



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

As cláusulas de limitação e exclusão da responsabilidade civil dos administradores/gerentes

Ana Luísa Casais Moreira da Silva

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2017



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

**As cláusulas de limitação e exclusão da responsabilidade civil dos
administradores/gerentes**

Ana Luísa Casais Moreira da Silva

Dissertação de Mestrado Direito e Gestão, sob orientação da Professora Doutora
Maria Fátima Ribeiro

Faculdade de Direito| Escola do Porto

2017

“Onde não há lei, não há liberdade.”

— John Locke

AGRADECIMENTOS

Aos meus pais e irmãs por todo o apoio e força neste caminho tão longo.

Ao Eduardo e ao Tomás por toda a paciência e por toda a força transmitida, nesta etapa tão importante da minha vida.

Às minhas amigas pela compreensão de nem sempre poder estar presente em determinados momentos da vossa vida. A vossa energia positiva foi fundamental.

Por último, e não menos importante

À Professora Doutora Maria Fátima Ribeiro pelos conhecimentos transmitidos e pelas pertinentes correções.

LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS

AAVV	Autores vários
<i>AktG</i>	<i>Aktiengesetz</i>
al.	Alínea
art.	Artigo
arts.	Artigos
CC	Código Civil
Cit.	Citação
CMVM	Comissão do Mercados de Valores Mobiliários
CSC	Código das Sociedades Comercias
CVM	Código de Valores Mobiliários
D&O	<i>Directors and officers</i>
DL	Decreto-Lei
Ed.	Edição
IDET	Instituto de Direito das empresas e do trabalho
N.º	Número
Ob.	Observar
PDS	Problemas do direito das sociedades
p.	Página
pp.	Páginas
vol.	Volume

RESUMO

A presente dissertação, realizada no âmbito do Mestrado de Direito e Gestão, tem como objetivo central estudar a nulidade das cláusulas de limitação e exclusão de responsabilidade civil dos administradores estipulada no artigo 74º do Código das Sociedades Comerciais, bem como, os riscos associados a esta responsabilidade. Desta forma, através da compreensão dos artigos 64º, 72º, 77º e 78º, procuramos compreender a responsabilidade civil societária e a responsabilidade civil do regime comum.

Neste sentido, a dissertação irá contemplar uma contextualização histórica da reforma de 2006. O segundo capítulo abordará as cláusulas de limitação e exclusão de responsabilidade civil dos administradores, designadamente: a responsabilidade civil e os seus limites no regime societário; a responsabilidade civil e a autonomia privada. Além do referido, neste capítulo será abordada, a distinção existente entre o artigo 809º do CC com o artigo 74º nº1 do CSC; a imperatividade do artigo 74º nº 1 e os riscos associados, bem como, os deveres gerais dos administradores. O terceiro e, último capítulo, refletirá sobre a justificação da diminuição da litigância em Portugal.

Para que o objetivo central da dissertação fosse atingido, foi necessária a leitura, cuidada e minuciosa, de documentos e livros endereçados para o tema em análise.

Palavras-chave: dever de cuidado; dever de lealdade; responsabilidade civil; *business judge rule*; administradores de sociedades comerciais; *ut universi*; *ut singuli*; autonomia privada

ABSTRACT

The following dissertation made in order to gain the master degree in Law and Management, has as main objective to study the nullity of the clauses of limitation and exclusion of the administrators/managers civil responsibility established on the 74th article of the Commercial Societies Code, as well as the risks associated of this responsibility. Therefore through the understanding of the 64th, 72nd, 77th and 78th articles we tried to understand the civil society responsibility and the civil responsibility of the common regime.

To do so, this dissertation will contemplate a historical contextualization of the reform of 2006. The second chapter will address the clauses of limitation and exclusion of civil responsibility of the administrators/managers, namely the civil responsibility and its limits in the society regime; the civil responsibility and the private autonomy. Besides the above-mentioned one, in this chapter we will address the existing distinction between the 809th article of the CC with the 74th n° 1 of the CSC; the imperativeness of the 74th n° 1 article and their risks, as well as the general duties of the administrators/managers. The third chapter and last one, will reflect on the justification of the decrease of litigating in Portugal.

key words: duty of care; duty of loyalty; civil responsibility; business judgment rule; administrators/managers of commercial societies; ut universality; ut singuli; private autonomy

ÍNDICE

INTRODUÇÃO.....	17
CAPÍTULO I: Enquadramento Teórico	19
1. Breve referência à reforma de 2006	21
CAPÍTULO II: A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES E GERENTES	23
2. As cláusulas de limitação e exclusão da responsabilidade civil dos administradores/gerentes.....	25
2.1. A responsabilidade civil e os seus limites no regime societário.....	25
2.2. Responsabilidade civil e a Autonomia privada	26
2.3. A distinção entre o 809º CC e o artigo 74º nº1	28
2.4. A imperatividade do regime do artigo 74º nº1 e os seus riscos.....	31
2.5. Os deveres gerais dos administradores e a sua relação com o artigo 74º nº1 CSC.....	33
2.5.1. Artigo 74º nº1 e violação dos deveres gerais	37
2.5.2. Artigo 72º nº2 e exclusão da responsabilidade civil do administrador .	38
CAPÍTULO III: A EFETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE.....	43
3. A relação do artigo 74 nº1 CSC com o grau de litigância em Portugal em comparação com os EUA.....	45
3.1. Ação social ut universi	47
3.2. Ação social ut singuli	48
CONCLUSÕES	51
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	55

INTRODUÇÃO

O direito societário diz respeito ao direito das sociedades propriamente ditas, sejam elas civis ou comerciais. Por sociedade entende-se a entidade ou organização, provida de personalidade jurídica, constituída por uma ou mais pessoas singulares ou coletivas que, em função do teor empresarial, se propõem a exercer em comum uma atividade económica com o objetivo de dividir os lucros e perdas, resultantes da atividade empresarial.

Estando em causa a gestão económica e humana de uma empresa, com repercussões na sociedade, tornou-se fulcral uma apreciação do Direito das Sociedades Comerciais. Nomeadamente, o referente ao regime imperativo das cláusulas de limitação e exclusão da responsabilidade civil dos administradores/gerentes, presente no artigo 74º nº 1 do CSC. Este artigo dita a nulidade das cláusulas referidas anteriormente insertas ou não em contrato de sociedade.

Neste sentido, a hipótese de estudar o artigo 74º, analisando de forma criteriosa a legislação portuguesa e estabelecendo, assim, uma comparação com o direito comparado, nomeadamente, com a jurisprudência norte-americana, foi o motivo da escolha do tema.

O CSC em 2006 foi alvo de reforma, no entanto, o artigo 74º nº1 CSC não sofreu alteração. Comparativamente à jurisprudência norte americana, a norma portuguesa não faz a distinção entre as violações dos deveres de lealdade (“*duty of loyalty*”) e os deveres de cuidado (“*duty of care*”), nem entre as violações intencionais e não intencionais.

Esta limitação à autonomia privada é entendida como uma forma de assegurar o funcionamento e o desempenho da gestão societária pelos administradores e gerentes.

Neste sentido, a dissertação será constituída por três capítulos. O primeiro capítulo intitulado de “Enquadramento teórico: breve referência à reforma de 2006” irá contemplar, tal como o nome indica, uma contextualização histórica da reforma de 2006. O segundo capítulo, “As cláusulas de limitação e exclusão de responsabilidade civil dos administradores”, irá incidir sobre a responsabilidade civil e os seus limites no regime societário; a responsabilidade civil e a autonomia privada. Além do referido, nesta fase do trabalho será realizada uma distinção existente entre o artigo 809º do CC com o artigo 74º nº1; a imperatividade do artigo 74º nº 1 e os riscos associados, bem

como, os deveres gerais dos administradores. O terceiro e último capítulo, “A relação do artigo 74º nº1 CSC com o grau de litigância em Portugal em comparação com os EUA” irá contemplar uma análise entre a litigância do quadro português com o norte-americano.

CAPÍTULO I: Enquadramento Teórico

1. Breve referência à reforma de 2006

O termo “sociedade” surgiu na antiguidade, mais especificamente na era romana. Ora, “*para o direito romano clássico, a “societas” representava um contrato consensual através do qual duas ou mais pessoas se obrigavam a colocar em conjunto bens com vista a um determinado fim comum*”¹.

Outrora, a responsabilidade civil dos administradores não era legislada, até surgir a *Lei das Sociedades Anónimas, de 22 de junho de 1867*. Com esta lei, o regime de responsabilidade dos administradores sofreu alterações, quando estabeleceu a hipótese de qualquer acionista intentar uma ação de responsabilidade contra os administradores. Por conseguinte, surge o DL n.º 262/86, de 2 de setembro que agregou toda a legislação nacional referente às sociedades comerciais. Todavia, o CSC foi alvo de inúmeras reformas, sendo a mais importante a de 2006, com o DL n.º 76-A/2006. No seguimento da sua reforma - e entre outras reformulações - foi reestruturado o art. 64º n.º1 CSC² e introduzida a *business judgment rule* presente no art. 72º n.º2. O CSC veio compilar os aspetos societários referentes à responsabilidade civil pela constituição, administração e fiscalização da sociedade, englobando, os arts. 71º a 79º, que apesar das sucessivas reformas ao longo dos anos continuam alvo de discussão.

No seguimento do referido, a sociedade comercial, como pessoa coletiva é administrada/gerida, no caso das sociedades anónimas e sociedades por quotas, por administradores/gerentes, nos termos dos arts. 390º, e 252º.

Como refere MARIA ELISABETE RAMOS, “*o órgão da administração de uma sociedade comercial toma um património alheio – património da sociedade que num primeiro momento foi constituído pelas entradas dos sócios – para com ele exercer o objeto societário, em ordem a obter lucro*”³. Neste sentido, os administradores⁴ devem, na prossecução do objeto societário, ter em conta os deveres gerais de cuidado e lealdade.

¹ ANTUNES, José Engrácia, *Direito das Sociedades*, 4ª ed., 2013 p.24

² Para facilitar a leitura, sempre que não façamos alusão ao diploma legal deve entender-se que o preceito pertence ao Código das sociedades comerciais.

³ RAMOS, Maria Elisabete Gomes “A responsabilidade de Membros da Administração”, PDS, 2002, IDET p. 72

⁴ Quando seja referido o preceito “administradores” entende-se que o mesmo se aplica aos gerentes.

O dever de cuidado está relacionado com a forma de administrar a sociedade, com base nos conhecimentos técnicos adquiridos, empregando “*a diligência de um gestor criterioso e ordenado*”. A responsabilidade pela violação deste dever pode, hoje, ser afastada, devido à introdução, na lei societária, da *business judgment rule*⁵ estipulada no art. 72º n.º2. Esta alteração teve por base a jurisprudência dos Estados Unidos da América, “*sendo o início do respetivo estabelecimento fixado numa decisão de 1829 do Louisiana Supreme Court no caso Percy v Millaudon*”⁶. Salientamos, argumentos a favor da *Business Judgment Rule*, desde logo, o facto de os administradores - tendo em conta a distinção entre o interesse social e o interesse pessoal - de forma informada e consciente, tomarem decisões que observadas, posteriormente, podem ser consideradas imprudentes. Estas decisões poderão acarretar uma onerosidade acrescida para a sociedade, no entanto a gestão da própria atividade, tem, maioritariamente, um determinado risco associado. Para além de que, como refere BRUNO FERREIRA, “*os acionistas (...) se (...) pudessem livremente questionar a oportunidade de todas as decisões de gestão haveria uma transferência do poder de gestão para os acionistas*”⁷. Nesta linha de raciocínio, o art. 72º n.º2 afasta a responsabilidade civil dos administradores, se “*provar que atuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial*”.

Por dever de lealdade presente na al. b) do art. 64º entende-se que os administradores têm o dever de atuar livre de interesses pessoais e alheios, relevando exclusivamente o interesse da sociedade, e, indiretamente, o dos sócios, credores e terceiros. Ora, este dever transmite a confiança que resulta da própria relação de administração. No mesmo sentido, este é orientado pelo princípio da boa-fé estabelecido no art. 762º n.º2 CC⁸.

⁵ No mesmo sentido, no ordenamento jurídico espanhol no art. 236 n.º1 LSC in Revista Aranzadi de Derecho de Sociedades – Eva Recamán Granã p. 174; no ordenamento jurídico alemão no a §93 AktG e 76 AktG; no ordenamento jurídico italiano no art. 2392º *Codice Civile*.

⁶ FERREIRA, Bruno, “Os deveres de cuidado dos administradores e gerentes” in Caderno Valores Mobiliários n.º31, dezembro de 2008 p.18– www.cmcem.pt

⁷ Idem p. 18

⁸ Ao contrário do nosso ordenamento jurídico, noutros há consagração clara do dever de lealdade. Na doutrina espanhola recorrem aos arts. 7º n.º2 e 1258º do código civil espanhol e 57º *Código del comércio* para “*fundamentar a existência de um dever de fidelidade societário*”; Em Itália, definem contrato de sociedade, mas não fazem referência ao dever de lealdade, art. 2247º *Codice Civile Italiano*. Neste sentido, a doutrina italiana defende a reformulação do artigo, de modo a existir uma aproximação do preceito aplicável aos contratos em geral estipulado no art. 1175º; já na legislação alemã, está evidenciado, de forma explícita, o dever de lealdade no art. 242º GBG – vide “*A tutela das Minorias das Sociedades Anónimas*” de Armando Manuel Triunfante, p. 190 obs. Cit. 340

**CAPÍTULO II: A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS
ADMINISTRADORES E GERENTES**

CAPÍTULO II: A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES E GERENTES

2. As cláusulas de limitação e exclusão da responsabilidade civil dos administradores/gerentes

2.1. A responsabilidade civil e os seus limites no regime societário

A responsabilidade civil é um instituto bastante complexo que se inclui nas fontes das obrigações. Desde logo, consiste “*num conjunto de factos que dão origem à obrigação de indemnizar os danos sofridos por outrem*”⁹. Assim, e com base no princípio do ressarcimento do dano, surgiu a responsabilidade civil dos administradores, primordialmente, na *Lei das Sociedades Anónimas de 22 de junho de 1867*. Com a reforma societária de 2006, surge o seguro de responsabilidade civil dos administradores¹⁰ (*D&O Insurance*)¹¹ inspirado na lei norte-americana¹². Este surgiu com o intuito de proteger os administradores contra perdas patrimoniais reclamadas por terceiros, os quais no exercício das suas funções incumpriram negligentemente os seus deveres gerais e estatutários.

No regime societário existem alguns limites legais à responsabilidade civil dos administradores, desde logo os estipulados no art. 72¹³ n.º2,3 e 4. Fora estes, os administradores não têm muita margem para tomar decisões discricionárias - embora este seja um dos pontos-chave do tema, sendo que causa alguma controvérsia se

⁹ LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações*, 13ª edição, 2016 p. 253

¹⁰ No Reino Unido encontra-se presente na *Section 233 – Provision of Insurance - Companies Act* (2006); Na Alemanha encontra-se presente no *Aktiengesetz* no art. 93º n.º2 2ª parte; Em Espanha encontra-se estipulado no art. 73º da *Ley de Contrato de Seguro*; Em Itália encontra-se estipulado nos arts. 2394º e 2395º *Codice Civile Italiano*. Por fim, na legislação portuguesa encontra-se presente no art. 396º *CSC*.

¹¹ CVMV, *Governo das Sociedades Anónimas: propostas de alteração ao Código das Sociedades Comerciais*, Processo de Consulta Pública nº1/2006 p. 19

¹² A 1º apólice do *D&O insurance* surgiu em 1934, com *Lloyd's Bank*. Em 1929, deu-se o *crash bolsita*, o qual acarretou uma vaga de responsabilização dos administradores, devido aos danos causados e conseqüente medidas de proteção aos investidores – *Securities Act* (1933) e *Securities Exchange Act* (1934) – obrigando os administradores a investigar um mecanismo rápido e eficaz, de forma a combater toda esta mudança. *Vide* VASCONCELOS, Pedro Pais, - "*D&O Insurance: O seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anónima*", *in* *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos*, Almedina, Coimbra, 2007, p.1153 - 1182

¹³ No art. 72º n.º1 há uma manifestação de responsabilidade contratual, isto é, com o contrato de sociedade advém determinados deveres legais e estatutários para os administradores. Neste sentido, não está em causa a responsabilização do órgão em si, mas a responsabilização dos seus titulares de forma individualizada. É certo que a presunção de culpa *ius tantum* liberta o autor da ação de ter de provar que os demandados procederam com culpa, *vide* RAMOS, *O seguro de responsabilidade...* p.168 ob. Cit.687

realizarmos, uma comparação em conjunto com o direito anglo-saxónico. Na mesma linha de pensamento para PEDRO PAIS VASCONCELOS¹⁴, os administradores, com o aparecimento da *business judgment rule* estipulada no art. 72º nº2, passam a ter uma margem de manobra na adoção de decisões empresariais. Note-se que este artigo só exclui a responsabilidade dos administradores, desde que preenchidos os pressupostos e, desde que esteja em causa o dever geral de cuidado. Relativamente, ao dever de lealdade ainda não existe nenhum mecanismo de controlo de violação, talvez porque, como refere MARIA ELISABETE RAMOS “*envolve condutas menos visíveis*”.

Neste seguimento, importa perceber, em que medida o princípio da liberdade contratual e autonomia privada podem ter impacto na responsabilidade civil dos administradores, mais propriamente, nas cláusulas de limitação e exclusão da responsabilidade civil dos administradores.

2.2. Responsabilidade civil e a Autonomia privada

A liberdade é uma ideia intrínseca ao direito civil, desde logo, provém da existência do princípio da autonomia privada. De certa forma, é dada liberdade às partes para regular os seus interesses, num determinado negócio jurídico. Ora, dentro deste princípio está o princípio da liberdade contratual estipulado no art. 405º¹⁵ do Código Civil. A lei, no âmbito dos contratos, deu relevância ao princípio da liberdade contratual. Por este, entende-se que as partes se encontram de acordo relativamente à produção de determinados efeitos jurídicos, através de duas declarações no mesmo sentido, com repercussões na esfera jurídica das partes.

Neste sentido, podemos afirmar que o art. 74º trata-se de uma exceção ao princípio, anteriormente, referido. Desde logo, porque refere que “*é nula a cláusula inserta ou não em contrato de sociedade*”. Nesta linha de pensamento, a responsabilidade dos administradores, no futuro, estaria limitada ou excluída por estas cláusulas, por isto, e para que isto não fosse avante surgiu o art. 74º¹⁶ - embora com a

¹⁴ Também, no mesmo sentido, *vide*, *O seguro de responsabilidade...* p.173

¹⁵ “Dentro dos limites da lei, as partes têm a faculdade de fixar livremente o conteúdo dos contratos e de incluir nestes as cláusulas que lhes aprover”. Note-se que o legislador refere – dentro dos limites da lei- logo há restrições a este princípio. Desde logo, a norma, que nos importa – art. 809º CC- que vai no mesmo sentido do art. 74º, mas este último tende para uma maior rigidez, *vide* cit.696, *O seguro de responsabilidade ...* p.170

¹⁶ A nulidade deste artigo abrange a responsabilidade perante a sociedade e não para com a sociedade estipulada nos arts. 71º e 72º. Nestes, os administradores serão responsabilizados, individualmente, pelos seus atos ou omissões. Trata-se, assim, de uma responsabilidade interna para com a sociedade, mas que não significa que não possa haver responsabilidade delitual (extracontratual). Neste

reforma de 2006 não tenha sofrido qualquer alteração. Assim, estas cláusulas são nulas independentemente do grau de culpa dos administradores.¹⁷

Mas afinal o que são estas convenções de exclusão e de limitação? Ora, as convenções de exclusão são cláusulas que exoneram o administrador de, futuramente, vir a ser responsabilizado por atos praticados, independentemente do grau de culpa, privando, assim, os lesados de serem ressarcidos pelos danos sofridos. As convenções de limitação são cláusulas que limitam o montante indemnizatório, ou seja, os administradores serão responsáveis até um determinado montante, acima desse será o lesado a suportar o dano.

No nosso ordenamento jurídico, é notória a imperatividade do regime estipulado no art. 74º¹⁸ e, por consequente, a restrição ao princípio da autonomia privada e ao princípio da liberdade contratual. Esta imperatividade¹⁹ justifica-se pela existência de deveres gerais fundamentais – art. 64º - aos quais os administradores têm de ter por base nas suas atuações e decisões empresariais. No entanto, por vezes, é impossível determinar *a priori* se uma determinada conduta é adequada e necessária para a realização do interesse social. Assim, os administradores tomam determinadas decisões empresariais - sem qualquer intenção pessoal no benefício ou não que possam conseguir no futuro - que, devido ao grau de imprevisibilidade, poderá ser ruínosa para a sociedade. De qualquer forma, independentemente, do tipo societário, da dimensão da

caso, a imputação da responsabilidade será atribuída nos termos gerais do art. 483º CC, não se aplicando as normas societárias, principalmente, este art. 72º nº1 que visa, apenas, a responsabilidade obrigacional (contratual). Já os arts.78º nº5 e 79º nº2 remetem expressamente para o art. 74º nº1. Isto significa que, nestes artigos, existe uma responsabilidade perante a sociedade, credores sociais, sócios e terceiros – tratando-se de uma responsabilidade extracontratual. *Vide cit.687, O seguro de responsabilidade... p.168*

¹⁷ Quanto às cláusulas de agravamento da responsabilidade, o CSC não se pronuncia, pelo que se entendem válidas. No entanto, acarretam um risco de desincentivo à ocupação destes cargos da administração. CSC em Comentário, C. Abreu e M. Elisabete Ramos, Volume I, IDET – Códigos nº1, p. 869. Também, p.205 “*A responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas*” – Raúl Ventura/Luís Brito Correia.

¹⁸ A imperatividade deste regime é posta em causa, à partida, pelo art. 246º nº1 f) – *dependem de deliberação dos sócios a exoneração de responsabilidade dos gerentes ou membros do órgão de fiscalização*. Parece-nos, tal como MARIA ELISABETE RAMOS refere, que esta exoneração deve entender-se como renúncia ao direito de crédito à indemnização. Note-se que o art. 74º nº1 proíbe a renúncia de créditos ainda não constituídos, mas admite, a renúncia do crédito já constituído, desde que verificadas precondições. Portanto, o art. 246º nº1 f) está dependente de deliberação dos sócios, tendo em conta os requisitos estipulados no art. 74º nº2 – *O seguro de responsabilidade ... p. 170*

¹⁹ Em sentido contrário, na secção 102 (b) 7 DGCL abre-se caminho para a liberdade contratual. Neste segmento, a permissão para introduzir cláusulas de limitação e exclusão nos chamados “*certificate of incorporation*” confere às partes um grau razoável de autonomia – *O seguro de responsabilidade... p. 172*

sociedade, da sua atividade exercida ou estando em causa sociedades abertas ou não, são nulas.²⁰

2.3. A distinção entre o 809º CC e o artigo 74º nº1

No Código Civil de 1867, as cláusulas de limitação e exclusão chegaram a ser admitidas por interpretação extensiva²¹, ou seja, não existia uma norma expressa que ditasse a validade destas cláusulas, mas de acordo com o princípio da autonomia privada, essas, eram válidas. No entanto, o legislador “já não admitia que o devedor ficasse isento de responder em caso de dolo”²² nos termos dos arts. 668º e 1055º. Com a Primeira Revisão Ministerial surgiram algumas alterações, desde logo a nulidade das “convenções que excluam ou limitem antecipadamente a responsabilidade do devedor por dolo ou culpa grave”. Por conseguinte, a segunda revisão veio generalizar a proibição estipulada no atual art. 809º CC.

No Código Civil atual, por força do art. 809º CC, “é nula a cláusula pela qual o credor renuncia antecipadamente a qualquer dos direitos”²³ ainda não constituídos. Portanto, importa perceber que o art. 809º CC trata-se da norma geral, enquanto, que o art. 74º nº1 trata-se de uma norma especial²⁴. Daí, a necessidade de articulação entre ambos os artigos. Ora, do art. 809º CC retiramos que o credor não pode renunciar a um direito que ainda não se encontra constituído. A razão de ser deste preceito encontra-se, como refere ANTUNES VARELA, “na força intrínseca da juridicidade do vínculo obrigacional”.²⁵ Acompanhamos esta linha de pensamento, uma vez que, a renúncia a ser admitida estaria a limitar ou excluir a ilicitude de um ato futuro, que retiraria toda a força coerciva da obrigação.

²⁰ *O seguro de responsabilidade...* p.170. Este art. 74º não admite qualquer limitação ou exclusão da responsabilidade civil. Desta forma, parece notar-se que o regime jurídico societário é mais rigoroso que o regime jurídico civil.

²¹ Livro II, Título I, Capítulo V – Dos contratos e obrigações em geral, art. 672º CC.

²² PROENÇA, J. C. Brandão – Lições de Cumprimento e Não Cumprimento das Obrigações, p. 376, 2011

²³ No *Codice Civile Italiano* no seu art. 1229º é referido que “*E' nullo qualsiasi patto che esclude o limita preventivamente la responsabilità del debitore per dolo o per colpa grave.*” Afastam-se, portanto, os casos em que estejam em causa a culpa leve (ou por negligência).

²⁴ As normas jurídicas especiais consagram uma disciplina diferente para um restrito número de pessoas, mas não oposta ao regime comum das normas gerais. Neste sentido, enquanto o art. 809º CC se aplica a todos os contratos na sua generalidade, o art. 74º nº1 aplica-se apenas aos contratos celebrados entre administradores e sociedades onde se encontrem a exercer funções. *Introdução ao Estudo do Direito*, A. Santos Justo 4ª ed., p.149

²⁵ *Das obrigações em Geral II*, 7ª Ed. p. 137

Por conseguinte, importa perceber qual o alcance da renúncia estipulada no art. 809º CC, se parcial ou total. Ora, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES²⁶ entende tratar-se de uma renúncia total, significando que encontram-se proibidas as cláusulas de exclusão²⁷ de responsabilidade civil. Assim, com a validade destas cláusulas, o credor renunciaria, antecipadamente, a todos os direitos, que por sua natureza, advieram do contrato. Portanto, de forma intrínseca, ao não permitir as cláusulas de exclusão, admite as cláusulas de limitação da responsabilidade. Em sentido contrário, ANA PRATA²⁸ e FERNANDO PESSOA JORGE²⁹ entendem que o art. 809º CC abrange tanto uma renúncia parcial como uma renúncia total aos seus direitos, pelo que ambas as cláusulas de exclusão e limitação se encontram vedadas.

Face ao exposto, na nossa opinião, e atendendo aos elementos, histórico³⁰, teleológico e sistemático, referidos por BAPTISTA MACHADO³¹, a nulidade das cláusulas não tem que ver com a renúncia³² total ou parcial dos direitos ainda não constituídos. Assim, parece-nos que se o legislador pretendesse que as cláusulas de limitação fossem admitidas, o faria de forma expressa.

Debate-se, ainda, se o art. 809º CC é aplicável a todos os graus de culpa ou aplicável a determinados casos em que o devedor tenha agido com culpa leve, adotando assim, uma interpretação restritiva. Ora, o legislador não faz distinção entre os diferentes graus de culpa³³ – dolo, culpa grave ou culpa leve. E, mais uma vez, esta questão não tem uma solução unânime. Vejamos.

²⁶ Direito das Obrigações, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1980 p. 387

²⁷ *Las cláusulas de exoneración de responsabilidad por dolo son también contrarias a la moral, límite de la autonomía privada contractual, según resulta del artículo 1.255 del Código Civil.* – Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el derecho español ... José R. V. Beamonte p.39

²⁸ PRATA, Ana (1985) – Cláusulas de limitação e de exclusão de responsabilidade contratual: regime geral, Almedina, p.615

²⁹ Limitação convencional da responsabilidade *in* Separata do Boletim do Ministério da Justiça nº281, Lisboa, 1979 p.9

³⁰ Na 1ª Revisão Ministerial faziam referência, de forma, específica “à cláusula que exclua ou limite a responsabilidade” porquanto, com a norma atual contendem num preceito mais generalizado – “qualquer cláusula” – pelo que se torna suscetível a divergências.

³¹ Refere-se à atividade interpretativa à descoberta do “pensamento legislativo”. “Esta expressão propositadamente incolor, significa exatamente que o legislador não se quis comprometer.” – p. 188, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador.*

³² No direito espanhol “ *Del precepto de deduce la nulidad de las cláusulas de exoneración de responsabilidad, pero también de las cláusulas meramente limitativas, las cuales suponen una renuncia, no total, pero sí parcial de la acción*” – *Las cláusulas* ... José R. V. Beamonte p.42

³³ Na legislação espanhola as cláusulas com um sentido obscuro ou incerto são consideradas nulas. Tal como no direito anglo-saxónico, espanhol e francês, estas cláusulas são nulas quando o dano é devido a uma conduta praticada com dolo ou culpa grave. Bem como, os tribunais, perante um comportamento abusivo, interpretam estas cláusulas de forma restritiva *in* Meta, LV, 2, 2010 p.290 “Les clauses d’exonération de responsabilité: stratégies de traduction – CARMEN Bestué Salinas

A nosso ver, o caminho da interpretação restritiva não será a opção correta, devendo ser aplicável, independentemente do grau de culpa. Nesta linha de raciocínio, seguimos o pensamento do autor ANTUNES VARELA que entende a importância da letra da lei, declarando que a mesma não dá margem para tanto grau de incerteza.³⁴ Aliás, o art. 9º n.º 2 CC refere que “*não pode... ser considerado pelo intérprete o pensamento legislativo que não tenha na letra da lei um mínimo de correspondência verbal, ainda que imperfeitamente expresso*”. Por outro lado, não podemos descartar os elementos histórico, teleológico e sistemático, no sentido que VAZ SERRA, no seu articulado, sugeriu que as “*convenções que excluem ou limitam antecipadamente a responsabilidade do devedor por dolo ou culpa grave são nulas*”³⁵. Por efeito, as cláusulas limitativas³⁶ e excludentes da responsabilidade por culpa leve estariam fora do âmbito do art. 809º CC, portanto, seriam válidas³⁷, tendo só um único limite, o da ordem pública estipulado no art. 280º n.º 2 CC. No entanto, parece-nos que o legislador não quis acompanhar esta sugestão, tendo optado por uma norma generalizada a todos os graus de culpa.

No segmento, tal como o 809º CC, também o art. 74º n.º 1 tem força imperativa, significa que não podem ser afastados pelas partes³⁸. Desta forma, seguimos o pensamento de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO quando refere que “*seria um grave perigo erga omnes permitir atuações irresponsáveis*”³⁹. No mesmo sentido, “*uma cláusula que excluísse a responsabilidade por dolo retiraria, aliás, todo o carácter vinculativo ao contrato*”⁴⁰. Para o efeito, usamos como base de apoio a explicação de

³⁴ VARELA, J. M. Antunes, ob. cit., p. 137

³⁵ PROENÇA, Brandão, *Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações* p. 377

³⁶ Auditor's liability and its impact on the European Financial Markets, Walter Doralt, AAVV in Cambridge Law, Journal 67, March 2008 “*It is clear, for example, that a liability limitation can only apply to negligence and not to intentional wrongdoing*” p.63

³⁷ Entende, neste sentido, o autor PINTO MONTEIRO que se o DL n.º 446/85 no artigo 18º c) e d) proíbe as cláusulas que excluam ou limitem a responsabilidade por culpa grave ou dolo, significa que o legislador validou a hipótese de responsabilidade por culpa leve. *Vide* p. 382, *Lições de Cumprimento...*

³⁸ A experiência norte-americana - principalmente no estado *Delaware* - segue um caminho desregulador como é referido por MARIA ELISABETE RAMOS. O §102 (b) 7 do DGCL permite a inclusão de cláusulas limitadoras ou excludentes da responsabilidade dos administradores, com algumas limitações. Desde logo, proíbe em casos de: a) violação de dever de lealdade; b) atos ou omissões contrárias à boa fé, adotados em infração consciente da lei ou que envolvam uma ofensa intencional; e c) operações de que o administrador tenha retirado algum benefício indevido - *O seguro de responsabilidade ...* p. 172. Nesta linha de pensamento, no nosso ordenamento jurídico a norma é imperativa, não podendo ser afastada pelas partes, já no estado *Delaware* há autonomia na inclusão destas cláusulas, exceto nos casos já referidos.

³⁹ Código das sociedades comerciais anotado, 2014, p. 283

⁴⁰ Os administradores de Sociedades Anónimas, p. 604 ob. Cit. 24

ALMEIDA COSTA onde refere que o art. 74º nº1 “*estatui uma solução específica para o direito societário*”⁴¹.

Por conseguinte, entendemos que, neste âmbito, o direito societário é mais exigente que o direito civil⁴², enveredando pela nulidade das cláusulas de exclusão ou limitação de responsabilidade civil, independentemente do grau de culpa. Assim, sendo, tendo em conta que não apoiamos a interpretação restritiva do art. 809º CC⁴³, seguimos, também, este raciocínio quanto ao art. 74º nº1. Estamos perante dois artigos que prosseguem, exatamente, os mesmos fins, o de evitar a prática de atos ilícitos⁴⁴. No entanto, uma vez que, o direito societário se restringe a um certo número de pessoas, o seu regime torna-se mais severo que o regime geral.

O ponto seguinte irá incidir sobre os riscos da imperatividade do art. 74º nº1.

2.4. A imperatividade do regime do artigo 74º nº1 e os seus riscos

O artigo 74º nº1 trata-se de uma norma jurídica com função de vedar a limitação e exclusão de responsabilidade civil dos administradores perante a sociedade, sócios, credores sociais e terceiros⁴⁵. Desta forma, como verificamos anteriormente, está em causa uma norma jurídica imperativa à qual “*a sua aplicação não depende da vontade das partes*”⁴⁶.

Por conseguinte, não existe uma discricionariedade empresarial (não havendo muita margem de manobra na tomada de decisão), podendo, a isto, associar-se inumeráveis perigos. Desde logo, um dos inconvenientes, mais relevante é o da aversão ao risco. Neste sentido, importa referir, que está em causa o afastamento dos administradores com nível de qualidade profissional de excelência, que consequentemente, acarreta perigo de desistência de projetos que poderiam ser bastante benéficos para a sociedade. Sem dúvida, que este inconveniente provém de um excesso de zelo de que os administradores estão “obrigados” a adotar, para que no futuro não

⁴¹ RAMOS, Maria Elisabete – *Seguro de responsabilidade civil...*, p. 170 ob. Cit.696

⁴² J.M. Coutinho de Abreu/ Maria Elisabete Ramos – *Comentário ao código das sociedades comerciais – “o regime jurídico-societário (...) de responsabilidade civil é mais severo do que o jurídico-civil”*, p.869

⁴³ Como refere CALVÃO DA SILVA quem interprete o 809º CC de forma restritiva, deverá proceder à mesma interpretação para o artigo 74º nº1. Ver *Responsabilidade civil dos administradores não executivos* – Jornadas em Homenagem ao Prof. Raúl Ventura – Reforma CSC p.150

⁴⁴ A nosso ver, a aceitar estas cláusulas, retiraríamos o efeito útil da obrigação, aliás, acarretava um risco sério para os lesados, de no futuro, não serem ressarcidos pelos danos sofridos.

⁴⁵ Arts. 75º ss.

⁴⁶ JUSTO, A. Santos p. 146

sejam responsabilizados por uma conduta que, na altura, pensaram ser eficiente e eficaz para a prossecução do interesse social. Nesta linha de pensamento, os administradores perante a adoção de uma decisão básica empresarial, solicitarão pareceres⁴⁷ jurídicos, económicos, bancários, entre outros, para que no futuro não se deparem com uma ação de responsabilização. Neste sentido, seguimos o pensamento de CÁNDIDO PAZ-ARES⁴⁸, para demonstrar de facto que estes pareceres, por vezes, não são benéficos para a sociedade, para além de que acarretam custos acrescidos. Consequentemente, o risco⁴⁹ encontrando-se inerente ao exercício das funções de um administrador provocará desta forma, um entrave à inovação e competitividade no mercado.

Por conseguinte, CÁNDIDO PAZ-ARES refere-se a dois fenómenos, que a nosso ver, são importantes – “*murallas de papel*” e “*conservadurismo*” - para a compreensão destes perigos decorrentes da responsabilidade civil. O fenómeno das “*murallas de papel*” consiste no facto de os administradores para evitarem a ocorrência de riscos, e de forma acautelarem a sua posição, procuram criar rigorosas barreiras defensivas para qualquer intervenção em que se vejam envolvidos. O fenómeno “*conservadurismo*” consiste, no inconveniente da aversão ao risco. Significa que, os administradores projetam nas suas estratégias de mercado um risco inferior ao que seria conveniente. Neste sentido, “*inércia conservadora*” promove negócios com reduzido grau de rentabilidade, uma vez que o risco se encontra associado a estratégias de negócio que, futuramente, poderão vir a ser altamente rentáveis. Portanto, os administradores estarão, cada vez menos, predispostos a realizar negócios arriscados, tentando procurar estratégias diversificadas para enfrentar o momento da decisão.

Nesta linha de pensamento, também na legislação societária norte-americana⁵⁰ colocam-se os mesmos entraves. Os administradores, com receio de serem alvo de ações

⁴⁷ FERREIRA, Bruno- A responsabilidade dos administradores e deveres de cuidado enquanto estratégias de *Corporate Governance* in Caderno dos Valores Mobiliários nº30 p. 16

⁴⁸ “*A menudo, provocan un dispendio poco productivo de los recursos de la sociedad, tanto en términos de tiempo gerencial como de dinero de caja*” p.10

⁴⁹ Tal como referem Ricardo Costa/ Gabriela Figueiredo Dias: “*o risco, que se associa à inovação e à criatividade, é um elemento natural e intrínseco das decisões empresariais que favorecem o interesse social e, assim, beneficiam a sociedade e os sócios*”. Código das Sociedades Comerciais em Comentário, (Jorge M. Coutinho Abreu (coord), Volume I, Almedina, Coimbra, 2010, p.727. Neste sentido, Cándido Paz-Ares “*nuestro desafío es crear las condiciones más propicias para el desarrollo de una cultura de riesgo e innovación*” p.32

⁵⁰ BAINBRIDGE, Stephen M., "Why a board? Group Decision-making in Corporate Governance", in *Vanderbilt Law Review*, Vol. 55, 2002, disponível em <http://ssrn.com/abstract=266683>, p. 50.

judiciais de responsabilização por parte dos acionistas, estarão mais preocupados em protegerem-se, do que prosperarem e rentabilizarem o negócio da sociedade⁵¹.

Além do referido, BRUNO FERREIRA menciona, outro inconveniente que acarreta repercussão na sociedade. O aumento dos riscos a que os administradores estão sujeitos faz com que as suas posições se tornem menos atrativas. Assim, com este entrave para as sociedades comerciais o recrutamento de administradores hábeis torna-se um processo difícil. De forma a combater este flagelo e na tentativa de compensar os riscos elevados a que os administradores estão sujeitos, uma reação possível por parte destes seria o aumento da sua remuneração. De certa maneira, esta reação seria uma mais-valia para os administradores, mas um custo acrescido para a sociedade. No entanto, este custo acrescido, poderia vir a dar frutos no futuro, uma vez que, os administradores se sentiriam mais seguros e mais recompensados.

2.5. Os deveres gerais dos administradores e a sua relação com o artigo 74º nº1 CSC

No artigo 64º CSC está consagrado os deveres gerais dos administradores, desde logo, o dever de cuidado⁵² e dever de lealdade. Mas, até à reforma de 2006, este artigo⁵³ apenas consagrava o dever de diligência. Com o DL n.º76- A/2006, de 29 de março – maior reforma na legislação societária – o artigo 64º sofreu uma reestruturação, sendo o nº1 dividido em duas alíneas. Os deveres gerais de cuidado e de lealdade figuram, principalmente, cláusulas gerais e abstratas, no sentido de que são princípios que orientam o comportamento do administrador nas decisões empresariais. Mas, para melhor concretização destes é necessária a existência de deveres específicos referentes a um determinado caso.

É de notar que o tratamento desta matéria constitui um grau elevado de sensibilidade e delicadeza no âmbito do direito societário, não só entre nós, mas também no direito comparado. Neste sentido, citamos a frase de BRUNO FERREIRA -

⁵¹“*Beyond that point, fear of liability will do more harm than good by diverting the board’s limited attention to activities designed to protect against personal risk and away from activities with greater potential to increase company value*”. Brian R. Cheffins and Bernard S. Black – Outside Director Liability Across Countries in University of Texas at Austin School of Law, working paper no.226 p.1479

⁵² De acordo com o §93º AKTG: “Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden” isto significa que, os membros do conselho de administração devem exercer os cuidados de um administrador prudente e consciente no exercício da sua atividade de gestão.

⁵³ Na sua redação original o artigo 64º DL 262/86 de 2 de setembro alegava que: “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 accionistas e dos trabalhadores.”

que se adequa de uma forma clara ao tema em apreço – “*a ponderação entre todos estes fatores e a determinação do nível ótimo de risco a que devem estar sujeitos os administradores e gerentes não obtém uma resposta única*”. Explicaremos num momento oportuno o sentido desta frase. Entretanto expomos uma breve explicação acerca de cada dever geral – cuidado e lealdade.

Ora, por dever de cuidado entende-se a função de administrar, isto é, através dos conhecimentos adquiridos e adequados à sua função (administrador e/ou gerente), conduzir a gestão da sociedade de maneira a que se produza o efeito esperado, respeitando o interesse social. Neste sentido, o administrador tem a obrigação de controlar a gestão da sociedade, tornando-a o mais lucrativa possível. A título de exemplo, o legislador dá a conhecer, determinadas circunstâncias a serem valoradas no momento de avaliação da conduta do administrador. Desde logo, “*a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade (...)*”. Estes aspetos serão solicitados no momento da avaliação da conduta juntamente com o grau de diligência de um gestor criterioso e ordenado⁵⁴. Neste sentido, um administrador é, como refere MENEZES CORDEIRO “*um especialista fiduciário que gere bens alheios*”⁵⁵. Ora, são especialistas dotados de um elevado grau de competência e qualidade que compreendem as técnicas mais adequadas na tomada de decisão. Para além de que, salienta-se o facto de no próprio artigo 64º nº1 a) pode observar-se “*uma cláusula geral de atuação cuidadosa*” separada de um critério de diligência exigida ao administrador no cumprimento da cláusula geral⁵⁶.

O dever de lealdade, previsto no artigo 64º nº1 b), na sua vertente positiva, refere que os administradores, no exercício das suas funções, terão de ter em conta o interesse social, afastando-se, assim, do interesse pessoal. Já, na sua vertente negativa, entende que os administradores devem abster-se de comportamentos, que de forma direta ou indireta, beneficiem o seu interesse ou interesses alheios.

Neste contexto, seguimos o pensamento de CARNEIRO da FRADA quando refere que “*os administradores devem, portanto, ser leais a todos... sendo que podemos distinguir entre lealdade qualificada e lealdade comum, mas a primeira não ilida a*

⁵⁴ Critério mais exigente que “um bom pai de família” estipulado no artigo 487º nº2 CC

⁵⁵ Artigo 64º CSC anotado, pp. 253

⁵⁶ Respostas à Consulta Pública nº 1/2006 sobre Alterações ao Código das Sociedades Comerciais, 2ª questões principais

segunda”.⁵⁷ A lealdade é um valor absoluto, onde não existe hierarquias, ou seja, a lealdade deve-se sempre. Desta forma, o dever de lealdade trata-se, apenas, de uma concretização do princípio da boa-fé, estipulado no artigo 762 n.º 2 CC⁵⁸. O dever de lealdade inspira-se neste princípio, mas acarreta uma intensidade de confiança acrescida, dada a natureza fiduciária existente na relação da administração⁵⁹.

Nesta linha de pensamento, o dever de lealdade, nos termos da alínea b) refere que os administradores, de forma, a concretizar os interesses da sociedade devem atender “aos interesses a longo prazo dos sócios e ponderando os interesses de outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores”.

Apresenta-se, neste artigo, uma conceção institucionalista, no sentido que, o interesse social exigido conjuga-se com o interesse dos sócios e com as demais categorias de sujeitos – trabalhadores, clientes e credores⁶⁰. É de notar-se que o interesse dos sócios, só será interesse em si mesmo, quando estiver em causa o fim lucrativo.

Por conseguinte, uma outra questão que é suscitada no artigo em apreço é a existência ou não de hierarquia nos interesses estabelecidos no mesmo. Neste sentido, a doutrina dominante, e a nosso ver de forma correta, estabelece uma distinção entre um plano principal – interesses dos sócios a longo prazo⁶¹ – e um plano secundário – interesses dos demais sujeitos, chamados *stakeholders*⁶². Esta não se trata de uma distinção⁶³ una, existem inúmeras, mas a que nos parece mais adequada é a que referimos⁶⁴.

⁵⁷ *A business...* cit. p. 218-21

⁵⁸ LEITÃO, Adelaide M. – Responsabilidade dos administradores. “Dentro deste, o subprincípio da tutela da confiança.” P.664-665

⁵⁹ RICARDO Costa/ G. Figueiredo Dias. Artigo 64.º CSC em comentário, p. 743-744

⁶⁰ Contrariamente, à conceção contratualista que entende que interesse social corresponde apenas ao “interesse comum dos sócios enquanto tais”, não existindo um “interesse próprio” da sociedade distinto do dos sócios. – C. Abreu, Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social, em IDET, Reformas do Código das Sociedades Comerciais, Colóquios n.º 3, Almedina, 2007, p. 31-35.

⁶¹ VASCONCELOS, Pedro P. – Responsabilidade civil dos gestores, p. 20. Alude a uma “perspetiva de investimento não especulativo”. Refere-se ao não prejudicar a sociedade tendo por base a obtenção de lucros imediatos.

⁶² Entre eles, os acionistas, clientes, fornecedores, ou seja, todos os que se relacionam com a empresa. G. Figueiredo Dias – O financiamento e governos das sociedades (*debt governance*): o terceiro poder. III Congresso *in* Direito das Sociedades em Revista p. 363. Ainda, no mesmo sentido, Paulo Olavo Cunha, refere-se a estes como “aqueles com um interesse legítimo no adequado funcionamento da sociedade – Direito das Sociedades Comerciais p. 570-573

⁶³ “a) interesse social primário e secundário; b) distinção entre lealdade qualificada e lealdade comum; c) convocação de regras do governo das sociedades; d) interesse social enquanto conjugação dos

De certa forma, é notória a primazia dada aos sócios. Na realidade, os sócios afiguram-se como elementos essenciais para uma sociedade. Desde logo, têm permissão, através de uma deliberação, para alterar o contrato de sociedade, suprimindo ou modificando as cláusulas nos termos do art. 85º nº1. Também, dependem de deliberação dos sócios, as matérias descritas no arts. 256º 1, 257º e 373º.

Relativamente aos clientes, embora a sua importância varie consoante a sociedade em causa, é um fator imprescindível para a sobrevivência da sociedade. Significa que para satisfazer o interesse dos sócios, a curto prazo e a longo prazo, os serviços e produtos oferecidos pela sociedade terão de ter em conta as necessidades dos clientes. Os clientes, intitulados por consumidores, serão o fio condutor para obtenção de lucro na sociedade.

Já, a referência aos credores é mais duvidosa, pois parecem não assumir um papel decisivo no crescimento e evolução da sociedade. A verdade, é que carece de tutela, mas esta encontra-se acautelada, primeiro pela existência de deveres gerais e específicos aos quais os administradores se encontram sujeitos. E, segundo, também se encontram acautelados, nos termos do art. 78º nº1, aludindo ao facto da possibilidade de os administradores virem a ser responsabilizados *“para com os credores da sociedade (...) quando o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respetivos créditos”*. A justificação que parece ser a mais plausível é a de evitar a possibilidade de comportamentos por parte dos administradores, de modo, à obtenção de lucros imediatos, inviabilizando, assim, o pagamento dos créditos aos seus titulares.

Por conseguinte, o artigo esconde determinados problemas práticos. Vejamos, que se os administradores, nas suas condutas, não tiverem em consideração os interesses dos demais sujeitos, não acarreta qualquer sanção. Em sentido contrário, o mesmo já não acontece com os sócios que têm o poder, por exemplo, para destituir os administradores e responsabilizá-los pelos danos causados à sociedade. Seguimos, a linha de pensamento de COUTINHO DE ABREU quando refere que o art. 64º nº1 b)⁶⁵ é *“uma expressão de retórica normativa balofa e potencialmente desresponsabilizadora dos administradores”*. O facto de não existir taxatividade dos interesses referidos no artigo,

interesses dos sócios e de outros sujeitos ligados à sociedade; e) regra gerais/regras especiais e derrogação daquelas por estas.” *Seguro de responsabilidade civil*...p. 115

⁶⁴ Apoiamo-nos no pensamento de MARIA Elisabete Ramos p. 115 *Seguro de responsabilidade civil*...

⁶⁵ *“Apesar de inserida no final do artigo 64º nº1 a), a diligência dá corpo a todos os deveres dos administradores, explicando a intensidade requerida na sua execução”*. M. Cordeiro, CSC anotado p.253

torna mais fácil para o administrador justificar-se relativamente a qualquer atuação menos desejável.

2.5.1. Artigo 74º nº1 e violação dos deveres gerais

O legislador português optou por não diferenciar as consequências de violação dos deveres de cuidado e de lealdade. Neste sentido, a proibição do artigo 74º nº1, abrange qualquer convenção que limite ou exclua a responsabilidade dos administradores, aquando da violação dos seus deveres gerais.

No entanto, nos Estados Unidos da América, embora não exista uma legislação uniformizada para todos os estados há diferenciação na consequência a se ter em caso de violação do dever de lealdade (*duty of loyalty*) e do dever de cuidado (*duty of care*)⁶⁶. Neste sentido, tal como em Portugal, nos EUA as atuações dos administradores regem-se por deveres fiduciários. A diferença encontra-se no facto de, nos EUA, ser permitida a inclusão destas cláusulas unicamente nos casos em que esteja em causa a violação de *duty of care*⁶⁷. O *duty of care*⁶⁸ como refere BRUNO FERREIRA “*não é mais que uma aplicação especial de um mais geral dever de cuidado que resulta dos princípios gerais de negligence law*”.

Ora, a secção 8.30 do MBCA estabelece as condutas que os administradores devem ter em atenção, aquando da sua atuação – a) atuar de boa-fé; b) atuar de forma informada e consciente; e c) atuar de forma a prosseguir o interesse social. Neste sentido, também o artigo 64º nº1 a) refere estes aspetos. Assim, parece existir uma paridade entre a legislação americana e a legislação portuguesa, no que diz respeito ao dever de cuidado. BRUNO FERREIRA salienta alguns sub-deveres resultantes do dever de cuidado (*duty of care*), sendo que estes podem ter duas classificações: 1) os respeitantes à tomada de decisões⁶⁹; e os 2) fora do âmbito da tomada de decisões⁷⁰.

⁶⁶ G20 / OECD Principles of Corporate Governance, Título VI – The responsibilities of the board pp. 52. Definem dever de cuidado: “*The duty of care requires board members to act on a fully informed basis, in good faith, with due diligence and care*”. Já quanto ao dever de lealdade entendem ser um dever de elevada importância, no sentido que “*underpins effective implementation of other principles*”. Os quais, também, se encontram referidos na Secção 8.30 a) e b) MBCA.

⁶⁷ No § 102 (b) 7 DGCL impede a inclusão das cláusulas de limitação e exclusão quando esteja em causa a violação do dever de lealdade.

⁶⁸ Este dever surgiu no século XIX nos tribunais norte-americanos. E, a partir do século XX começou a ser transposto para disposições legais – Bruno Ferreira, dezembro de 2008 in CVM nº31 ... p.12

⁶⁹ Por exemplo, dever de preparação adequada de decisões de gestão, dever de tomar decisões de gestão racionais e razoáveis, p. 29

⁷⁰ Tais como, dever de vigilância (*duty to monitor*), dever de investigação (*duty to enquire*) p.30

Por conseguinte, o *duty of loyalty*, como referido nos PCG é “*of central importance*”. Nesta linha de pensamento, refere MARIA ELISABETE RAMOS que o dever de lealdade é a preocupação fundamental em qualquer sistema de responsabilidade civil, uma vez que é o que beneficia mais aos infratores. O dever de lealdade refere que, no exercício das suas funções, os administradores têm de prosseguir o interesse da sociedade⁷¹, ainda que exista um interesse pessoal. Daí, o papel tão fulcral deste dever⁷², pois regula os conflitos de interesses existentes, aquando da sua conduta. Também, deste dever geral decorrem sub-deveres, desde logo, a obrigação de não concorrência para com a sociedade⁷³; o impedimento de um administrador – que de forma a prosseguir o seu interesse pessoal, no exercício das suas funções - aproveitar uma oportunidade de negócio em detrimento da sociedade⁷⁴; a proibição do uso de bens e informações pertencentes à sociedade, para seu benefício⁷⁵.

É de notar a severidade com que é tratada a violação do dever de lealdade na experiência norte-americana. MARIA ELISABETE RAMOS salienta que “*reserva-se à violação do duty of care uma «política de indulgência, enquanto é de severidade a marca imprimida às reações à violação do duty of loyalty.*” Contrariamente ao que acontece na experiência europeia, MARIA ELISABETE RAMOS refere que o CSC preferiu pela “*uniformização de regime de responsabilidade civil*”. No entanto, acompanhamos a mesma linha de pensamento de CÁNDIDO PAZ-ARES⁷⁶ quando refere que “*nuestro razonamiento arranca de la necesidad de diferenciar o diversificar el régimen de responsabilidad en función de la distinta naturaleza de los deberes objeto de infracción*”.

2.5.2. Artigo 72º nº2 e exclusão da responsabilidade civil do administrador

A partir da década de 80 do século XIX ocorreram determinantes mudanças na responsabilidade civil dos administradores⁷⁷. Até aí, a *business judgment rule* era

⁷¹ Como refere LYMAN Johnson/MARK A. Sides “*regardless of his motive, a director who consciously disregards his duties to the corporation and its stockholders may suffer a personal judgment for monetary damages for any harm he causes*”

⁷² RAMOS, Maria Elisabete *in* Boletim da Faculdade de Direito nº 84, 2008 – Debates atuais em torno da responsabilidade p. 598

⁷³ Maria Elisabete Ramos pp. 602; “Questões de Tutela de Credores e de Sócios das Sociedades Comerciais” – o dever de lealdade dos administradores e o desvio de oportunidades, AAVV, p. 95

⁷⁴ Maria Elisabete Ramos p. 602; *idem*, p.92

⁷⁵ Maria Elisabete Ramos p. 601

⁷⁶ Ob. Cit. p.5 ss *La responsabilidad de los administradores...*

⁷⁷ Neste sentido, alguns dos casos que determinaram esta mudança foram: *Francisc v United Jersey Bank do Supreme Court of New Jersey (1981)*; *Smith v Van Gorkom do Supreme Court of*

aplicada de uma forma “liberal”⁷⁸, ou seja, nos casos em que os administradores não tivessem qualquer interesse económico e a decisão não tivesse sido tomada de forma irracional, pouca importância era dada, ao facto de estarmos perante uma decisão ponderada e informada. Neste sentido, eram poucos os casos em que os administradores eram acusados de violação do dever de cuidado.

De seguida, iremos expor, de forma breve, os casos norte-americanos que determinaram esta mudança.

No caso *Francis v United Jersey Bank* o administrador teria sido designado formalmente, não desempenhando quaisquer funções de facto. Neste sentido, o *Supreme Court of New Jersey* entendeu que o administrador mesmo com uma designação formal, teria a obrigação de se manter informado sobre as decisões e atividades da sociedade.

No caso *Smith v Van Gorkom* estamos perante uma avaliação de proposta de fusão, à qual o *Delaware Supreme Court* entendeu que os administradores atuaram com *gross negligence*, pois quando se tomam decisões devem-no fazer de forma informada e deliberada. No entanto, consideraram que os administradores teriam atuado de boa-fé. Assim, este caso foi um impulsionador da alteração legislativa do estado *Delaware*, criando a *Section 102 (b) 7 DGCL* permitindo a inclusão de uma cláusula que excluísse a responsabilidade em casos em que os administradores atuassem de boa-fé.

Por conseguinte, o dever de cuidado pode subdividir-se em duas partes: aquando da tomada de decisão e fora do âmbito da decisão. Salientamos que a *business judgment rule*, estipulada no art. 72º nº2, só exclui a violação do dever de cuidado quando esteja em causa uma decisão empresarial que possa vir a ser razoavelmente avaliada aquando da sua atuação.

Portanto, aquando da tomada de decisão são muitos os fundamentos para a necessidade da *business judgment rule*. Desde logo, o reconhecimento de que os administradores, ainda que informados e bem-intencionados, possam tomar decisões que *a posteriori* poderão ser catastróficas para a sociedade. Com refere BRUNO FERREIRA “*não existe um dever de não cometer erros de gestão, mas que os erros de gestão dos administradores serão relevantes*”⁷⁹. A nosso ver, não está em causa a incompetência de um administrador, mas, o facto de as próprias decisões empresariais envolver frequentemente riscos e incertezas. Nesta linha de pensamento, nas palavras de

Delaware (1985) e Hanson Trust Plc v ML SCM Acquisition Inc: do United States Second Circuit Court of Appeals (1986). Os deveres de cuidado...p.15.

⁷⁸ Idem p. 15

⁷⁹ Idem p.40

BRUNO FERREIRA, devem os administradores ter uma margem de discricionariedade “*livre do escrutínio do tribunal*”. Esta expressão refere-se ao facto de, anteriormente, o tribunal ser incumbido de apreciação do cumprimento dos deveres de gestão. E, desta forma, como é referido pela CVMV ““ (...) *desde que reunidos certos pressupostos, designadamente, a ausência de conflito de interesses e um adequado esforço informativo, o juiz abster-se-á de aferir do mérito da atuação do administrador*”⁸⁰”. A transposição deste mecanismo para o art. 72º n.º2⁸¹ veio dos EUA, uma vez que já se encontrava estabelecido nos *Principles of Corporate Governance* §4.01.

Adicionalmente importa referir, que no regime societário português, no artigo em apreço, está consagrada uma presunção de ilicitude – “*é excluída se (...) provar que atuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal ou segundo critérios de racionalidade empresarial*”⁸² - contrariamente à ordem jurídica norte-americana, que consagra uma presunção de licitude. Ora, o legislador, tendo em conta o regime geral da responsabilidade civil português, optou pela consagração desta presunção, de acordo com o espírito da lei.

Sintetizando, aquando da tomada de decisão, os administradores têm o dever de preparar adequadamente as decisões de gestão, tendo por base a informação obtida. É de salientar que o procedimento instituído e o nível de esforço empregado pelo administrador dependerão sempre das circunstâncias que rodeiam a tomada de decisão, desde logo, a importância da mesma, a urgência e o custo da informação⁸³. Neste sentido, “*os administradores têm uma margem de discricionariedade na determinação que consideram mais convenientes ou oportunos para a prossecução do interesse social*”⁸⁴. Assim, depreende-se que, na tomada de decisão o administrador terá de ter em conta um grau de racionalidade, de modo a que a decisão seja coerente e compreensível, tornando as decisões de gestão razoáveis. No entanto, existem decisões com maior ou menor grau de risco, nestas o administrador terá de adotar a decisão, no mesmo sentido, que adotaria um gestor criterioso e ordenado.

⁸⁰ Processo de Consulta Pública nº 1/2006, Governo das Sociedades Anónimas: Propostas de Alteração ao Código das Sociedades Comerciais, CMVM, janeiro, 2006, pp. 17

⁸¹ Refere que “*a responsabilidade é excluída se algumas das pessoas referidas no número anterior provar que atuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial*”.

⁸² Art. 72º n.º2

⁸³ FERREIRA, Bruno p.41

Por outro lado, os administradores também têm deveres fora do âmbito da tomada de decisão, nomeadamente, o dever de vigilância (*duty to monitor*) e investigação (*duty to enquire*). O primeiro refere que o administrador deverá possuir um controlo da informação. O segundo impõe uma investigação na ocorrência de um facto estranho à sociedade, o qual possa causar danos à mesma.

O mecanismo da *business judgment rule*, surgiu, pela primeira vez, no direito societário português com o intuito de proteger os administradores bem-intencionados, em determinadas situações. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS ⁸⁵ refere que podemos estar perante um mecanismo mitigado, isto é, não resulta de uma verdadeira proteção para os administradores. Nesta linha de pensamento, se os administradores não conseguirem provar os requisitos do art.72º nº2, a ilicitude e a culpa não serão afastadas. Desta forma, os administradores estão sujeitos à avaliação do mérito da decisão podendo vir a ser responsabilizados perante a sociedade.

⁸⁵ FERREIRA, Bruno p.43

⁸⁵ Dias, G. F. (2006). Controlo de Contas e Responsabilidades dos ROC. In R. C. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Temas Societários, (Colóquios n. º2, pp. 155-207). Coimbra: Almedina.

CAPÍTULO III: A EFETIVAÇÃO DA RESPONSABILIDADE

3. A relação do artigo 74 nº1 CSC com o grau de litigância em Portugal em comparação com os EUA

A reforma societária de 2006⁸⁶ possibilitou teoricamente, uma maior responsabilidade para os administradores, não só quanto à sua atuação, mas também, quanto ao incumprimento dos deveres gerais, nomeadamente o dever de cuidado. Neste sentido, acreditamos que, quanto maior for o nível de litigância, maior será o risco de o administrador ser alvo de uma ação judicial de responsabilização.

Ora, nas palavras de BRUNO FERREIRA, “a falta de ocorrências judiciais relacionadas com a responsabilidade dos administradores por danos por si causados parece ser um dos pressupostos da Reforma de 2006”⁸⁷. Significa isto que a sociedade portuguesa não tem como hábito litigar contra os administradores/gerentes da sociedade no exercício das suas funções. Contrariamente à sociedade norte-americana que é altamente litigiosa⁸⁸.

Nesta linha de raciocínio, uma das justificações para esta discrepância entre culturas dá-se pelo facto de no sistema português, na propositura da ação, terem de ser pagas taxas de justiça⁸⁹. Estas atingem valores muito elevados que, de certa forma, desencorajam o recurso à ação judicial.

Por outro lado, vigora, em Portugal, o princípio da sucumbência⁹⁰, ou seja, a parte vencida é responsável pelo pagamento das custas da parte vencedora, bem como dos honorários do mandatário, taxas de justiça, entre outros encargos. Em contrapartida, nos EUA vigora a “*American Rule*”⁹¹, o que significa que cada parte é responsável por si,

⁸⁶ Proposta de alteração ao Código das Sociedades Comerciais – Processo Consulta pública nº1/2006 p.18

⁸⁷ A responsabilidade dos administradores e os deveres de cuidado enquanto estratégias de *corporate governance* in CVM nº30, 2008, www.cvm.pt, p.12

⁸⁸ RAMOS, Maria Elisabete – *O seguro de responsabilidade...* p.175

⁸⁹ Contrariamente à sociedade norte-americana: “The last element of litigation cost that could deter derivative suits is the high up-front fees that a plaintiff has to pay to the court in order to commence the suit”. Martin Gelter, “Why do shareholder derivative suits remain rare in Continental Europe?”, in Brooklyn Journal of International Law, Vol. 37, No. 3, 2012, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2000814>, p.86

⁹⁰ “European countries generally apply what in the United States is often called the “English Rule”: the losing party has to reimburse the winning party for litigation costs” idem. p.862

⁹¹ “The “American Rule” in civil procedure, which requires that each party pays its own cost regardless of the outcome, could in theory deter some prospective suits that have a high probability of success”. Idem. p. 861

isto é, cada parte tem de pagar as custas, independentemente do resultado da ação. É certo que, contrariamente aos EUA, na sociedade portuguesa há uma maior ponderação, aquando da propositura da ação. Pois a existência do risco de serem condenados no pagamento das custas da parte vencedora inviabiliza o recurso ao tribunal.

Por conseguinte, o pagamento dos honorários ao advogado torna mais oneroso o recurso ao tribunal. Ora, a lei portuguesa, no seu artigo 101º Estatuto da Ordem dos Advogados consagra a proibição de pactos da “*quota litis*”. Por isto, entende-se que os honorários dos advogados não ficam dependentes do sucesso da ação, tendo que ser pagos independentemente do sucesso da ação⁹². Apesar do acesso à via judicial ser um direito social, ele torna-se restrito a uma parte da população devido a vários fatores económicos, impossibilitando o contato de uma pessoa ao poder judicial.

Já no sistema norte-americano permitem-se os chamados “*contingent fees*”⁹³, ou seja, os honorários dos advogados estão associados ao sucesso da ação, levando à correspondência do pagamento com uma percentagem da indemnização obtida. Como refere MARIA ELISABETE RAMOS “*vive-se a cultura da «regulation through litigation»*». Nesta linha de pensamento, por todas as razões já referidas, verificamos que na sociedade norte-americana existe um maior número de litígios, comparativamente à sociedade portuguesa. Desta forma, os administradores e gerentes, que se encontram, num patamar de nível elevado, têm de ter também um grau elevado de diligência nas suas atuações, sob pena de serem responsabilizados.

Nos EUA as grandes sociedades são numerosas, tendo uma maior capacidade económica, concretizando, assim, inúmeras transações milionárias. Contrariamente a Portugal. BRUNO FERREIRA refere que o tipo societário em Portugal predominante é o da sociedade por quotas, normalmente de natureza familiar⁹⁴.

Por isto, entende-se o facto de os administradores dos EUA estarem mais sujeitos a ações judiciais de responsabilização, contrariamente aos das sociedades portuguesas.

⁹² Na nossa opinião, por vezes, poderá ser favorável a existência desta norma. Pois, enquanto agora há uma maior ponderação no recurso à via judicial, se não existisse esta proibição, qualquer ação irrelevante, iria para o tribunal, obstruindo assim os tribunais com ações sem qualquer fundamento. As chamadas “*strike suits*”, isto é, intentada ação com base num litígio desprovido de fundamento. Maria Elisabete Ramos “Risco de responsabilização dos administradores – entre a previsão legislativa e a decisão jurisprudencial in Direito das Sociedades em Revista, ano 7, volume 13, 2015 p. 73

⁹³ Idem p.73

⁹⁴ Num estudo da jurisprudência dos tribunais superiores portugueses, relativamente à questão da responsabilidade civil dos administradores e gerentes, verificou-se a existirem, de apenas 46 acórdãos nos últimos 20 anos. Muitos, destes acórdãos tinham, que ver com a responsabilidade civil dos gerentes, uma vez que o tipo societário predominante é precisamente o da sociedade por quotas. Ver Bruno Ferreira, CVM nº30 p.12; no mesmo sentido “*risco de responsabilização dos administradores...*” p. 71

Assim, MARIA ELISABETE RAMOS refere que, “em matéria de efetivação da responsabilidade civil pela administração da sociedade, o diagnóstico é de *infralitimância*”⁹⁵.

Por conseguinte, teremos de referir duas ações com um grau de importância considerável no ressarcimento dos danos causados aos lesados – ação social *ut universi* e a ação social *ut singuli*.

3.1. Ação social *ut universi*

A ação social *ut universi* está consagrada no art. 72º, pelo qual “os gerentes ou administradores respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados”. Trata-se, portanto, de uma responsabilidade individual de cada um dos administradores para com a sociedade. A sociedade é a própria autora da ação contra um dos administradores/gerentes de forma individualizada.

Por conseguinte, a ação da sociedade depende da deliberação dos sócios, como previsto no art. 75º n.º1⁹⁶. Fundamento este que tem elevada importância nos países *civil law*, como é referido por BRUNO FERREIRA, “tendo em conta a relação de maior proximidade entre acionistas e administradores resultante da menor dispersão do capital social”⁹⁷. Isto leva a que haja uma maior resistência por parte dos acionistas de controlo em responsabilizar os administradores, uma vez que é notória a sua relação de proximidade⁹⁸. Adicionalmente, os administradores podem ser designados no contrato de sociedade ou eleitos pela assembleia geral ou constitutiva, como consagra o art. 391º n.º1. Assim, sempre que na sociedade existam acionistas de controlo, destes dependeu a eleição dos administradores.

Neste sentido, verificamos que já na eleição dos administradores os acionistas, nomeadamente, de controlo encontram-se numa relação de proximidade com aqueles. Assim, de acordo com o art. 75º n.º1 é previsível a não aprovação da deliberação que conduza à ação de responsabilização dos administradores e gerentes. O mesmo acontece nas sociedades por quotas - trata-se de sociedades de cariz familiar -, onde as relações são de parentesco entre os sócios e os gerentes.

⁹⁵ Idem p.70

⁹⁶ RAMOS, Maria Elisabete “Corporate governance and directors’ liability some remarks from the portuguese legal experience” https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2985822 p.5

⁹⁷ A responsabilidade dos administradores... CVM n.º30, p. 15

⁹⁸ Idem p.15

3.2. Ação social *ut singuli*

A ação social *ut singuli* está consagrada no art. 77º nº1, permitindo, assim, que os sócios se substituam à sociedade na propositura da ação, quando esta não intente ação ou não o faça no prazo legalmente previsto de seis meses – art. 75º nº1⁹⁹. Ora, uma vez que a propositura da ação é em benefício da sociedade, esta é a credora da indemnização, não se descartando a hipótese de os sócios virem a beneficiar, mas de forma indireta¹⁰⁰.

Como refere MARIA FÁTIMA RIBEIRO

ficam reflexamente tutelados os interesses patrimoniais destes sócios (apesar de resultar de vários estudos (...) que, ainda que o montante global da indemnização a pagar pelos administradores demandados à sociedade venha a ser significativo, o seu impacto no valor das participações sociais é quase insignificante)¹⁰¹.

Nesta linha de pensamento, terão os sócios que ponderar o custo/benefício de propor uma ação. No sentido de que podem estar em causa custos excessivamente onerosos que nem o benefício os consiga cobrir.

Um outro aspeto é referente ao facto de existir uma percentagem mínima, sem a qual estes sócios estarão impedidos de atuar. Desde logo, podem atuar os sócios que possuam pelo menos 5% do capital social, ou 2% no caso de sociedade emitente de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado - impedindo-se, assim, as chamadas “*strike suits*” como são referidas por MARIA ELISABETE RAMOS¹⁰².

Nesta linha de pensamento, e já referido por BRUNO FERREIRA, se há uma menor dispersão no capital social, significa que o próprio sócio, por vezes, consegue atingir o patamar exigido por lei. Daí, a escassez de litigância em que se vive na realidade portuguesa.

Por todas as razões anteriormente referidas, verificamos que não será o art. 74º nº1 que aumentará o grau de litigância na sociedade portuguesa. Aliás, embora se trate de um regime imperativo, os administradores depararam-se, na prática, com a possibilidade de inexistência de risco de responsabilização. Nesta linha de pensamento,

⁹⁹ J. M. Coutinho de Abreu/Maria Elisabete Ramos, ob. cit., p. 888; Maria de Fátima Ribeiro, "A função da ação social *ut singuli* e a sua subsidiariedade", in *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 3, Vol. 6, pp. 155-188, 2011, p. 176.

¹⁰⁰ A indemnização entra no património da sociedade, e só, indiretamente é o que os sócios podem vir a beneficiar da mesma.

¹⁰¹ A função da ação social *ut singuli*... p. 164

¹⁰² “Risco de responsabilização dos administradores...” p.73

e, sendo poucas as vezes em que os administradores são chamados a responder, como foi referido por BRUNO FERREIRA, há uma grande possibilidade de os administradores fortalecerem sentimentos de descuido e desinteresse, refletindo-se nas suas atuações. Daí, que se esteja a perder o efeito útil da responsabilidade civil dos administradores, uma vez que um dos efeitos é o do ressarcimento dos danos causados aos lesados. Assim, se os administradores, raramente, serão responsabilizados, as suas atuações poderão vir a seguir o seu próprio interesse, inviabilizando assim, os lesados de poderem ser ressarcidos pelos danos sofridos.

Ao longo desta dissertação procuramos estudar o artigo 74º nº1, o regime das cláusulas de limitação e exclusão da responsabilidade civil dos administradores e gerentes.

Do estudo realizado resulta uma série de conclusões que fundamentam a nossa perspetiva:

1. O artigo 74º nº1 Código das Sociedades Comerciais proíbe a inclusão de cláusulas de limitação e exclusão da responsabilidade dos administradores e gerentes. Neste preceito encontra-se uma exceção ao princípio da liberdade contratual, estipulado no artigo 405º Código Civil, ou seja, os administradores não podem livremente modelar o conteúdo do contrato de sociedade onde se encontrem a exercer funções.
2. Contrariamente, no estado *Delaware* na seção 102 (b) 7 DGCL abre-se caminho para a liberdade contratual, bem como para a inclusão de cláusulas limitativas e excludentes da responsabilidade civil dos administradores.
3. No entanto, no regime português, o conteúdo do artigo 74º nº1 estabelece um regime imperativo, não podendo este ser afastado pelas partes.
4. Desta forma, é notória a existência de um regime societário mais severo do que o regime comum – 809º Código Civil. Também, porque este aplica-se a todos os contratos na sua generalidade, contrariamente ao regime societário que se aplica apenas a contratos celebrados entre os administradores e sociedades onde exercem funções.
5. A sua aplicação é independente do grau de culpa, do tipo de sociedade e da atividade exercida. Desta forma, trata-se de uma aplicação generalizada a todos os tipos societários.
6. Alguns autores entendem que regimes imperativos podem provocar nos administradores/gerentes um certo grau de aversão ao risco. Os administradores com medo de serem alvo de ações judiciais de responsabilização adotam condutas de autoproteção, que colocam em causa o progresso da sociedade.

7. Tal situação implica um retrocesso no desenvolvimento da sociedade, bem como um entrave à inovação e competitividade no mercado.
8. Os administradores têm deveres gerais, desde logo os estipulados no artigo 64º CSC – dever de cuidado (*duty of care*) e dever de lealdade (*duty of loyalty*).
9. Associados a estes, também se encontram deveres específicos, de forma exemplificativa referimos, quanto ao dever de cuidado, os deveres de investigação e informação, e quanto ao dever de lealdade, o dever de não concorrência com a sociedade, o dever de não desviar oportunidades de negócio da sociedade, e a proibição de uso de bens e informações pertencentes à sociedade, para seu benefício.
10. Muitas vezes os administradores tomam decisões racionais, em vista da prossecução do interesse social, mas que *à posteriori* podem ser catastróficas para a sociedade.
11. Desta forma, surge o mecanismo da *business judgment rule* estipulado no artigo 72º nº2. Determina que a responsabilidade é excluída se os administradores provarem que atuaram em termos informados, livres de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial.
12. Na ordem jurídica portuguesa, estamos perante uma presunção de ilicitude, contrariamente à lei norte-americana que consagra uma presunção de licitude.
13. De todo o modo, este mecanismo surgiu de forma mitigada, no sentido de que só é ilidida a ilicitude e a culpa se os pressupostos do artigo 72º nº2 forem preenchidos.
14. Relativamente ao dever de lealdade, a responsabilidade civil não pode ser afastada, uma vez que é o que beneficia mais aos infratores.
15. O dever de lealdade refere que, no exercício das suas funções, os administradores têm de prosseguir o interesse da sociedade, ainda que exista um interesse pessoal.
16. Por todas as razões já referidas, o artigo 74º nº1 poderia fazer apenas distinção entre a violação do dever de cuidado e violação do dever de lealdade. Se bem que com o mecanismo da *business judgment rule* a distinção já se encontre mais próxima.
17. Relativamente, às violações intencionais e não intencionais, a nosso ver, enquadram-se no dever de lealdade e dever de cuidado. No sentido, de que a violação do dever de cuidado, em regra, não é intencional.
18. Uma outra questão levantada no artigo 74º nº1 diz respeito à distinção dos vários tipos societários. Ora, como foi referido anteriormente, a maior parte das sociedades portuguesas são sociedades por quotas, ou seja, de cariz familiar. Nestas a relação de proximidade inviabiliza a responsabilidade dos administradores.

19. Relativamente às sociedades anónimas, o facto de existirem acionistas controladores com relações de proximidade com os administradores, leva a que raramente venham a ser responsabilizados.

Em conclusão, estas cláusulas de limitação e exclusão da responsabilidade civil dos administradores e gerentes estão a perder o seu efeito útil sempre que se coloque em causa as questões referidas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, J. M. COUTINHO DE/RAMOS, MARIA ELISABETE

- Código das Sociedades Comerciais em Comentário, Vol. I, Almedina, Coimbra, 2010;

ABREU, COUTINHO

- Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social, em IDET, Reformas do Código das Sociedades Comerciais, Colóquios n.º 3, Almedina, 2007

ANTUNES, VARELA

- Direito das obrigações II, 7ª edição, Almedina, 2015

ANTUNES, JOSÉ ENGRÁCIA

- Direito das Sociedades, 4ª edição, 2013

BAINBRIDGE, STEPHEN M.

- "Why a board? Group Decision-making in Corporate Governance", in Vanderbilt Law Review, Vol. 55, 2002, <http://ssrn.com/abstract=266683>;

BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN DE VERDA

- Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en el derecho español *in* Doctrina, Red de Revistas Científicas de América Latina y el Caribe, España y Portugal

BLACK, BERNARD. S.

- "The core fiduciary duties of outside directors", in Asia Business Law Review, July 2001, <http://ssrn.com/abstract=270749>;

BLACK, BERNARDS/ CHEFFINS, BRIAN R. / KLAUSNER, MICHAEL

- "Outside Director Liability: A Policy Analysis", in Journal of Institutional and Theoretical Economics, Vol. 162, 2006, <http://ssrn.com/abstract=878135>;~

CARMEN, Bestué Salinas

- “Les clauses d’exonération de responsabilité: stratégies de traduction” *in* META, LV, 2, 2010

CARNEIRO, FRADA

- O dever de legalidade: um novo dever fundamental dos administradores *in* Direito das Sociedades em Revista, Vol. 8, Coimbra: Almedina, 2012

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES

- Direito das Obrigações, Volume 2, Reimpressão, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1986;

- Código das Sociedades Comerciais anotado, 2ª edição, 2014

COSTA, RICARDO/DIAS, GABRIELA FIGUEIREDO

- Código das Sociedades Comerciais em comentário, Jorge M. Coutinho de Abreu (Coord.), Volume I, Almedina, Coimbra, 2010;

CHEFFINS, BRIAN R. /BLACK, BERNARD S.

- "Outside Director Liability Across Countries", *in* Texas Law Review, Vol. 84, pp. 1385-1480, 2006, <http://ssrn.com/abstract=438321>;

CUNHA, PAULO OLAVO

- Direito das Sociedades Comerciais 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010

DIAS, G. FIGUEIRDO

- O terceiro poder *in* III Congresso *in* Direito das Sociedades em Revista

- Controlo de Contas e Responsabilidades dos ROC. In R. C. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, Temas Societários, Colóquios n. 2Coimbra: Almedina, 2006

DORALT, WALTER/ AAVV

- “Auditor’s liability and its impact on the European Financial Markets” *in* Cambridge Law, Journal 67, March 2008

FERREIRA, BRUNO

- "A responsabilidade dos administradores e os deveres de cuidado enquanto estratégias de corporate governance", in Cadernos de Mercado de Valores Mobiliários, nº 30, Agosto 2008, www.cmvm.pt;

- "Os deveres de Cuidado dos Administradores e Gerentes - Análise dos deveres de cuidado em Portugal e nos estados Unidos da América fora das situações de disputa sobre o controlo societário", in Cadernos de Mercado de Valores Mobiliários, nº 32, Dezembro de 2008, www.cmvm.pt.

GELTER, MARTINS

- "Why do shareholder derivative suits remain rare in Continental Europe?", in Brooklyn Journal of International Law, Vol. 37, No. 3, 2012, disponível em <http://ssrn.com/abstract=2000814>,

JOHNSON, LYMAN/SIDES, MARK A.

- "The Sarbanes-Oxley Act and Fiduciary Duties", in William Mitchell Law Review, Volume 30:4, 2004, <http://ssrn.com/abstract=528523>.

JORGE, FERNANDO PESSOA

- "Limitação convencional da responsabilidade", in Separata do Boletim do Ministério da Justiça, nº 281, Lisboa, 1979;

JUSTO, A. SANTOS

- Introdução ao Estudo do Direito, 4ª edição, Coimbra editora, 2009

LEITÃO, ADELAIDE MENEZES

- Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação de normas de proteção, in Revista de Direito das Sociedades, Ano I (2009), N.º 3

LEITÃO, LUIS MENEZES

- Direito das Obrigações, 13ª edição, 2016

MACHADO, J. BAPTISTA

- Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador, 8ª Reimpressão, Almedina, Coimbra, 1995;

MONTEIRO, ANTÓNIO PINTO

- "As cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade sob o olhar da jurisprudência portuguesa recente", *in* Direito e Justiça - Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes, Volume I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011;

PAZ-ARES, CÁNDIDO

- "La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo", *in* InDret, Working Paper 162, Barcelona, 2003, www.indret.com;

PRATA, ANA

- Cláusulas de limitação e de exclusão da responsabilidade contratual: regime geral, Almedina, Coimbra, 1985;

PROENÇA, BRANDÃO

- Lições de cumprimento e não cumprimento das obrigações, 1ª edição, Coimbra Editora, setembro 2011

RAMOS, MARIA ELISABETE GOMES

- O seguro de responsabilidade civil dos administradores (entre a exposição ao risco e a delimitação de cobertura), Almedina, Coimbra, 2010;

- "D&O Insurance e o projeto dos Princípios do Direito Europeu do Contrato de Seguro", *in* Direito das Sociedades em Revista, Ano 4, Vol. 7, pp. 175-200, Almedina, Coimbra, 2012;

- "Responsabilidade Civil dos Administradores e Directores de Sociedades Anónimas perante os credores sociais", *in* Boletim da Faculdade de Direito, STVDIA IVRIDICA, 67, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

-Corporate governance and directors' liability: some remarks from the portuguese legal experience [em https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2985822](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2985822)

- A responsabilidade de Membros da Administração, Problemas das Sociedades, 2002, IDET

- Risco de responsabilização dos administradores – entre a previsão legislativa e a decisão jurisprudencial in Direito das Sociedades em Revista, ano 7, volume 13, 2015

RIBEIRO, MARIA DE FÁTIMA

- "A função social «ut singuli» e a sua subsidiariedade", in Direito das Sociedades em Revista, Ano 3, Vol. 6, pp. 155-188, Almedina, Coimbra, 2011;

- Questões de Tutela de Credores e de Sócios das Sociedades Comerciais – o dever de lealdade dos administradores e o desvio de oportunidades, AAVV, 2013

SERENS, MANUEL COUCEIRO NOGUEIRA

- Administradores de sociedades anónimas, Almedina, 2012

SILVA, JOÃO CALVÃO DA

- "Responsabilidade civil dos Administradores Não Executivos, da Comissão de Auditoria e do Conselho Geral e de Supervisão", in A reforma do Código das Sociedades Comerciais: Jornadas em homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura, Almedina, Coimbra, 2007;

TRIUNFANTE, ARMANDO MANUEL

- A tutela das Minorias das Sociedades Anónimas, Coimbra editora, 2004

TELLES, INOCÊNCIO GALVÃO

- Direito das Obrigações, 3ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1980;

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE

- "D&O Insurance: O seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anónima", in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 anos, Almedina, Coimbra, 2007;

- Responsabilidade Civil dos Gestores das Sociedades Comerciais *in* Direito das Sociedades em Revista, Ano 1, vol. 1, Semestral, Almedina, Coimbra, 2009

VENTURA RAÚL/ LUÍS BRITO CORREIA

- A responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas, Lisboa, 1970