ É o controlo de mérito de certas medidas de administração que está em causa no caso de desrespeito da lealdade. Não a lealdade em si mesma” – *ibidem*, *op. cit.*, p. 182.

⁹⁹ O autor aponta excepções à inaplicabilidade da regra aos titulares do órgão de fiscalização, nomeadamente, aquando da prática de actos que não se circunscrevam à actividade fiscalizadora.

de fiscalização. Veja-se que, aqueles profissionais cingem a sua actividade à supervisão do cumprimento da lei na convocação e deliberação das assembleias gerais, posicionando-se no domínio da legalidade. Para além disso, da letra da norma do art. 81.º n.º1 extrai-se a impossibilidade de remissão para o art. 72.º n.º2 do CSC.

Finalmente no campo de acção da *bjr* apenas relevam as decisões empresariais “conscientes”, isto é, opções de cariz empresarial adoptadas pelo órgão de administração numa base informada e isentas de qualquer vantagem pessoal que não se confunda com o interesse da sociedade.

4.2. Regras procedimentais da decisão

Ficou evidenciado ao longo do estudo, a primazia do processo decisório e da sua procedimentalização, em detrimento do mérito das opções de gestão. Sendo assim, o legislador faz depender a exclusão da responsabilidade civil dos titulares do órgão de administração a três circunstâncias: decisão procedimentalmente informada, desinteressada e numa lógica de racionalidade empresarial, sem descurar, contudo, a sua articulação com os deveres de cuidado do art. 64.º.

a) Decisão informada

A informação no processo de tomada de decisão denota especial relevância no domínio dos arts. 64.º e 72.º n.º 2, pois só um ente convenientemente informado poderá compatibilizar os riscos dos ganhos, por forma a conceber uma decisão que seja, no mínimo, racional.

Neste requisito acolhe-se, primordialmente, o dever de cuidado específico de preparar adequadamente o processo formativo tendente à decisão final, que consiste na recolha de informação apta a sustentar as opções do administrador. Assim, estamos perante uma extensão ou dupla aplicação da al. a) do n.º 1 do art.

Vd. PAULO CÂMARA, *op. cit.*, p. 47. Na ponta dianteira, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, pp. 78-81.

64.º ao conformar, simultaneamente, a actuação numa base informada às funções do profissional e às contingências da decisão¹⁰⁰ (remetemos maiores considerações para o ponto 2.2.2.1). Sem prejuízo, de no caso concreto, o dever de vigilância e investigação colocarem a tónica sobre o volume e o tipo de dados necessários à solidez e adequação da estrutura formativa da decisão.

O administrador tem como função principal gerir e representar um património alheio. Como tal, não podem dispor dele a seu belo prazer, porquanto toda actuação que afecte directa ou indirectamente aquele, deve ser pautada por regras de transparência, zelo, consciência, ponderação, e, acima de tudo, informação.

b) Decisão livre de qualquer interesse pessoal

O requisito em análise apresenta uma estreita relação com o dever de lealdade previsto na al. b) do n.º 1 do art. 64.º, isto porque, o legislador procurou afastar da esfera de protecção concedida aos administradores todos os comportamentos reveladores de deslealdade, onde os interesses pessoais se sobrepõem aos interesses da sociedade. Note-se que, o legislador ao impor como condição excludente de responsabilidade civil, uma decisão desinteressada, veio precluir a possibilidade dos titulares do órgão de administração lançarem mão de um mecanismo altamente protector, quando estiverem em causa situações de conflitos de interesses, comportamentos desleais, desconsideração dos valores e interesses defendidos pela sociedade ou outros quaisquer comportamentos susceptíveis de consubstanciar a preterição do dever de lealdade.

A verificação deste requisito afere-se individualmente, ou seja, a cada agente participativo no processo decisório se procede ao controlo da existência de um interesse pessoal subjacente à opção de gestão tomada. Nesse sentido, a dependência pessoal de um único administrador corrompe a totalidade do acto

¹⁰⁰ Vd. PAULO CÂMARA, *op. cit.*, p. 49; PEREIRA DE ALMEIDA – entende que os pressupostos do n.º 2 do art. 72.º limita-se a explicitar o conteúdo dos deveres fundamentais consagrados no art. 64.º - vd. ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, «A business judgment rule», *op. cit.*, p. 368.

deliberativo. Em sentido oposto parece pronunciar-se a jurisprudência do Estado de *Delaware*¹⁰¹.

Caso o administrador tome parte num determinado negócio com o intuito de tutelar interesses pessoais ou de terceiros, chegando ao ponto de delimitar um caminho díspar ao correcto e regular funcionamento da sociedade, é violado o dever de lealdade e como tal, não se aplicará a *bjr*.

c) **Decisão segundo critérios de racionalidade empresarial**

O legislador ao considerar como suficiente para excluir a responsabilidade civil dos administradores que a decisão seja tomada numa lógica de racionalidade empresarial está evidentemente a diminuir o grau de exigência no processo. Deste modo, o emprego da expressão “racionalidade” sustenta a visão da *bjr* como um mecanismo apto à protecção de decisões de risco no quadro da autonomia empresarial.

Entendemos, à semelhança de alguns autores¹⁰², que este pressuposto de conformidade deve ser entendido pela negativa, ou seja, a única decisão que acarretaria a responsabilização do gestor seria uma decisão irracional, sem qualquer explicação ou propósito. Isto significa que, mesmo que se venha a apurar que, de entre o leque das medidas, este optou pela menos vantajosa, não será responsabilizado.

Sob o ponto de vista de MELVIN EISENBERG¹⁰³ (que sufragamos), a opção pela racionalidade prende-se com a dificuldade dos administradores adoptarem medidas arriscadas, quando o *standard* sob o qual seriam ajuizados seria mais exigente e permeável a futuras responsabilizações. Mais, a imposição de outro qualquer critério que não se identificasse somente com os procedimentos

¹⁰¹ Vd. PAULO CÂMARA, *op. cit.*, p. 49.

¹⁰² A apreensão do sentido do critério apenas se alcança com a sua delimitação pela negativa, a *bjr* confere um *safe harbour* às decisões que ainda consigam integrar-se no campo discricionário. Assim apenas as decisões ilógicas ou desprovidas de sentido fundam a obrigação de indemnizar e estão fora do âmbito aplicativo da *bjr* – *ibidem*, *op. cit.*, p. 49.

¹⁰³ Vd. MELVIN A. EISENBERG, *op. cit.*, p. 40-50.

adoptados antes da decisão, adentraria no mérito da mesma e, estaríamos a substituir a “tecnicidade” dos profissionais por uma avaliação *ex post* onde os resultados já se encontram à vista.

Em suma, não se pense que a incapacidade de provar em juízo algum dos pressupostos do n.º 2 do art. 72.º determina automaticamente a qualificação da conduta como ilícita. Antes, esta insuficiência preclui a faculdade do titular do órgão de gestão socorrer-se do espaço de “imunidade” que a *bjr* lhe confere, abrindo caminho à sindicância do mérito da decisão. Por sua vez, a avaliação judicial opera-se segundo critérios mais apertados: a razoabilidade.

5. A *bjr* como cláusula de exclusão da responsabilidade do administrador

A transposição da *bjr* para o ordenamento jurídico português possibilita uma dupla configuração quanto ao sentido que o legislador lhe pretendeu atribuir. Esta dúvida importante não fica resolvida com o recurso ao sistema que lhe deu origem, isto porque, não encontramos simetria nos fundamentos do seu surgimento, nem tão pouco, a análise do documento da CMVM, que antecedeu a reforma societária, consegue apontar um caminho sólido.

Por conseguinte, gerou-se a controvérsia doutrinária entre os autores que, se apoiam na orientação norte-americana e configuram a regra como uma presunção de licitude e, os que, pelo elemento literal e inversão do ónus da prova, a entendem como uma cláusula de exclusão de responsabilidade. Todavia o primeiro sector doutrinário debate-se com um obstáculo importante: o cumprimento dos deveres de cuidado, no âmbito decisional, não se presume, este tem de ser provado pelo titular do órgão de administração sob pena da sua conduta ser qualificada como ilícita e proceder-se à sindicância do mérito da decisão.

Por se entender que os sujeitos jurídicos a ter em conta são, necessária e intrinsecamente, diferenciados. O legislador teria que, prudencialmente e na impossibilidade de positivizar normas inilidíveis, fazer subsumir a regular distribuição do ónus de alegação e prova a interesses que considerou superiores à salutar dinâmica societária. Verifica-se então uma inversão do ónus da prova, competindo à sociedade uma prova meramente indiciária para propor a acção cível enquanto que, a prova “principal” fica do lado do administrador. A responsabilidade é excluída se o agente provar que agiu informadamente, desinteressadamente e racionalmente¹⁰⁴, assumindo o preceito em causa, um sentido comportamental no processo de tomada de decisão.

Em face do exposto e da expressão “*a responsabilidade é excluída se...*”, a doutrina maioritária entende que, o n.º 2 do art. 72.º prevê uma cláusula de exclusão de responsabilidade dos administradores. O que, no limite, para alguns

¹⁰⁴ Vd. PAULO CÂMARA, *op. cit.*, p. 50.

autores, acaba por se reconduzir a uma presunção de ilicitude¹⁰⁵ (posição que não sufragamos).

A formulação que acolheu a *bjr* no seio empresarial não se encontra isenta de dificuldades interpretativas, no que concerne à qualificação da cláusula de exclusão de responsabilidade do administrador por violação dos deveres de cuidado. Sendo assim, revela-se premente esclarecer se, a cláusula contida no n.º 2 do art. 72.º, afasta a culpa ou a ilicitude.

A questão apresenta relevância na medida em que, no sistema de responsabilidade civil português, a ilicitude e a culpa são dois pressupostos autónomos de reprovação da actuação do agente. No primeiro, o juízo é objectivo e revela-se na desconformidade do facto com o direito positivo e, no segundo, o juízo é subjectivo, consubstanciando-se na censurabilidade do facto.

Importa esclarecer que, não só a falta de rigor na transposição legislativa como a localização da regra podem originar algumas conclusões precipitadas devido à precedência de uma presunção *iuris tantum*. Pelo que, uma leitura contínua do art. 72.º pode formar a ideia de que no n.º 2 se opera a uma exclusão de culpa, por referência à parte final do n.º 1¹⁰⁶.

No entanto, o escopo da norma parece apontar para uma cláusula de exclusão da ilicitude, pois a constatação de uma actuação informada, desinteressada e numa lógica de racionalidade empresarial excluem a ilicitude por não se verificar incumprimento dos deveres legais, ainda que, a opção tomada pelo administrador se tenha revelado danosa aos interesses da sociedade. Isto significa que, uma vez excluída a ilicitude através da demonstração do cumprimento dos deveres procedimentais, não se procederá à ilisão da presunção de culpa¹⁰⁷. Não obstante a

¹⁰⁵ Recorde-se PEDRO PAIS VASCONCELOS - por referência à letra da lei: “*a responsabilidade é excluída se...*” e ao sentido das afirmações do processo de consulta pública da CMVM – *op. cit.*, pp. 54.

¹⁰⁶ Vd. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «A business judgement rule...», *op. cit.*, p. 188.

¹⁰⁷ Contra, JORGE COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...*, *op. cit.*, 43.

conformidade dos pressupostos cumulativos da responsabilidade civil, uma conduta lícita veda o juízo de censurabilidade.

Por seu turno, a opção pela *bjr* enquanto cláusula de desculpa levaria a resultados dogmáticos difíceis de ultrapassar, como por exemplo, a concepção de que uma decisão respeitadora dos deveres de cuidado e lealdade e segundo critério de diligência fosse considerada ilícita¹⁰⁸. Neste cenário, o cumprimento de dever de cuidado e de lealdade estava dependente do resultado obtido pela decisão, desvirtuando, na totalidade, a autonomia conferida ao art. 64.º.

¹⁰⁸ Vd. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *op. cit.*, p. 75.

6. Conclusão

Diversas considerações poderiam ser adoptadas a propósito do tema, quer pela sua complexidade, relevância no contexto económico, social e jurídico actual, quer pelas dificuldades interpretativas que suscita. Todavia, questões de ordem prática impedem um estudo mais abrangente.

É a partir da perspectiva de salvaguarda das sociedades, enquanto pessoas colectivas imprescindíveis para um bom desenvolvimento da actividade económica, que serão analisados os arts. 72.º e 64.º. Da conjugação destes preceitos – no contexto da regulação da relação entre as sociedades e os seus administradores –, deve inferir-se uma intencionalidade prévia de proteger as empresas da prática de erros grosseiros dos seus administradores. É assim que, consagrados os “deveres fundamentais”, no art. 64.º, se chega à “responsabilidade de membros da administração para com a sociedade” e, se indaga a possível exclusão da mesma.

Sob a influência norte-americana, a reforma societária de 2006, conferiu uma nova estrutura ao art. 64.º, autonomizando o dever de cuidado do dever de lealdade. As modificações legislativas não se ficaram pela estrutura mas estenderam-se ao conteúdo. Nesse sentido, o legislador procedeu à concretização do dever de cuidado através de uma enumeração meramente exemplificativa de manifestações reveladoras do dever de cuidado, conduzindo à identificação (doutrinal e jurisprudencial) de outros tantos sub-deveres, já assentes no direito português. Optou-se pela manutenção da bitola da diligência de um “gestor criterioso e ordenado” à semelhança do direito alemão e espanhol. Por um lado, permite densificar e concretizar os deveres discricionários mas enquadráveis nos deveres de cuidado e, por outro conferir uma medida de aferição do esforço desenvolvido pelos administradores no cumprimento daqueles e na prossecução do escopo social. A diligência, normativamente exigida, como medida do esforço no cumprimento dos deveres de cuidado no âmbito decisional, deve ser apreciada segundo os critérios positivados no n.º 2 do art. 72.º do CSC.

O dever de lealdade ao abrigo da al. b) do n.º 1 do art. 64.º forma a ideia de primazia dos interesses sociais *lato sensu* face aos interesses pessoais do gestor e, de ponderação de outros que, directa ou indirectamente, se relacionem com a sociedade.

Chegados aqui, veja-se que, os interesses dignos de protecção da cláusula geral foram alargados aos terceiros em geral e, aos credores sociais em particular. Esta extensão deve-se à sua intrínseca relação com o objecto social e com os proveitos que dele retiram, numa visão mais economicista das situações jurídicas a tutelar.

Não obstante as dificuldades interpretativas relativamente ao sentido da *bjr*, a verdade é que, o legislador a transpôs para o ordenamento jurídico português, sob a forma de cláusula de exclusão de responsabilidade dos administradores por preterição de deveres legais gerais no espaço discricionário da sua actuação.

Por forma, a ilibar-se da responsabilidade pelos danos causados à sociedade, o titular do órgão de administração deve fazer prova da verificação cumulativa de três pressupostos formais na pendência do processo decisório, a saber: a procura e detenção de informação adequada, o desinteresse pessoal e a escolha racional de uma opção entre as alternativas. Nessa medida, o que se pretende é verificar o cumprimento do dever de administração (consagrado no direito positivo como, dever de cuidado) na vertente procedimental, isto é, indagar a observância de comportamentos objectivos que têm por base os comandos normativos do art. 64.º do CSC. A tónica é colocada sobre a sindicância do processo tendente à tomada de decisão e não sobre a sindicância do mérito da mesma.

Assim a conformidade com os requisitos acima enunciados permite qualificar a actuação administrativa como lícita (*bjr* como cláusula de exclusão de ilicitude) e, conseqüentemente evitar a apreciação judicial *ex post* da substância da opção de gestão.

Do narrado se retiram duas conclusões importantes, primeiramente, a estatuição de uma presunção de culpa no n.º 1 do art. 72.º não influi na natureza da regra contemplada no n.º2. Logo, o administrador que não lograr a prova de algum dos pressupostos ou que a sua decisão se encontre fora do âmbito aplicativo da *bjr* (as decisões de execução vinculada a deveres legais específicos/contratuais e dever de lealdade), pode a todo o tempo, indicar alguma causa de desculpação e ilidir a culpa. De seguida, esta regra acaba por reproduzir as manifestações procedimentais do dever de cuidado, já assentes no direito português.

As “traves mestras” do presente estudo assentaram na necessária articulação da *business judgement rule* aos deveres de cuidado no âmbito da tomada de decisão por forma a conceber um espaço dentro dos deveres de cuidado onde a sindicância se baseie num critério de licitude mais limitado, compondo um sistema de responsabilidade civil permeável à dinâmica societária.

Bibliografia consultada

ABDALA, MARTÍN E., «Régimen de responsabilidad de los administradores de sociedades en el derecho alemán», *Revista de Derecho de Ciencias Jurídicas*, n.º 31, Universidade del Norte, 2009 (pp. 92-104).

ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, Cadernos n.º 5, Almedina, Coimbra, 2010.

– «Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse social», *in* *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios n.º 3, Almedina, Coimbra, 2007 (pp. 17-47).

ALMEIDA, ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais*, Coimbra Editora, 2003.

–«A Business Judgment Rule», *in* *Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2011 (pp. 359-372).

BLOCK, DENIS J. e BARTON, NANCY E. e RADIN, STEPHEN A., *The Business Judgment Rule- Fiduciary Duties of Corporate Directors*, Vol. I, Aspen Law & Business, New York, 1998.

BROWN, SIGRIFIDO GROSS, «Deberes de administradores en el derecho comparado: El deber de diligencia y el business judgement rule», *in* *Revista Derecho de Sociedades*”, N.º 37, 2011-2012 (pp. 307-320).

CÂMARA, PAULO, «O Governo das Sociedades e a Reforma do Código das Sociedades Comerciais», *in* AA. VV., *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2008 (pp.9-141).

CMVM – *Governo das sociedades anónimas: propostas de alteração ao código das sociedades comerciais*, Processo de consulta pública n.º 1/2006, 2006.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *Da Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, Lex, Lisboa, 1997.

–*Manual de Direito das Sociedades, I – Das sociedades em geral*, Almedina, Coimbra, 2004.

–«Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades», *in* Revista da Ordem dos Advogados, Vol. II, Ano 66, Setembro, Lisboa, 2006 (pp. 443-488).

–«A lealdade no direito das sociedades», *in* Revista da Ordem dos Advogados, ano 66, Dezembro, Lisboa, 2006 (pp. 1033-1066).

CORREIA, MIGUEL PUPO, *Direito Comercial- Direito da Empresa*, Editorial Minerva, Lisboa, 2007.

COSTA, RICARDO, «Responsabilidade dos Administradores e Business Judgment Rule», *in* Reformas do Código das Sociedades, Almedina, Coimbra, 2007 (pp. 51-86).

COSTA, RICARDO/ DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO, *in* AA. VV., *Código das sociedades comerciais em comentário*, Vol. I, IDET, Almedina, Coimbra, 2010 (pp. 721-758).

CUNHA, PAULO OLAVO, *Direito das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2006.

– «Corporate & Public Governance nas Sociedades Anónimas: primeira reflexão», *in* Direito das Sociedades em Revista, Ano 2, Vol. IV, Almedina, 2010 (pp. 159-179).

DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO, *Fiscalização de sociedades e responsabilidade civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

FERREIRA, BRUNO, «Os deveres de cuidado dos administradores e gerentes: análise aos deveres de lealdade em Portugal e nos Estados Unidos da América fora das situações de disputa sobre o controlo societário», *in* Revista de Direito das Sociedades, Ano 1, N.º 3, 2009 (pp. 681-737).

FRADA, MANUEL A. CARNEIRO DA, «A Business Judgement Rule no quadro dos deveres gerais dos administradores», *in* Revista da Ordem dos Advogados, Ano 67, Vol. I, Lisboa, 2007 (pp. 159- 205).

– «A responsabilidade dos administradores na insolvência», *in* Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, Vol. II, Lisboa, 2006 (pp. 653-702).

GOMES, FÁTIMA, «Reflexões em torno dos deveres fundamentais dos membros dos órgãos de gestão (e fiscalização) das sociedades comerciais à luz da nova redacção do art. 64º do CSC», *in* 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, Coimbra, 2007, (pp. 551-569).

LEITÃO, MARIA ADELAIDE MENEZES, «Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação de normas de protecção», *in* RDS, Ano 1, Volume III, 2009 (pp. 647-679).

LOURENÇO, NUNO CALAIM, *Os deveres de administração e a business judgment rule*, Almedina, Coimbra, 2011.

MADISON, KARIN, «Duties and liabilities of company directors under German and Estonian law: a comparative analysis», No. 7, RGSL Research Papers, 2012 (pp. 3-80).

MARTÍN, ABDALA, «Régimen de responsabilidade de los administradores de sociedades en el derecho alemán», *in* Revista de Derecho, N.º 31, Colombia, 2009 (pp. 92-104).

MENCÍA, JAVIER JUSTE e ARREGUI, FERNANDO IGARTUA, «Deberes de los Administradores (Reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)», *in* Revista Derecho de Sociedades, N.º 24, 2005 (pp.75-89).

NUNES, PEDRO CAETANO, *Corporate Governance*, Almedina, Coimbra, 2006.

– *Responsabilidade Civil dos administradores perante os accionistas*, Almedina, Coimbra, 2001.

RAMOS, MARIA ELISABETE, «Responsabilidade civil dos administradores ou directores das sociedades anónimas perante os credores sociais», *in* Boletim da Faculdade de Direito Coimbra, Coimbra Editora, 2002.

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, Lisboa, 1997 (pp. 605-628).

VARELA, JOÃO ANTUNES, «Anotação ao Acórdão do Tribunal Arbitral de 31 de Março de 1993», *in* Revisão Legislação e Jurisprudência, Ano 126, n.º 3855, 1993-1994 (pp. 315 e ss.).

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, «Responsabilidade Civil dos Gestores das Sociedades Comerciais», *in* Direito das Sociedades em Revista, Ano I, Vol. 1, Almedina, Coimbra, 2009 (pp. 11-32).

– «Business Judgement Rule, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.º do CSC», *in* Direito das Sociedades em Revista, Ano 1, Vol. II, 2009 (pp. 41-79).

VELASCO, GAUDENCIO ESTEBAN, «La administración de las sociedades de capital», *in* Revista de Derecho de Sociedades, N.º 36, 2011/2012 (pp. 149-170).