



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

O Dever de Legalidade dos Administradores de Sociedades Comerciais
Tentativa de uma justificação

Tomás Ferreira Pinto Oliveira Castelo

Sob a Orientação do Senhor Professor Doutor Diogo Costa Gonçalves

Mestrado em Direito Empresarial

Lisboa, agosto de 2024

Lista de siglas e abreviaturas

AG - *Aktiengesellschaft*

al. – alínea

Art., art. – Artigo, artigo

arts. – artigos

AtkG - *Aktiengesetz*

CC – Código Civil

Cf. - Confira

CSC – Código das Sociedades Comerciais

CP -Código Penal

ed. – edição

FS - *Festschrift*

GmbHG - *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*

Iss - *Issue*

n.º - número

p. – página

pp. – páginas

RGIT – Regime Geral das Infrações Tributárias

RJRDA – Regime Jurídico da Responsabilidade por Danos Ambientais

ss. – seguintes

UMAG - *Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts*

Vd., vd. – *Vide, vide*

Vol. – *Volume*

ZHR - *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*

ZIP - *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*

Resumo:

A presente dissertação procurará estabelecer um fundamento sólido para o problema do dever de legalidade dos administradores das sociedades comerciais. Pouco estudado em Portugal, e aparentemente evidente num primeiro olhar, o dever de legalidade desafiou a doutrina e a jurisprudência norte-americana e, logo depois, alemã, na medida em que surge, discreto, nas brechas deixadas pela técnica da personalidade coletiva e na construção da administração comi, relativamente, orientada à maximização do lucro. Percebendo o tratamento que, nestes ordenamentos, o dever de legalidade levou, apresentamos a neste estudo a nossa tentativa de justificação, à luz – claro está – do direito positivo português

Abstract

This study aims to establish a solid justification for the acceptance of a directors' duty to act lawfully under Portuguese corporate law. At first glance considered as obvious, the duty to act lawfully challenged United States and German doctrine to figure out a place where to fit it, since duty to act lawfully appears to contradict the directors' fiduciary duties paradigm, deeply rooted in profit maximization dogma. Having realized how duty to act lawfully has been formulated and grounded in these legal systems, we present in this study our attempt to justify why directors have the obligation to guarantee that the company comply with the its legal obligations.

1	Índice	
1	Introdução	5
2	O Dever de Legalidade	8
2.1	Considerações preliminares	8
2.2	O Conceito e Estrutura.....	9
2.2.1	Dever de legalidade interno e externo - a proposta de PAEFGEN e FLEISCHER	9
2.2.2	A proposta taxonómica de THOLE	10
2.2.3	A proposta de REINHART e terminologia adotada.....	12
2.2.4	Síntese: o dever de legalidade derivativo como o único dever de legalidade.....	16
3	Fundamentos do dever de legalidade.....	19
3.1	Direito norte-americano.....	19
3.1.1	Generalidades	19
3.1.2	O direito nova iorquino.....	19
3.1.2.1	<i>Roth v. Robertson</i>	19
3.1.2.2	<i>Abrams v. Allen</i>	20
3.1.2.3	<i>Miller v. American Telephone and Telegraph Company</i>	21
3.1.3	Desenvolvimentos jurisprudenciais e doutriniais	23
3.1.3.1	Generalidades	23
3.1.3.2	A erosão da doutrina dos atos <i>ultra vires</i> e o esquecimento do <i>duty of obedience</i>	24
3.1.3.3	A sobrevivência da doutrina dos atos <i>ultra vires</i> como remédio do <i>corporate misconduct</i>	28
3.1.3.4	Corolário específico do <i>duty of good faith</i>	31
3.1.3.5	A expansão do <i>duty of loyalty</i> e o regresso ao dever fiduciário único.....	33
3.1.4	“ <i>Law as limit theory</i> ” vs. “ <i>Law as cost theory</i> ”	35
3.2	Direito alemão	36
3.2.1	O problema dos fundamentos em aberto	36
3.2.2	O dever geral de prevenção de danos	38
3.2.3	O primado da lei e os § 93/4 e § 396 <i>AktG</i>	39
3.3	Direito português	41
3.3.1	Considerações preliminares	41
3.3.2	Argumento inicial e contestação - da necessidade de uma sólida construção justificativa	42
3.4	Perante o problema	45
3.4.1	Primeira aproximação:.....	45
3.4.2	Posição adotada: o regresso ao art. 64.º.....	48
4	Conclusão	52
5	Bibliografia.....	54

1 Introdução

I. A presente dissertação rondará em torno de uma só pergunta, em nossa opinião central no Direito das Sociedades Comerciais, e ainda entre nós pouco aprofundada: figurará no ordenamento jurídico português um dever de legalidade sobre os administradores¹ de sociedades comerciais?²

A pergunta agora revelada é do maior interesse; demonstrá-lo é a primeira tese desta dissertação.

II. Embora apareça como evidente ao grosso da doutrina portuguesa, o reconhecimento do dever de legalidade é, em nossa opinião, muito problemático e de delicada construção, pois parece, numa primeira leitura, desmentir dois importantes e estabelecidos pilares da dogmática jus-societária: a personalidade coletiva e a estrutura relativa e fiduciária da obrigação de administrar. Vejamos, a título introdutório, em que termos.

Indagar sobre o reconhecimento de um dever fundamental de legalidade é, no fundo, procurar saber se bem administrar é zelar, necessária e constantemente, pelo pontual

¹ Por uma questão de facilidade, utilizamos no presente estudo a expressão “administrador” em sentido amplo, incluindo os membros do órgão de gestão de todos os tipos societários, muito embora o presente problema se coloque com maior acuidade no tipo sociedade anónima e, logo depois, na sociedade por quotas.

² Não é assim no estrangeiro, especialmente e como se verá, nos Estados Unidos da América e na Alemanha. A título de exemplo, veja-se estudos fundamentais como CHRISTOPH BADENHEIN, *Die Corporate Governance der Bankaktiengesellschaft*, Nomos, 2022, pp. 180 e ss, e em especial sobre o setor bancário, pp. 329 e ss.; EIKE BICKER, “Legalitätspflicht des Vorstands – ohne Wenn und Aber?”, in: *AG*, Heft 1-2, 2014.; EVA BREITENFELD, *Die organschaftliche Binnenhaftung der Vorstandsmitglieder für gesetzwidriges Verhalten - Eine Untersuchung der aktienrechtlichen Legalitätspflicht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2016; FLORIAN REINHART, *Die Legalitätspflicht des Vorstands einer kapitalmarktorientierten Aktiengesellschaft*, Nomos, 2019; GUSTAVO MACHADO GONZALEZ/BRUNO TOSTES CORRÊA, “Dever de legalidade dos Administradores de Sociedades”, in: *Revista Semestral de Direito Empresarial*, n.º 30, Janeiro/Junho de 2022; HANS-JÜRGEN HELLWIG/CASPAR BEHME, Die Verpflichtung von Vorstand und Aufsichtsrat zur Einleitung des Statusverfahrens (§§ 97, 98 AktG) - Zugleich ein Beitrag zur sog. Legalitätspflicht beider Organe, in: *FS für Peter Hommelhoff zum 70*, Köln, 2012, pp. 343-352; HOLGER FLEISCHER, “Aktienrechtliche Legalitätspflicht und „nützliche“ Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern”, in: *ZIP* 2005, 141, H. 04; IRENE NAVARRO FRÍAS, “El deber de legalidad de los administradores sociales: Algunas reflexiones acerca de la infracción eficiente de la ley y la “legal judgment rule”, in *Revista de Derecho Mercantil*, 311, Enero-Marzo 2019; JOHANNES ROWOLD, *Pflichten und Handlungsmöglichkeiten von Vorstandsmitgliedern bei internationalen Normenkonflikten*, Nomos, 2020, pp. 79 e ss.; MATIAS HABERSACK, “Die Legalitätspflicht des Vorstands der AG”, *FS für Uwe H. Schneider zum 70*, Otto Schmidt, 2011; THOMAS E. ABELTSHAUSER, *Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht: Zu den Sorgfalts- und Loyalitätspflichten von Unternehmensleitern im deutschen und im US-amerikanischen Kapitalgesellschaftsrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München, 1998, TOBIAS GRAF, *Die rechtliche Zulässigkeit von Compliance-Amnestieprogrammen*, Nomos, 2020 p. 87 e ss. e WALTER G. PAEFGEN, *Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG*, Otto Schmidt, 2002, em especial, pp. 17-26.

cumprimento das normas jurídicas que têm como sujeito de direito visado, não os próprios administradores tidos como pessoas singulares, mas sim a sociedade comercial tida como pessoa coletiva - ainda que, naturalmente, por aqueles representada e vinculada no tráfego jurídico. Destarte, e pela negativa, o dever de legalidade caracterizar-se-ia pela obrigação dos titulares do órgão de administração de evitar, no exercício dos seus poderes de representação, a imputação à sociedade de situações de ilicitude legal, regulamentar e contratual.

Ora, um dos primeiros pontos melindrosos desta questão deriva, como já se disse, das implicações da técnica da personalidade coletiva. Admitir que a sociedade comercial, construída como plena pessoa jurídica, é um centro independente e autónomo de imputação de situações jurídicas é, no peso da coerência científica e sistemática do Direito, admitir que só esta - e não os seus administradores - é chamada a cumprir e, por maioria de razão, chamada a responder pelo incumprimento dos preceitos de que ela mesma é sujeito. Por outras palavras, da personalidade coletiva brotam duas faces da mesma moeda: a capacidade negocial e a imputabilidade delitual das sociedades comerciais. Negar tal axioma seria, nas palavras de CARNEIRO DA FRADA, “*deitar pela borda fora o sentido da atribuição de personalidade jurídica às sociedades.*”³.

A esta premissa acresce uma outra que procede da estrutura relativa e fiduciária da obrigação de administrar sociedades comerciais⁴. Decorre que os administradores, enquanto tais, somente se obrigam perante a sociedade comercial por estes gerida, ficando alheios a esta relação jurídica todos os sócios e os *stakeholders*⁵.

Neste quadro, uma interrogação logo emerge:

- i) se o interesse da sociedade preside soberanamente, como resultado definidor da prestação-tipo administração, ao juízo debitório dos administradores;
- ii) se a personalidade coletiva e a relatividade das obrigações postulam a imputabilidade delitual somente à sociedade sujeita de obrigações contratuais;

³ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, “O dever de legalidade: um novo (e não escrito) dever fundamental dos administradores?”, in: *Forjar o Direito*, 2.^a Edição, Almedina, 2019, p. 406.

⁴ Sobre a obrigação de administrar, veja-se o nosso TOMÁS PINTO CASTELO, “Da obrigação de administrar”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, Ano XV (2023), n.º 2, p. 275 e ss, e em particular sobre a sua estrutura relativa e fiduciária, pp. 286-294.

⁵ Cf. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais*, Almedina, 2019, p. 829.

iii) *quid iuris* se a perspectiva do incumprimento desses mesmos preceitos contratuais, por eficiente, interessar à sociedade?

III. Como se vê, não obstante o dever de legalidade configurar uma evidência moral, social e das boas práticas corporativas, a verdade é que a personalidade coletiva, a relatividade estrutural das obrigações e a natureza fiduciária da obrigação administrar parecem colocar em “xeque” a sua viabilidade normativa no direito positivo português. O fito teórico desta dissertação é perceber, investigando o sistema no seu todo, se estamos perante um mero “xeque” a resolver, ou se o dever de legalidade, no confronto com os vetustos dogmas do direito das sociedades comerciais e das obrigações, queda vencido por um perentório “xeque-mate”.

2 O Dever de Legalidade

2.1 Considerações preliminares

I. A questão de saber se o ordenamento jurídico português vigente impõe aos administradores de sociedades comerciais um “dever de legalidade” carrega, logo, duas dificuldades preambulares.

A primeira é de cariz conceptual e estrutural: o que se entende na literatura por “dever de legalidade” nem sempre é claro e unívoco, falando-se amiúde de dever de legalidade *latu sensu* e *stricto sensu*, dever de legalidade próprio e impróprio, dever de legalidade interno e externo, dever de legalidade original e derivado, dever de legalidade pessoal e organizativo, etc. Longe de ser um passo inócuo e puramente nominal, o acerto conceptual e estrutural do que entendemos, no presente estudo, por “dever de legalidade” é de fundamental relevância problemática, desde logo porque constam diferenças substanciais e de regime entre os vários deveres jurídicos abrangidos debaixo da locução “dever de legalidade”.

A segunda dificuldade é oriunda da circunstância de, atualmente, existir em Portugal escasso desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário em torno da temática do dever de legalidade. Sendo a controvérsia do dever de legalidade antiga e já estudada há largas décadas noutros ordenamentos jurídicos, incluindo famílias de sistema anglo-saxónico, a presente investigação não deixará de enfrentar adversidades metodológicas, nomeadamente na importação de premissas baseadas em normativos distintos dos vigentes em Portugal. Desta sorte, trilharemos um percurso histórico e, maioritariamente, comparado, sem nunca, porém, perder de vista o ónus de adaptação *mutatis mutandis* das proposições e argumentos entretanto encontrados no estrangeiro. Ora, se é verdade que o dever de legalidade começou a ser burilado jurisprudencial e doutrinariamente nos Estados Unidos da América e, depois, na Alemanha, é também verdade que o estudo que nos dispomos a elaborar tem ambições de resolver questões jurídicas concretas e suscitadas ao abrigo do ordenamento jurídico-societário português, positivo e presente.

2.2 O Conceito e Estrutura

2.2.1 Dever de legalidade interno e externo - a proposta de PAEFGEN e FLEISCHER

I. Na literatura alemã, a abordagem conceptual que mais se notabilizou é a que sugere o desdobramento do dever de legalidade entre, por um lado, um dever de legalidade interno e, por outro, um dever de legalidade externo. Muito embora inspirados nos estudos comparatísticas de THOMAS E. ABELTSHAUSER, que já em 1998 discorrera sobre o dever de legalidade nas relações interna e externa⁶, foram WALTER G. PAEFGEN⁷ e HOLGER FLEISCHER⁸ quem encabeçou, logo no início da primeira década do presente século, a versão mais metodizada desta tendência, merecendo posterior acolhimento dentro⁹ e fora da Alemanha. Entre nós, semelhante terminologia é utilizada por PEDRO CAETANO NUNES¹⁰ e MARIA ELIZABETE GOMES¹¹, e, na vizinha Espanha, por IRENE NAVARRO FRÍAS¹².

O dever de legalidade interno, para esta primeira proposta conceptual, corresponde à síntese compreensiva dos deveres impostos diretamente aos administradores na sua relação interna com a sociedade, quer dizer, todas as obrigações decorrentes da disciplina que regula e caracteriza a organização e o funcionamento das sociedades comerciais em geral, e do órgão de administração em particular¹³. Prepondera, neste esquema terminológico, a fonte como principal critério diferenciador das obrigações internas; estão, pois, em causa disposições oriundas da *AktG* alemã, dos concretos Estatutos da sociedade e dos seus Regulamentos Internos.

O dever de legalidade externo, por sua vez, emerge em PAEFGEN e FLEISCHER - sempre acompanhados de perto por NAVARRO FRÍAS¹⁴ - com o reconhecimento de que a sociedade comercial é uma plena pessoa jurídica, sendo consequentemente capaz de entabular relações

⁶ THOMAS E. ABELTSHAUSER, *Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht...*, pp. 151-152 e pp. 205 e ss.

⁷ WALTER G. PAEFGEN, *Unternehmerische...*, pp. 17 e ss. e 24 e ss.

⁸ HOLGER FLEISCHER, "Aktienrechtliche Legalitätspflicht...", pp. 142 e ss.

⁹ Por exemplo, V. JONAS FISCHBACH, *Die Haftung des Vorstands im Aktienkonzern*, Nomos, 2009, pp.47 e ss.

¹⁰ PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Almedina, 2012, pp. 494 e ss.

¹¹ MARIA ELISABETE RAMOS, "Práticas restritivas da concorrência e deveres dos administradores de sociedades", in: *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 6, vol. II (2014), p. 134.

¹² IRENE NAVARRO FRÍAS, "El deber de legalidad...", pp. 183 e ss.

¹³ HOLGER FLEISCHER, "Aktienrechtliche Legalitätspflicht...", p. 142 e WALTER G. PAEFGEN, *Unternehmerische...*, p. 17.

¹⁴ IRENE NAVARRO FRÍAS, "El deber de legalidad...", pp. 185 e 186.

jurídicas com terceiros, públicos e privados, e ser, ainda, destinatária de normas jurídicas¹⁵. Desta sorte, o dever de legalidade externo prescreve a obrigação dos administradores zelarem, enquanto representantes, pelo cumprimento de todas as disposições que incidam sobre a sociedade nas suas relações externas, nomeadamente, as regras de direito civil, comercial, concorrencial, contabilístico, laboral, fiscal, penal e contraordenacional, etc¹⁶.

2.2.2 A proposta taxonómica de THOLE

I. CHRISTOPH THOLE¹⁷, que do ponto de vista substancial não se distancia em demasia do quadro exposto acima¹⁸, formulou uma categorização em nossa opinião mais burilada e, por isso, impermeável a algumas das imperfeições identificadas na construção de FLEISCHER e PAEFGEN. Ao invés de basear a distinção entre as obrigações internas e externas exclusivamente na “proveniência”¹⁹ legislativa das mesmas, THOLE concentra a sua abordagem na esfera de onde brotam os deveres dos administradores e no tipo de relação que lhes subjaz. Assim, sobre o critério da relação, THOLE propõe a divisão inicial de deveres externos (*Binnenpflichten*) e deveres internos (*Außenpflichten*).

Os deveres externos refletem a categoria de deveres que, visando os administradores pessoalmente e no exercício das suas funções, tutelam a posição de terceiros no tráfego - *maxime* os credores - e, grosso modo, do público em geral²⁰. Correspondem, assim, a uma intervenção externa e direta do legislador no modo como os administradores, eles próprios, atuam - mesmo que funcionalmente dirigidos e/ou ao abrigo da representação orgânica da sociedade. Tecnicamente, o seu regime jurídico é díspar e a sua violação origina tipos de responsabilidade igualmente diversas; desde responsabilidade extracontratual face a terceiros diretamente lesados até à responsabilidade penal por afetação ilícita de bens jurídicos supra-individuais, de que o mercado é exemplo paradigmático.

Identificado como um dever interno, o dever de legalidade distingue-se ainda de dois outros tipos de deveres internos dos administradores. No esquema sugerido por THOLE, a

¹⁵ HOLGER FLEISCHER, “Aktienrechtliche Legalitätspflicht...”, pp. 144 e WALTER G. PAEFGEN, *Unternehmerische...*, p. 24.

¹⁶ HOLGER FLEISCHER, “Aktienrechtliche Legalitätspflicht...”, pp. 144.

¹⁷ CHRISTOPH THOLE “Managerhaftung für Gesetzesverstöße - Die Legalitätspflicht des Vorstands gegenüber seiner Aktiengesellschaft”, in *ZHR* 173 (2009) pp. 506 e ss.

¹⁸ Cf. EVA BREITENFELD, *Die organschaftliche...*, pp. 43 e 44.

¹⁹ CHRISTOPH THOLE, em “Managerhaftung für...” p. 506.

²⁰ Cf. CHRISTOPH THOLE, “Managerhaftung für ...”, p. 506.

categoria de deveres internos desdobra-se, por conseguinte, em três subcategorias: os deveres organizacionais, os deveres internos especiais e o dever de legalidade propriamente dito²¹. Os deveres organizacionais - muito à semelhança daquelas já identificados por FLEISCHER - são os atinentes à função e atuação orgânica dos administradores no interior da vida societária e referentes à organização e ao funcionamento da sociedade como ente coletivo. Os deveres internos especiais, por sua vez, implicam já uma interdependência entre a esfera interna e externa da sociedade²², respeitando todos aqueles deveres específicos vocacionados à proteção dos credores da sociedade, sem por isso perder a sua dimensão também interna²³. Dito de outro modo, e seguindo HANS-JÜRGEN HELLWIG e CASPAR BEHME, são aqueles deveres que não podem ser arrumados isoladamente numa só categoria, visto reunirem em si uma dupla natureza; entre a responsabilidade interna face à sociedade e a responsabilidade externa face aos credores sociais²⁴. Entre nós, serve de exemplo elucidativo o dever de apresentação à insolvência, previsto expressamente no artigo 18.º e 19.º do CIRE²⁵.

II. Feita a discriminação do tipo de deveres dos administradores com os quais, em THOLE, o dever de legalidade não se confunde, justifica-se agora expor o entendimento do citado autor sobre a sua caracterização e estrutura.

O dever de legalidade compreende, pois, duas dimensões: i) por um lado, determina que os administradores são obrigados - sempre internamente, pessoalmente e perante a própria sociedade - a assegurar o cumprimento de todas os preceitos de que esta, enquanto pessoa jurídica, seja sujeito²⁶ e; ii) por outro lado, obriga os administradores, como cabeças de uma estrutura organizacional e baseada na distribuição de tarefas, a impedir, detetar e comunicar, na medida do possível, todo o tipo de ilegalidades cometidas, quer no interior, quer no exterior da sociedade²⁷.

²¹ Cf. CHRISTOPH THOLE, "Managerhaftung für ...", p. 506 a 508.

²² Cf. CHRISTOPH THOLE, "Managerhaftung für ...", p. 508.

²³ FLORIAN REINHART, *Die Legalitätspflicht...*, p. 92 e 93.

²⁴ HANS-JÜRGEN HELLWIG/CASPAR BEHME, *Die Verpflichtung...*, pp. 347-348.

²⁵ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, "A responsabilidade dos administradores na insolvência", in: *Forjar o Direito*, 2.ª Edição, Almedina, 2019, p. 473 e 474.

²⁶ CHRISTOPH THOLE, "Managerhaftung für ...", p. 510.

²⁷ CHRISTOPH THOLE, "Managerhaftung für ...", p. 510 e 511.

A primeira dimensão avançada por THOLE acaba por condizer, materialmente, com a definição canónica do dever de legalidade externo, já sedimentado na literatura alemã e já aqui revelado a propósito das categorizações de PAEFGEN²⁸ e FLEISCHER²⁹.

Já a segunda dimensão, pela sua particularidade e, acima de tudo, pela sua crescente relevância teórica e prática, merecerá uma breve nota nossa. A ideia de que o dever de legalidade dos administradores comporta uma vertente de controlo de legalidade (*Legalitätskontrollpflicht*)³⁰, nomeadamente em estruturas corporativas organizadas hierarquicamente, com funções delegadas e trabalho subordinado, é uma das chaves de leitura do problema, hoje cada vez mais premente, do *compliance*³¹. Na senda de THOLE, IRENE NAVARRO FRÍAS expõe a diferença entre a primeira dimensão e a segunda dimensão do dever de legalidade através do binómio “*dimensiones personal y organizativa*”, explicando que a vertente organizacional do dever de legalidade dos administradores decorre das suas funções de supervisão e vigilância, e justifica-se em virtude da sua “posição de garante”³² no interior da estrutura societária.

2.2.3 A proposta de REINHART e terminologia adotada

I. Embora não se possa negar a THOLE o mérito da demarcação rigorosa do dever de legalidade dentre os vários tipos de deveres sistematizados, tão bem como o mérito de enfatizar a estrutura eminentemente interna do dever de legalidade - até então meramente implícita no esquema de FLEISCHER³³ -, foi FLORIAN REINHART quem, no nosso entender, melhor articulou a terminologia proposta com o problema jurídico latente no dever de legalidade.

Em monografia dedicada ao dever de legalidade dos administradores de sociedades comerciais, FLORIAN REINHART, depois de explanar criticamente as várias tentativas conceptuais entretanto avançadas na literatura alemã³⁴, concluiu adotando uma perspetiva

²⁸ WALTER G. PAEFGEN, *Unternehmerische...*, pp. 24.

²⁹ HOLGER FLEISCHER, “Aktienrechtliche Legalitätspflicht...”, pp. 144.

³⁰ Sobre esta vertente do dever de legalidade, na sua relação com o *compliance*, veja-se TOBIAS GRAF, *Die rechtliche Zulässigkeit...*, pp. 107 e ss.

³¹ Neste sentido, EVA BREITENFELD, *Die organschaftliche...*, pp. 145 e ss, FLORIAN REINHART, *Die Legalitätspflicht...*, pp. 287 e ss. e IRENE NAVARRO FRÍAS, “El deber de legalidad...”, pp. 184 e 185.

³² O apelo à noção de “posição de garante” não é entendido, na lição de NAVARRO FRÍAS, no seu sentido técnico jurídico-penal. Cf. IRENE NAVARRO FRÍAS, “El deber de legalidad...”, pp. 184 e 185.

³³ Como bem observa FLORIAN REINHART, *Die Legalitätspflicht...*, p. 84.

³⁴ V. FLORIAN REINHART, *Die Legalitätspflicht...*, pp. 84-94.

própria, e que nos parece cirúrgica ao captar e desvelar a busílis da questão do dever de legalidade.

REINHART observa que é possível entender o dever de legalidade tendo por referência o cumprimento, pelos administradores, de dois grandes grupos de deveres: por um lado, os originais (*Originäre Legalitätspflichten*), e por outro lado, os derivados (*Derivative Legalitätspflichten*)³⁵. Fá-lo, centrando-se principalmente, não na fonte, nem tampouco na relação ou esfera subjacentes, mas antes no destinatário principal desses mesmo deveres³⁶. Atendendo à previsão normativa donde provêm, e usando como referencial os administradores em si mesmo considerados, REINHART define como originais todos os deveres que se reportam, direta e imediatamente, à conduta dos administradores; todas as normas impositivas, prescritivas ou proibitivas que sobre eles, nessa qualidade, impendem. Correspondem, sinteticamente, à disciplina entre nós conhecida como a dos “deveres *dos* administradores”, sem necessidade, para o caso, de ademais distinções de tipo.

Já os deveres derivados, pelo contrário, emergem de todo o tipo de prescrições que se destinam a regular a sociedade enquanto pessoa jurídica autónoma; enquanto agente no tráfego jurídico e enquanto pleno sujeito de direito. Pense-se, por exemplo, que ao contratar uma simples compra e venda, é a sociedade - e não os sócios nem os seus órgãos sociais - a obrigada a entregar a coisa (se vendedora), ou a obrigada a pagar o preço (se compradora), nos termos e para os efeitos do artigo 879.º do CC.

II. Face ao exposto, a pergunta que logo se impõe é a seguinte: como poderão deveres próprios da sociedade enquanto pessoa, independente e autónoma, acabarem traduzidos em deveres (derivados) dos seus administradores? De facto, a conclusão segundo a qual a partir de uma vinculação da sociedade se segue uma vinculação da própria administração só pode estar suportada numa premissa oculta, sem a qual seria um *non sequitur* conceber-se que as previsões que visam a pessoa da sociedade acabam refletidas na pessoa do administrador.

Eis porque a terminologia pensada por REINHART é, salvo melhor entendimento, certa: o uso da locução dever de legalidade derivativo (*derivative Legalitätspflicht*), como sugerido

³⁵ Seguimos de muito perto o excuro do citado Autor, em FLORIAN REINHART, *Die Legalitätspflicht...*, pp. 94 e ss.

³⁶ Cf., FLORIAN REINHART, *Die Legalitätspflicht...*, p. 94.

pelo Autor, exhibe os dois principais pressupostos problemáticos onde repousa o dever de legalidade. Por um lado, sublinha o destinatário do dever como critério principal de classificação, esclarecendo que o dever de cumprir a lei e os contratos sempre cabe à sociedade, como perfeita pessoa jurídica que é³⁷. Por outro lado, expõe com clareza o *modus operandi* do dever de legalidade. O apelo nominal à ideia da *derivação* elucida que o dever de legalidade é, na verdade, a premissa oculta denunciada acima, quer dizer, é o instrumento jurídico através do qual se admite a transferência dos deveres da sociedade para a esfera da sua administração³⁸. Na feliz expressão de REINHART, a função do dever de legalidade derivativo é a de servir de correia de transmissão dogmática (*dogmatischen Transmissionsriemens*) dos deveres da sociedade para os administradores³⁹. O dever de legalidade derivativo é, assim, representado como a causa eficiente dos deveres derivados dos administradores.

III. Bem vistas as coisas, o fenómeno derivativo - como lhe chamamos - encontra-se bem presente - mais ou menos implicitamente - nas construções da maioria dos autores que já enfrentaram o problema do dever de legalidade dos administradores de sociedades comerciais. Sirvamo-nos de alguns exemplos.

Atente-se ao que escreveram RAÚL VENTURA e LUÍS BRITO CORREIA no seu estudo de 1970 sobre a responsabilidade civil dos administradores:

“Parece evidente que um acto criador de uma obrigação da sociedade para com terceiros tem necessariamente de envolver uma vinculação para os seus administradores (...).

*Portanto, os actos que obrigam a sociedade para com terceiros vinculam também os administradores.”*⁴⁰(realce nosso).

Os mestres agora citados descreveram eloquentemente o fenómeno derivativo típico do dever de legalidade, nomeadamente apelando à ideia de que um preceito normativo - prescritivo, impositivo ou proibitivo - que mire, na sua previsão, a sociedade acaba por vincular também os administradores. No entanto - esclarecem -, esse efeito vinculativo da derivação não implica uma responsabilização pessoal dos administradores nem uma solidariedade passiva no

³⁷ FLORIAN REINHART, *Die Legalitätspflicht...*, p. 98.

³⁸ FLORIAN REINHART, *Die Legalitätspflicht...*, p. 94.

³⁹ FLORIAN REINHART, *Die Legalitätspflicht...*, p. 99.

⁴⁰ RAÚL VENTURA/LUÍS BRITO CORREIA, “Responsabilidade Civil...”, p. 111.

cumprimento dos deveres que só à sociedade, por lei ou contrato, compete. A “vinculação” dá-se, assim, mediante o reconhecimento da existência de um dever, funcional e não pessoal, dos administradores perante a sociedade. Ou seja, sempre será uma vinculação derivada, derivada do dever de legalidade derivativo, e cuja violação seguirá os termos do seu regime interno e relativo. Em conclusão, verifica-se no esquema de RAÚL VENTURA e LUÍS BRITO CORREIA os dois principais vetores do dever de legalidade derivativo, enaltecidos, como argumentamos, pela terminologia adotada: i) a preservação da sociedade como única devedora pessoal; ii) o fenómeno derivativo de deveres como efeito imediato da aceitação de um dever de legalidade.

Um outro exemplo pode-se fazer da exposição de MARIA ELIZABETE RAMOS, que ao introduzir-nos à posição dominante na Alemanha sobre o assunto, assevera o seguinte: “*Na doutrina alemã prevalece a opinião de que o comportamento ilícito nas relações externas representa uma violação de deveres nas relações entre o administrador e a sociedade.*”⁴¹. De facto, semelhante afirmação é assaz comum na literatura germânica; está presente nos estudos de PAEFGEN⁴², FLEISCHER⁴³, THOLE⁴⁴ e, num outro exemplo, de MATHIAS HABERSACK⁴⁵. Ao abrigo do dever de legalidade, assim, assistimos a um encadeamento de ilicitudes; da relação externa (sociedade-ordem jurídica) para a relação interna (administrador-sociedade). Sucede, sem embargo, que semelhante encadeamento, por si só, não sobrevive sem o reconhecimento de um dever (dos administradores) - a premissa oculta -, cuja função é, precisamente, tornar cada dever da sociedade comercial derivadamente oponível ao administrador. Sendo certo que, através do dever de legalidade derivativo, cada dever da sociedade acaba colorado como um dever derivado dos seus administradores, só aí se pode concluir que “*o comportamento ilícito nas relações externas representa uma violação de deveres nas relações entre o administrador e a sociedade.*”.

IV. Como se vê, todas estas formas de exposição doutrinal giram em torno do efeito derivativo de deveres como consequência imediata do reconhecimento do dever de legalidade⁴⁶. O conceito

⁴¹ MARIA ELIZABETE RAMOS, “Práticas restritivas...”, p. 134.

⁴² WALTER G. PAEFGEN, *Unternehmerische...*, p. 24.

⁴³ HOLGER FLEISCHER, “Aktienrechtliche Legalitätspflicht...”, pp. 144.

⁴⁴ CHRISTOPH THOLE, “Managerhaftung für ...”, p. 506.

⁴⁵ MATHIAS HABERSACK, “Die Legalitätspflicht...”, p. 432.

⁴⁶ JOHANNES ROWOLD, *Pflichten...*, p. 122, utiliza, num sentido muito próximo do nosso, a expressão “*dogmatischer Herleitung*”.

adequa-se, claro está, à realidade. E isso basta, parece-nos, para tomar como mais polida a categorização e terminologia proposta por REINHART, a qual e por isso, aderimos.

2.2.4 Síntese: o dever de legalidade derivativo como o único dever de legalidade

- I. Feita que está a exposição das principais propostas terminológicas atinentes ao dever de legalidade dos administradores de sociedades comerciais, cumpre-nos sintetizar com os traços medulares do dever de legalidade derivativo. Todavia, iremos temperar a síntese estrutural do dever de legalidade derivativo com a tese segundo a qual somente este, por oposição ao denominado “dever de legalidade interno” - ou “dever de legalidade original” -, alberga conteúdo deontológico próprio, e por isso somente a este se pode chamar, na pureza dos conceitos, de dever de legalidade dos administradores de sociedades comerciais.
- II. O ponto de partida do problema da legalidade dos administradores é, como temos vindo a argumentar, o da determinação subjetiva dos destinatários das normas de conduta⁴⁷. Mercê da personificação das sociedades comerciais, é possível que um dever recaia sobre os administradores, sem com isso recair sobre a sociedade por eles administrada, do mesmo modo que possível é que um dever recaia sobre a sociedade, sem com isso recair - direta e pessoalmente - sobre os administradores encarregues de a gerir. Tudo isto é incontestado.

Podemos, de tal sorte, começar por formular uma proposição através do qual se enuncie que os administradores têm o dever de cumprir a lei, isto é, “*que os administradores têm de observar as normas prescritivas e estão sujeitos às regras proibitivas que sobre eles impendem, segundo a lei, de modo direto e imediato.*”⁴⁸. A esta proposição, que temos por sintética e descritiva, damos o nome de dever de legalidade original - reconhecendo, sem embargo, que coincide materialmente com o “dever de legalidade interno”, na aceção comum. Adjetivamos, não obstante, este “dever de legalidade original ou interno” de sintético e descritivo, em virtude de não expressar mais do que uma arrumação taxonómica dos deveres próprios dos administradores, quer sejam estes gerais, específicos, internos, externos, fundamentais, principais, acessórios, secundários, etc., e de refletir a ideia abstrata de que todos estes devem

⁴⁷ Neste sentido são expressivos HANS-JÜRGEN HELLWIG/CASPAR BEHME, *Die Verpflichtung...*, p. 346, que intitulam um capítulo do citado estudo do seguinte modo: “*Der Normadressat als gedanklicher Ausgangspunkt einer Dogmatik der Legalitätspflicht*”.

⁴⁸ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, “O dever de legalidade...”, p. 399.

ser pontualmente observados. Neste sentido, é certo o professor CARNEIRO DA FRADA quando observa: “o dever de uma conduta conforme com a lei significará, afinal, um conceito-quadro (*Rahmenbegriff*) ou um conceito-resumo (*Sammelbegriff*) que expressa a multiplicidade de todos aqueles deveres que sujeitam os administradores”, acrescentando que “não duplica, nem reforça vinculações” e, ainda, que o seu manejo serve exclusivamente “aquela função da ciência jurídica que é a de descrever e ordenar as matérias jurídicas, com clareza e simplificação.”⁴⁹. Por isso, fica estabelecido que o dever de legalidade original abraça uma função exclusivamente pedagógica e expositiva, sem com isso carregar conteúdo deontológico algum; a sua violação corresponderia, forçosamente, à violação de um dever próprio dos administradores, que a lei ou o contrato especifica e positivamente já lhes impõe⁵⁰. Pretender cunhar maior relevância - que não didática - ao dever de legalidade original seria mergulhar, em nossa opinião, numa espiral infinitamente tautológica⁵¹, segundo a qual os administradores teriam um dever de cumprir os seus deveres, e quiçá, seguindo a lógica, um dever de cumprir o dever de cumprir os deveres...

III. À luz das considerações tecidas acima, temos que só o dever de legalidade derivativo é digno de desenvolvimento e problematização⁵². Em consequência, é a este dever que nos reportamos, neste estudo, aquando da utilização da expressão “dever de legalidade”.

Voltando ao referencial do destinatário subjetivo das normas de conduta como ponto de partida, o dever de legalidade surge implicado na conotação da sociedade comercial como centro jurídico de imputação de direitos e deveres⁵³. A personificação das sociedades comerciais não admite a comunhão pessoal das situações jurídicas nela imputadas com os seus sócios e/ou com os seus administradores; esse é o significado elementar da autonomia e da independência como apanágios da plena personalidade⁵⁴. Se assim não fosse, sentenciar-se-ia o esvaziamento da personalidade coletiva e, com este, a responsabilização pessoal dos administradores pelo incumprimento de todas as disposições incidentes sobre a sociedade. Tudo

⁴⁹ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, “O dever de legalidade...”, p. 401.

⁵⁰ HANS-JÜRGEN HELLWIG/CASPAR BEHME, *Die Verpflichtung...*, p. 352.

⁵¹ Próximo, V. HANS-JÜRGEN HELLWIG/CASPAR BEHME, *Die Verpflichtung...*, p. 352.

⁵² Neste sentido, MATIAS HABERSACK, “Die Legalitätspflicht...”, p. 432 e CHRISTOPH THOLE, “Managerhaftung für...”, p. 509.

⁵³ Veja-se, por todos, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das Sociedades*, 10.^a Edição, 2021, p. 223.

⁵⁴ PEDRO DE ALBUQUERQUE/JOÃO SERRA DE SOUSA, *Pessoa Coletiva - Dogmática Geral e CSR, Corporate Purpose e ESG*, Almedina, 2024, p. 106.

isso, na prática, colocaria um peso inconcebível no cargo de administrador societário e, bem assim, reduziria os candidatos a perto de zero.

Nenhum dos autores ousa, portanto, insinuar que o dever de legalidade opera face a terceiros, ou seja, que, por um lado, os administradores são, na sua pessoa, atingidos pelas mesmos normativos, legais ou contratuais, que elejam a sociedade na sua previsão, e que, por outro lado e em consequência, assumem solidariamente a violação desses mesmos normativos. Não é esse o modo de funcionamento do dever de legalidade, e precisamente por isso é que se apelida não raras vezes a categorização de “dever de legalidade externo” como, no mínimo, evasiva, pois parece sugerir, erroneamente, esta operacionalidade face aos credores, terceiros e público em geral⁵⁵.

Ao invés, o dever de legalidade é arquitetado como *pro societate*, isto é, como corolário normativo da obrigação de administrar sociedades comerciais e, portanto, como inerente à relação jurídica entre os administradores e a sociedade⁵⁶. Vê-se, pois, concebido como um dever relativo e funcional, cuja legítima credora permanece, exclusivamente, a sociedade comercial; o dever de legalidade é devido pelos administradores à sociedade. Neste sentido, o dever de legalidade assemelha-se estruturalmente aos célebres deveres de lealdade e cuidado, consabidamente sedeados no artigo 64.º do CSC, e cuja violação aciona responsabilidade civil dos administradores nos termos do artigo 72.º do CSC e, ainda, tributa fundamento para destituição com justa causa, conforme artigos 254.º e 403 do CSC.

Assim, conclui-se que, na construção comum, o dever de legalidade, em parilha com o dever de lealdade, o dever de cuidado, entre outros, enforma a noção legal de gestão de sociedades. Ou, melhor dito; a garantia da legalidade externa é estabelecida como componente normativamente necessário da “boa administração”⁵⁷.

⁵⁵ Neste sentido, CHRISTOPH THOLE, “Managerhaftung für ...”, p. 506, HOLGER FLEISCHER, “Aktienrechtliche Legalitätspflicht...”, pp. 84 e 85 e MATIAS HABERSACK, “Die Legalitätspflicht...”, p. 432

⁵⁶ Assim, WALTER BAYER, “Legalitätspflicht der Unternehmensleitung, nützliche Gesetzesverstöße und Regress bei verhängten Sanktionen – dargestellt am Beispiel von Kartellverstößen”, in *FS für Karsten Schmidt*, Otto Schmidt, 2009, pp. 89 e 90.

⁵⁷ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, “O dever de legalidade...”, p. 405.

3 Fundamentos do dever de legalidade

3.1 Direito norte-americano

3.1.1 Generalidades

I. Historicamente, o problema respeitante ao dever de legalidade dos administradores de sociedades comerciais surge, logo na primeira década do século XX, nos Estados Unidos da América. E, se ainda hoje testemunhamos o debate em aberto em ordenamentos jurídicos romano-germânicos, em especial no alemão, tal deve-se maioritariamente à reconhecida influência que o direito societário norte-americano teve, e tem, no desenvolvimento do direito societário europeu. Por isso, começar um esboço teórico sobre os fundamentos do dever de legalidade pela análise das respostas oferecidas no direito norte americano não só é cronologicamente coerente, como é uma exigência de construção lógica; pois delas procede a fundamentação teutónica que analisaremos de seguida.

II. Não é, desde o início, pacífico na jurisprudência e na doutrina norte-americanas o enquadramento justificativo do dever de legalidade dos administradores. Se decorrente da clássica doutrina *ultra vires*, se corolário do *duty of good faith*, ou do *duty of loyalty* ou, permanece ainda atualmente por resolver a questão do *habitat* do dever de legalidade.

3.1.2 O direito nova iorquino

3.1.2.1 *Roth v. Robertson*

I. Começando pelo princípio, a ideia de que os administradores de sociedades comerciais devem assegurar uma conduta da sociedade conforme a lei foi pela primeira vez objeto de decisão judicial, pelo *Supreme Court* de Nova Iorque⁵⁸, em agosto de 1909. O caso - *Roe v. Robertson* - opôs John. E. Roth, individualmente enquanto sócio e em representação dos demais sócios da sociedade SL. Robertson Amusement Company, a Samuel L. Robertson, *director* da mesma sociedade. A decisão incidiu sobre a responsabilização de Robertson, como *director*, pelo provado pagamento, com fundos da sociedade, de 800\$ a pessoas que ameaçaram reportar o

⁵⁸ O que, especificamente em Nova Iorque, corresponde ao tribunal de primeira instância com competência genérica. Veja-se, para uma compreensão sumária da organização judiciária dos Estados Unidos da América, DÁRIO MOURA VICENTE, *Direito Comparado, Vol. I*, 5.ª Edição, Almedina, p. 312 e ss.

facto de a sociedade, que explorava um parque de diversões (*Coney Island*), abrir e funcionar comercialmente ao domingo, dia de *Sabbath*⁵⁹. A verdade é que, então, operar um parque de diversões em dia de *Sabbath* era ilegal ao abrigo das “*Sunday Blue Laws of the State*”, e Robertson, em sua defesa, alegou que, diante as ameaças de exposição, a compra do silêncio por 800\$ servira o interesse da sociedade, visto ser precisamente nos domingos que a sociedades mais lucrava com as visitas turísticas⁶⁰. No fundo, Robertson inaugurou, na sua defesa, a tese de que é possível, por lealdade à Sociedade, a imputação de ilegalidades lucrativas à mesma.

O Tribunal, contudo, não se sensibilizou com semelhante argumentação, concluindo que o pagamento dos 800\$ - “*hush money*”, nas palavras do próprio *Supreme Court* de Nova Iorque -, por contrário à lei, jamais poderia ser legitimado; seria, na sua ilegalidade, necessariamente estranho ao escopo da sociedade e, ainda, condenável à luz da moralidade⁶¹. Por conseguinte, o Tribunal considerou o pagamento ilícito um ato *ultra vires* e, ainda, um ato *malum in se*, decidindo, pois, pela condenação do réu na restituição, a favor da sociedade, do valor de 800\$, correspondente ao valor do pagamento de silêncio que foi apurado no processo⁶².

II. Desta histórica decisão extraem-se, em suma, dois dados relacionados com o dever de legalidade: i) o apelo à doutrina tradicional dos atos *ultra vires* como justificativa do dever de legalidade e da responsabilidade pessoal dos administradores e; ii) a rejeição absoluta, embora implícita, da “*law as cost theory*”⁶³.

3.1.2.2 *Abrams v. Allen*

I. Outro dos casos nova-iorquinos que merece menção é o *Abrams v. Allen*, decidido pelo *Court of Appeals* de Nova Iorque, em 1947⁶⁴.

Fruto do envolvimento da sociedade *Remington Rand, Inc.* em sucessivas disputas judiciais na década de 30 e fruto, inclusive, da sua condenação em 1938, o sócio *Bernard*

⁵⁹ *Roth v. Robertson*, 64 Misc, 118 N.Y.S. 351 (Sup. Ct. 1909), 344.

⁶⁰ *Roth v. Robertson*, ... 344.

⁶¹ “*It was something more than an ultra vires transaction, it was one bad in morals, and so evidently so that the plea that the payment was made for the supposed interest of the corporation cannot be deemed any excuse in law.*”. *Roth v. Robertson*, ... 345.

⁶² *Roth v. Robertson*, ... 347.

⁶³ *Vide, infra*, 3.1.4.

⁶⁴ *Abrams v. Allen*, 74 N.E. 2d. 305 (N.Y. 1947).

Abrams, em seu nome e dos restantes sócios da sociedade, intentou um *derivative suit* contra o *board of directors* da mesma. As alegações prenderam-se com a ilegalidade da ordem de fecho de algumas das fábricas da sociedade e com a redução da produção noutras, com o fito único de intimidar e punir os trabalhadores, estes que recentemente iam demonstrando atitudes sindicalistas e que preparavam a votação e a adesão a uma greve contra a entidade empregadora. O caso resumia-se, portanto, à tese de que tais decisões assentavam em pre-conceitos pessoais e anti-laborais dos *directors* e que, por isso mesmo, ultrapassavam o escopo da racionalidade empresarial, com isso causando danos à sociedade na ordem dos milhões de dólares⁶⁵.

Sucedeu que, por duas vezes, a pretensão derivada dos sócios fora rejeitada - não seguindo sequer para julgamento, deferindo-se a *motion to dismiss* apresentada pelos réus. O *Court of Appeals* de Nova Iorque, todavia, acabou por reverter tais rejeições na citada decisão de maio de 1947, admitindo a julgamento o *derivative action* dos sócios da *Remington Rand, Inc* contra os seus *directors*.

II. É a justificação que o Supremo Tribunal nova iorquino utilizou para admitir a julgamento a *derivative action* que é referenciada como importante para compreender a sedimentação de um dever de legalidade dos administradores no direito societário norte-americano. Nesta decisão, embora muito sumariamente, o Supremo Tribunal entendeu que, se provados em sede de julgamento os factos e as circunstâncias alegadas, nomeadamente a intenção intimidatória e punitiva dos *directors* para com os trabalhadores, tal poderia consubstanciar fundamento de responsabilidade dos *directors* face à sociedade⁶⁶. Quer dizer, da decisão extrai-se que uma ilegalidade imputada à sociedade e decidida pelo *board*, quando danosa para a própria sociedade, é susceptível de se subsumir aos casos de violação dos deveres fiduciários que os *directores* devem relativamente à sociedade.

3.1.2.3 *Miller v. American Telephone and Telegraph Company*

I. O caso que agora trazemos não se pode dizer, em bom rigor, nova iorquino. Julgado no âmbito federal, *Miller v. American Telephone and Telegraph Company* foi decidido em novembro de 1974, pelo Tribunal Federal de Apelações, Terceiro Circuito, no âmbito de um recurso

⁶⁵ LAW REVIEW EDITORS, "Recent Cases...", p. 423 e NORWOOD P. DEVERIDGE, "Does the Corporate Director Have a Duty Always to Obey the Law?", in: *DePaul Law Review*, Vol. 45, Iss. 3, 1996. p. 739.

⁶⁶ *Abrams v. Allen...*, 305.

apresentado relativo a uma *dismissal* decretada pelo Tribunal de Distrito, competente pelo *Eastern District of Pennsylvania*. Embora decidido ao nível federal - e por isso fora da jurisdição dos tribunais do Estado de Nova Iorque -, o caso não deixou de ser julgado ao abrigo do direito societário nova iorquino - em particular o direito substantivo atinente aos *directors' fiduciary duties* -, em razão do facto de ter sido no Estado de Nova Iorque que a sociedade em causa fora constituída. Por isso mesmo não deixa de se poder dizer, com razão, que o dever de legalidade enraiza-se historicamente no direito societário do Estado de Nova Iorque⁶⁷.

II. Os factos que envolvem o caso implicaram os sócios e os *directors* da sociedade *American Telephone and Telegraph Company (AT&T)*, numa *derivative action* que os primeiros intentaram contra os segundos - todos os *directors*, menos um, foram visados na ação em apreço⁶⁸. Em causa esteve a falta de iniciativa dos *directors* da sociedade em cobrar um crédito, contraído por volta de 20 de agosto de 1968 e no valor de 1.5 milhões de dólares, à *Democratic National Committee (DNC)*, crédito esse que teve por base uma prestação de serviços de comunicações durante a Convenção Nacional Democrata, que decorrerá entre 26 e 28 de agosto de 1968. Semelhante inércia por parte dos *directors* da sociedade, na visão de Russel P. Miller e Margaret Jane Miller, constituiu um contributo embaçado da sociedade para o *DNC*, contributo que seria ilegal à luz dos limites federais ao dispendio de capitais das sociedades em campanhas políticas.

Por isso, o ato de não cobrar a dívida constituiu uma decisão baseada numa tentativa dissimulada de executar doações políticas e de influenciar ilicitamente as eleições presidenciais desse mesmo ano; tudo, em prejuízo dos fundos sociedade. Diante de tais factos, o casal *Miller*, ambos sócios da *AT&T*, pretenderam responsabilizar os *directors* ao abrigo da violação do “*duty to exercise diligence in handling the affairs of the corporation*”⁶⁹, pretensão que, como vimos, fora rejeitada em sede de primeira instância na sequência de um deferimento de uma *motion to dismiss*.

⁶⁷ Cf. FLORIAN REINHART, *Die Legalitätspflicht...*, p. 51 e NORWOOD P. DEVERIDGE, “*Does the Corporate Director...*”, p. 733.

⁶⁸ *Miller v. American Telephone and Telegraph Company*, 507, F.2d, p. 759 e ss.

⁶⁹ *Miller v. American...*, p. 759.

III. O Tribunal Federal de Apelações reverteu a decisão da primeira instância, e com isso estabeleceu um relevante precedente sobre o que aqui chamamos de dever de legalidade dos administradores, na sua relação com a *business judgment rule*⁷⁰. No entender do Tribunal, que na decisão citou tanto o *Roe v. Robertson* como o *Abrams v. Allen*, o ponto de viragem do caso assentou na ilegalidade do facto. Isto é, a apreciação do carácter legal ou ilegal da não cobrança do crédito, pela sociedade, marcaria, no caso, a diferença na avaliação da hipótese de responsabilidade dos *directors* por violação dos seus deveres fiduciários, ao abrigo do direito nova iorquino aplicável. Se, em circunstâncias normais, não fazer valer créditos vencidos durante um determinado período caberia, na descrição lícita e típica dos poderes de gestão, o mesmo já não se poderá dizer quando o devedor é uma associação ligada ao Partido Democrata, em ano de eleições, e em possível violação das regras federais de financiamento de campanhas eleitorais. É, destarte, a ilegalidade do ato a causa *sine qua non* da inaplicabilidade da proteção da *business judgment rule* e, conseqüentemente, da possível responsabilização dos *directors* por violação dos *fiduciary duties*. E isso, reitera-o explicitamente o Tribunal, ao afirmar:

“Had plaintiffs' complaint alleged only failure to pursue a corporate claim, application of the sound business judgment rule would support the district court's ruling that a shareholder could not attack the directors' decision (...). Where, however, the decision not to collect a debt owed the corporation is itself alleged to have been an illegal act, different rules apply.

3.1.3 Desenvolvimentos jurisprudenciais e doutriniais

3.1.3.1 Generalidades

I. Os três casos apresentados, que constituem a gênese histórica do dever de legalidade, ajudam-nos a perceber que o direito societário nova iorquino nunca tolerou, desde 1909, a ideia de que os *directors* podem, em nome da lucratividade, prosseguir por soluções conscientemente ilegais; a ordem e a moralidade pública não o permitem, nem a *business judgment rule* é apta a acudir o *director* em semelhantes casos.

⁷⁰ Cf. FLORIAN REINHART, *Die Legalitätspflicht...*, p. 53 e JOHANNES ROWOLD, *Pflichten...*, pp. 122.

Releva, ainda assim, prosseguir com uma análise dos desenvolvimentos que, jurisprudencial e doutrinariamente, foram florescendo do direito norte-americano.

3.1.3.2 A erosão da doutrina dos atos *ultra vires* e o esquecimento do *duty of obedience*

I. Hodiernamente, falar dos *directors' fiduciary duties* significa falar, sobretudo, da díade dos *duty of care* e *duty of loyalty*⁷¹. Todavia, num ensaio de 2011, o professor ALAN PALMITER exortou a recuperação de um terceiro e há muito esquecido dever: o *duty of obedience*⁷². A sua descrição, nas próprias palavras do professor, coincide em traços gerais com o que neste estudo denominamos de dever de legalidade: “*This third duty, now largely forgotten, compelled corporate fiduciaries to abide by legal norms—both those of the corporation and of external law.*”⁷³.

Certo é que a apresentação de um *duty of obedience* como autónomo dos demais remonta a 1946, à lição do professor HENRY WINTHROP BALLANTINE, que inclusivamente o enalteceu como o *primo inter pares* dos deveres fiduciários: “*Directors owe a threefold duty to the corporation. First they must be obedient.*”⁷⁴. A obediência, à data, era um conceito intimamente dependente do axioma segundo o qual os estatutos e a lei limitavam o escopo dos poderes de atuação das sociedades no tráfico jurídico, definindo de igual modo as fronteiras da autorização de exercício dos poderes dos seus *directors*. Assim, durante o século XIX inteiro e meados do século XX, a atuação dos *directors* fora controlada, legal e jurisprudencialmente, em função da extensão das atribuições societárias, interpretando-se para isso a letra e o espírito do *act of incorporation*.

A conduta do *director* seria, nesse quadro, ilícita na medida em que era excessiva, extrapolada e, assim, desautorizada. A obediência o que postulava era, portanto, a obrigação do *director* se cingir aos limites impostos pelos sócios e pela lei na definição normativa do objeto e do fim da sociedade, que, aliás, justificava a existência jurídica da sociedade como pessoa

⁷¹ Vide, por todos, PATRICK J. RYAN, “Strange Bedfellows: Corporate Fiduciaries and the General Law Compliance Obligation in Section 2.01(a) of the American Law Institute's Principles of Corporate Governance”, in: *Washington Law Review*, n.º 66, Vol. 2 (1991), p. 445 e ss.

⁷² ALAN R. PALMITER, “Duty of Obedience: The Forgotten Duty”, in: *New York Law School Law Review*, Vol. 55, Iss. 2, 2010/2011, pp. 457-478.

⁷³ ALAN R. PALMITER, “Duty of Obedience...”, p. 458.

⁷⁴ HENRY WINTHROP BALLANTINE, *Ballantine on corporations*, Revised Edition, Callaghan and Company, 1946. p. 156.

coletiva. No fundo, percebe-se que o *duty of obedience* vivesse à sombra da doutrina tradicional dos atos *ultra vires*, servindo-lhe de corolário de aplicação à conduta dos *directors*⁷⁵, e da proteção dos sócios face aos riscos de “*managerial overreaching*”⁷⁶. Disto, é-o perfeitamente espelho a decisão já aqui explanada, de 1909, *Roth v. Robertson*⁷⁷.

II. Se o protagonismo do *duty of obedience* repousava à sombra da doutrina dos atos *ultra vires*, a verdade é que a própria doutrina dos atos *ultra vires* dependeu, ela mesma, de contingências histórico-culturais que, com o passar dos séculos XIX e XX, se foram paulatinamente desvanecendo na cultura jurídica norte-americana, deixando órfã e à sua sorte a doutrina dos atos *ultra vires* e, com ela, o *duty of obedience*⁷⁸.

O primeiro fator que contribuiu para o enfraquecimento da doutrina *ultra vires* foi o *laissez-faire* que, no pós-guerra civil e com a industrialização da economia norte-americana, viera a furtar as sociedades comerciais do domínio público e do privilégio estatal⁷⁹. A ideia de que, antes do processo de industrialização do país, as sociedades comerciais eram constituídas para enfrentar necessidades concretas da população - como o eram, por exemplo, a construção de caminhos de ferro, as comunicações e a banca -, e que por isso caberia à lei estadual a prerrogativa de licenciar o privilégio da sua constituição somente como veículos de execução instrumental, tornou a tese dos atos *ultra vires*, na altura, uma evidência lógica e, até, um imperativo de escrutínio público⁸⁰.

Ora, com a “privatização” da atividade comercial, os diferentes Estados logo encetaram um movimento competitivo de atração do sedimento empresarial, primeiro permitindo um número ilimitado de atividades autorizadas, para depois nem sequer exigirem uma listagem de atividades, alargando vastamente o escopo da atuação societária⁸¹.

⁷⁵ Cf. ALAN R. PALMITER, “Duty of Obedience...”, p. 458.

⁷⁶ KENT GREENFIELD, “Ultra Vires Lives! A Stakeholder Analysis of Corporate Illegality (with Notes on How Corporate Law Could Reinforce International Law Norms)”, in: *Virginia Law Review*, Vol. 87, n.º 7, 2001, p. 1302.

⁷⁷ ALAN R. PALMITER, “Duty of Obedience...”, p. 462.

⁷⁸ Cf. CHARLES R. KORSMO, “Illegality and the business judgment rule”, in: *Research Handbook on Representative Shareholder Litigation*, Edward Elgar Publishing, 2018. p. 100 e ALAN R. PALMITER, “Duty of Obedience...”, pp. 462 e ss.

⁷⁹ MORTON J. HORWITZ, “Santa Clara Revisited: The Development of Corporate Theory”, in: *West Virginia University Law Review*, Vol. 88, Iss. 2, 1986, pp. 186 e 187.

⁸⁰ MORTON J. HORWITZ, “Santa ...”, pp. 186-188.

⁸¹ KENT GREENFIELD, “Ultra Vires...”, pp. 1311-1313

O terceiro e último fator brota igualmente do “desprivilegiar” e da “normalização” da sociedade comercial como meio organizado de empreendedorismo particular⁸². É natural que, num tempo onde as sociedades comerciais eram constituídas ao abrigo exclusivo do poder dos estados e com finalidades de interesse difuso, o compromisso da sua administração fosse, principalmente, com o público em geral, e não tanto com os sócios investidores. Sucede que, com a aurora do “*shareholders primacy*”, do adjacente princípio da maximização do valor e, principalmente, dos *directors’ fiduciary duties*, é expectável que os sócios, agora como centros das atenções, passassem a ver a doutrina dos atos *ultra vires*, já não como uma proteção necessária contra excessos, mas sim como uma limitação ao desenvolvimento lucrativo⁸³.

III. Então, o fenómeno de definhamento da doutrina dos atos *ultra vires* foi identificado pela literatura norte americana na perspetiva da substituição, na própria linguagem jurídica, do “*power*” pelo “*duty*”⁸⁴, quer dizer, no dobrar do século XIX para o XX, a noção relevante de “*mismanagement*” seria, já não o sobre-exceder das atribuições sociedade como um problema de desautorização, mas antes a descuidada, desleal e irrefletida condução do negócio em direção ao lucro, qualquer que este fosse quanto ao seu objeto. Dito de outro modo, se a estrela polar da estrutura societária era agora, nas sociedades, o interesse privado e lucrativo dos sócios, bastou-lhes como proteção e instância de responsabilidade exigir aos *directors* dois deveres fundamentais: o “*duty of loyalty*” e o “*duty of care*”, sem necessidade de recurso à ideia, já então algo de anacrónica, de “*lack of power*”⁸⁵.

Na sua relação simbiótica com a doutrina tradicional dos atos *ultra vires*, e na medida em que o seu manuseamento dependia diretamente de uma linguagem jurídica então ultrapassada, o *duty of obedience* caiu no quase esquecimento⁸⁶⁻⁸⁷. Nesta conjuntura, e como denota com perspicácia CHARLES R. KORSMO, o tratamento pelo direito norte americano dos casos de ilegalidade societária viu-se suspenso num “*awkward limbo*”; se, por um lado, o grosso dos tribunais e da doutrina permaneceram consensualmente avessos à ilegalidade, por outro

⁸² MORTON J. HORWITZ, “Santa ...”, p. 187.

⁸³ KENT GREENFIELD, “Ultra Vires...”, p. 1313 e ROB ATKINSON, “Obedience...”, p. 61.

⁸⁴ Com referências, vide ALAN R. PALMITER, “Duty of Obedience...”, p. 463.

⁸⁵ Com referências, ALAN R. PALMITER, “Duty of Obedience...”, pp. 461 e 462 e MORTON J. HORWITZ, “Santa ...”, p. 187.

⁸⁶ Atualmente, não constam referências a um *duty of obedience*, por exemplo, em nenhuma decisão dos Tribunais do Estado de Delaware, sendo igualmente escassas as referências na doutrina. Cf. ALAN R. PALMITER, “Duty of Obedience...”, p. 460.

⁸⁷ CHARLES R. KORSMO, “Illegality...”, p. 100.

lado o advento do novo paradigma dos *fiduciary duties* e do *shareholders' wealth maximization* pareceu não facilitar - pelo menos com a naturalidade com que o permitia o paradigma dos atos *ultra vires* - o encaixe de uma proposição segundo o qual os *directors* deviam à sociedade uma gestão que garantisse que a mesma não violasse as leis, mesmo quando essas mesmas violações se revelavam as mais idóneas à maximização do lucro⁸⁸.

IV. Compreendemos agora que foi neste “limbo” que abrimos o presente estudo: na intuição de que o problema do dever de legalidade repousava na personificação das sociedades comerciais e no paradigma da fidúcia societária baseada em deveres fundamentais e relativos dos administradores ante a sociedade. E a verdade é que esta intrincada incompatibilidade ainda hoje se sente no regime societária norte americana, de tal sorte que podemos afirmar - como resultado intermédio da nossa humilde investigação - ser a ilegalidade o “calcanhar de Aquiles” do paradigma dos *fiduciary duties*, e, com ele, do moderno direito das sociedades comerciais. Isto, de resto, é ainda hoje afirmado por alguma literatura transatlântica, servindo de exemplo persuasivo as lições de STEPHEN M. BAINBRIDGE, STAR LOPEZ e BENJAMIN OKLAN:

*“The point is not that corporations should be allowed to break the law. They should not. If a corporation breaks the law, criminal sanctions should follow for the entity or the responsible individuals. The point is only that fiduciary obligation and the duty to act lawfully make a bad fit.”*⁸⁹

V. A busca pelos fundamentos de um *duty to act lawfully* é - e foi -, desde a erosão da doutrina dos atos *ultra vires* e do esquecimento do *duty of obedience*, um verdadeiro desafio para o jurista norte-americano. E esse desafio recebê-mo-lo nós, portugueses e alemães, ao constatar a intensa influência da experiência norte-americana na modelação do moderno direito das sociedades europeu, especialmente no que concerne à disciplina basilar dos deveres dos administradores.

⁸⁸ CHARLES R. KORSMO, “Illegality...”, p. 100.

⁸⁹ STEPHEN M. BAINBRIDGE/STAR LOPEZ/BENJAMIN OKLAN, “The Convergence of Good Faith and Oversight”, in *UCLA School of Law Law & Economics*, Research Paper Series, Research Paper n.º 07-09, p. 593. No mesmo sentido, veja-se ELIZABETH POLLMAN, “Corporate Disobedience”, in: *Duke Law Journal*, vol. 68, 2019, pp. 750 e ss.

Isto posto, o próximo ponto tem particular relevância para nós; as respostas que a doutrina e a jurisprudência norte-americana oferecem, no seio deste “novo” paradigma centrado nos *directors’ fiduciary duties*⁹⁰, ao problema do *corporate misconduct* e do *duty to act lawfully* ajudar-no-ão, em muito, a responder à questão de saber se, de facto, o dever de legalidade cabe, ou não, no artigo 64.º do CSC e, bem assim, no § 93, n.º 1 da *AktG*.

3.1.3.3 A sobrevivência da doutrina dos atos *ultra vires* como remédio do *corporate misconduct*

- I. Num longo artigo escrito no ano 2000, KENT GREENFIELD apresenta a tese segundo o qual, não obstante o inegável minguar da doutrina dos atos *ultra vires*, esta permanece viva; viva e necessária, exatamente por ser a resposta atual ao dilema da legalidade como limite à maximização do lucro⁹¹.
- II. Examinando os contornos da doutrina tradicional dos atos *ultra vires*, o histórico das decisões judiciais e as legislações estaduais, a primeira premissa que o Autor tenta estabelecer é a de que os atos ilegais imputáveis à sociedade são, intrinsecamente, *ultra vires* em relação às mesmas, ou seja, que as sociedades comerciais não são autorizadas pelo direito norte-americano a praticar atos ilegais, e que os mesmos ultrapassam o escopo da sua constituição⁹². Neste sentido, importa revisitar o direito societário nova-iorquino, encabeçado para o efeito pela decisão do *Roth v. Robertson*, onde foi assente que um ato ilegal e contrário à moralidade pública seria considerado *ultra vires*⁹³.

Numa formulação positiva, a proposição é a de que as sociedades comerciais, embora já não necessariamente instrumentalizadas para a prossecução de um fim específico e público, devem ainda assim prosseguir a sua atividade sempre sob a égide da lei, ou, na expressão do § 201 do *New York Business Incorporation Law*, “*for any lawful business purpose*”⁹⁴. Semelhante locução pode ainda ser encontrada, num exemplo de relevo, no § 101 (b) do *General*

⁹⁰ A transição do paradigma da capacidade para o dever é, entre nós, sugerida por DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva...*, pp. 780 e ss., ao ensinar que a “identificação *fim da sociedade e interesse social* desloca a problemática subjacente do art. 6.º para o âmbito dos deveres gerais dos administradores (...).”

⁹¹ KENT GREENFIELD, “*Ultra Vires...*”, pp. 1279-1379.

⁹² KENT GREENFIELD, “*Ultra Vires...*”, p. 1314 e ss.

⁹³ Veja-se, *supra*, o ponto 3.1.1, B, a. Cfr, ainda, KENT GREENFIELD, “*Ultra Vires...*”, p. 1314.

⁹⁴ NEW YORK BUSINESS CORPORATION LAW, disponível em <https://codes.findlaw.com/ny/business-corporation-law/>.

Corporation Law do Estado de Delaware⁹⁵ e, noutro exemplo mais abrangente, no § 3.01 (a) do *Model Business Corporation Act*, de onde consta: “*Every corporation incorporated under this Act has the purpose of engaging in any lawful business (...)*”⁹⁶.

III. A par destes argumentos, GREENFIELD intenta ainda demonstrar que as regras de interpretação dos contratos permitem, outrossim, concluir que os estatutos das sociedades incluem o enunciado *ultra vires* de que a legalidade é o limite vedante da prossecução dos seus fins⁹⁷. Esta perspetiva, o Autor apresenta-a num esforço inteligente de compatibilização inesperada da “*Contractarian Theory of Corporate Law*” com a doutrina dos atos *ultra vires*, quer dizer, que a livre constituição das sociedades como ato jurígeno, a sua origem na autonomia da vontade e a natureza contratual das relações societárias⁹⁸ não obstam a que se considere que constam limites às finalidades e à capacidade da sociedade e que, inversamente, essa limitação não procede necessariamente do paradigma concessionário, típico dos séculos XVIII e XIX.

Neste trilho, GREENFIELD raciocina que, assumindo os estatutos como um texto essencialmente contratual, não deixaria ainda assim de se aplicar o primado da ordem pública sobre a autonomia da vontade; que a própria legitimidade da autonomia repousa sobre a premissa de que a mesma somente enforma obrigações de objeto lícito⁹⁹. A conclusão é a de que, à luz das regras gerais do direito contratual, estatutos que autorizem inequivocamente os *directors* a transgredir a legalidade, ainda que em nome e por conta da sociedade e ao abrigo da personalidade coletiva, seriam normativamente desconsiderados quanto a esse conteúdo específico¹⁰⁰. Se semelhante conclusão procederia, no entender do Autor, nos casos em que a

⁹⁵ DELAWARE GENERAL CORPORATIONS LAW, disponível em: <https://delcode.delaware.gov/title8/index.html>, estatuinto que “*A corporation may be incorporated or organized under this chapter to conduct or promote any lawful business (...)*”.

⁹⁶ Ainda que não revista, no direito norte americano, força de lei, o *Model Business Corporation Act* foi adotado pela legislação da maioria dos Estados, servindo dessa sorte de índice esclarecedor e padronizado do estado atual do direito societário norte americano.

⁹⁷ KENT GREENFIELD, “*Ultra Vires...*”, pp. 1319 e ss.

⁹⁸ Num sumário indigno da importância desta escola de pensamento, a “*contractarian theory of the corporation*” postula que a natureza das *corporations* é eminentemente contratual, representada por um feixe de relações contratuais incompletos entre os seres humanos nela implicados, nomeadamente os *shareholders*, *directors*, *officers*, etc. Neste sentido, o direito societário funciona como uma forma contratual estandardizada, vocacionada a resolver os problemas de agência e dos custos de transação associados tipicamente aos complexos contratuais, sem necessidade de recurso à negociação. Esta escola conta com proeminentes sequazes da academia norte-americana

⁹⁹ KENT GREENFIELD, “*Ultra Vires...*”, p. 1320.

¹⁰⁰ KENT GREENFIELD, “*Ultra Vires...*”, p. 1320.

letra dos estatutos positivamente o autorizasse, mais ainda se aplicará nos casos em que nada a esse respeito é expresso¹⁰¹.

Um segundo argumento faz apelo ao princípio contratual segundo o qual, em caso de ambiguidade e de incerteza, deve prevalecer a solução interpretativa que prime pela validade, pela licitude e pela razoabilidade¹⁰². O pressuposto deste princípio é, nas palavras do professor, o de que “*legality is an implied condition of every contract*”, de tal sorte que a melhor interpretação dos estatutos silentes em relação à autorização para prática de atos ilegais será, singelamente, a de que a sociedade e os seus administradores não estão autorizados a realizá-los¹⁰³.

Um terceiro e último ponto ronda o princípio através do qual se deve evitar conclusões interpretativas que se revelem supérfluas¹⁰⁴. No ângulo inverso, o terceiro princípio invocado pelo Autor faz presumir que as partes de um contrato, envolvidas numa transação presumidamente cuidada e com uma redação detalhada, não empregam termos sem um sentido concreto e efetivo¹⁰⁵. Ora, na lógica de GREENFIELD, se o princípio da maximização do lucro, concebido *prima facie* sem limites objetivos, é a regra matriz do direito societário, seria supérfluo concluir que a inclusão da locução “*lawful purpose*” não servia nenhum intuito que não a repetição do princípio da maximização do valor. Seguindo o imperativo de evitar conclusões interpretativas supérfluas, segue que “*lawful purpose*” expressa a intenção de balizar a autoridade da sociedade nas fronteiras da atuação legal; isto é, serve o propósito de cunhar como *ultra vires* todos os atos ilegais¹⁰⁶.

IV. A tese de GREENFIELD é, pois, a de que o *duty to obey the law* deriva da consideração como *ultra vires* todos os atos que ultrapassem a malha da legalidade, recuperando-se desse modo a velha noção da obediência, em que aos *directors* caberia o dever de impedir que a sociedade, no prosseguimento da sua atividade, atuasse para além das suas atribuições; que a limitação da sociedade era a medida da obediência do *director*. Semelhante consideração, deduziu-a o

¹⁰¹ KENT GREENFIELD, “Ultra Vires...”, p. 1320.

¹⁰² KENT GREENFIELD, “Ultra Vires...”, p. 1321.

¹⁰³ KENT GREENFIELD, “Ultra Vires...”, pp. 1321 e 1322.

¹⁰⁴ KENT GREENFIELD, “Ultra Vires...”, p. 1322.

¹⁰⁵ KENT GREENFIELD, “Ultra Vires...”, p. 1322.

¹⁰⁶ KENT GREENFIELD, “Ultra Vires...”, p. 1322.

professor de algumas decisões jurisprudenciais, das legislações estaduais e, por fim, da interpretação dos estatutos, efetuada nos termos do direito comum dos contratos¹⁰⁷.

Com esta conclusão, o Autor advoga que o problema do *corporate misconduct* não é uma preocupação exclusiva do direito penal e regulamentar, cabendo igualmente ao *corporate law* oferecer remédios, principalmente aos sócios e ao *attorney general*, para lhe fazer face¹⁰⁸.

3.1.3.4 Corolário específico do *duty of good faith*

I. Alguma doutrina e jurisprudência norte-americanas relacionam o dever de legalidade com o *duty of good faith*, concebendo o primeiro como um corolário específico do segundo¹⁰⁹. Todavia, esta proposta repousa sobre uma premissa em si mesmo problemática e discutida no direito societário norte-americano: a de que o *duty of good faith* desfruta de um estatuto autónomo e independente do *duty of care* e, principalmente, do *duty of loyalty*, contando-se, já não uma díade, mas uma tríade de *directors' fiduciary duties*¹¹⁰.

A afirmação desta “tríade” deve-se, pela primeira vez, ao Supremo Tribunal do Estado de Delaware, que em 1993, no caso *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.*, estabeleceu:

*“To rebut the rule, a shareholder plaintiff assumes the burden of providing evidence that directors, in reaching their challenged decision, breached any one of the triads of their fiduciary duty — good faith, loyalty or due care.”*¹¹¹

¹⁰⁷ Num sentido próximo, parece também seguir ANDREW S. GOLD, “The New Concept of Loyalty in Corporate Law”, in: UC Davis Law Review, Vol. 43, Iss. 2, 2009, pp. 476 e 477.

¹⁰⁸ KENT GREENFIELD, “Ultra Vires...”, pp. 1351 e ss.

¹⁰⁹ Neste sentido, ALAN R. PALMITER, *Corporations: Examples & Explanations*, Wolters Kluwer, 8.ª Edição, 2015, pp. 258 e 259, CLAIRE A. HILL/BRETT H. McDONNELL, “Stone v. Ritter and the Expanding Duty of Loyalty”, in: *Fordham Law Review*, Vol. 76, Iss. 3, 2017, pp. 1784 e 1785 e MELVIN A. EISENBERG, “The duty of good faith...”, pp. 18 e ss.

¹¹⁰ Sobre o estatuto do *duty of good faith* no direito societário norte americano, veja-se HILLARY A. SALE, “Delaware’s Good Faith”, in: *Cornell Law Review*, Vol. 89, Iss. 2, 2004, pp. 457-495, LEO STRINE/LAWRENCE HAMERMESH/R. FRANKLIN BALOTTI/JEFFREY GORRIS, “Loyalty’s Core Demand: Defining the Role of Good Faith in Corporation Law”, in: *Georgetown Law Journal*, Vol. 93, 2010, 629-696, MELVIN A. EISENBERG, “The duty of good faith...”, pp. 4 e ss. STEPHEN M. BAINBRIDGE/STAR LOPEZ/BENJAMIN OKLAN, “The Convergence...”. Veja-se, por fim, na opinião do Chancellor WILLIAM CHANDLER, um excuro erudito sobre o estado da arte da discussão à data, In re Walt Disney Co. Derivative Litigation, 907 A.2d 693 (Del. Ch. 2005), pp. 758 e ss.

¹¹¹ *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.*, 634 A.2d, p. 361.

O argumento que presidiu à emancipação de um *duty of good faith*, ao abrigo do direito societário do Estado de Delaware, assentou na percepção de que tanto o *duty of loyalty* como o *duty of care* se encontravam já aprisionados a um conjunto típico de casos, tornando-os indispostos a abraçar uma constelação de outros casos, a que a fidúcia societária deveria também oferecer resposta. Quer isto dizer, numa fórmula sumária, que se constatarem casos onde, embora leais e cuidadosos aos olhos do alcance tradicional dos *duty of loyalty* e *duty of care*, nem por isso se deixou de julgar os atos do(s) *director(s)* com “*lack of good faith*”¹¹².

Em 2005, no caso *In re Walt Disney Co. Derivative Litigation (Disney IV)*, o *Chancellor* WILLIAM CHANDLER, então juiz do *Court of Chancery of Delaware*, depois excursar, na longa opinião por si assinada, sobre os *directors fiduciary duties*, resumiu o ponto da utilidade deste novo conceito nos moldes em que segue:

“*Good faith may serve to fill this gap and ensure that the persons entrusted by shareholders to govern Delaware corporations do so with an honesty of purpose and with an understanding of whose interests they are there to protect.*”¹¹³

Conclui-se que o *duty of good faith*, lidando maioritariamente com a integridade subjetiva do *director* - a sua honestidade, sinceridade, decência, respeito pela ética na condução do negócio, no “*fair dealing*” e a sua fidelidade à sociedade¹¹⁴ - surgiu, essencialmente, como reparo dos ângulos mortos que os *duty of loyalty* e *duty of care*, na sua interpretação clássica, foram deixando na fidúcia societária.

II. Ora, o caso das ilegalidades é disto um perfeito exemplo. Como nota EISENBERG, nas situações que acionam o problema do dever de legalidade, os *directors* na maior das vezes agem isentos de conflitos de interesses, sem qualquer tipo de interesse pessoal envolvido e, de igual modo, revestem a decisão de uma cuidada e informada ponderação de custo-benefício, o que os leva

¹¹² Sobre este ponto em especial, ver CLAIRE A. HILL/BRETT H. MCDONNELL, “*Stone v. Ritter...*”, pp. 1780 e ss., HILLARY A. SALE, “*Delaware’s...*”, pp. 482 e ss e MELVIN A. EISENBERG, “*The duty of good faith...*”, pp. 14 e ss.

¹¹³ *In re Walt Disney...*, p. 761.

¹¹⁴ MELVIN A. EISENBERG, “*The duty of good faith...*”, pp. 9 e ss.

a crer fiéis servos da maximização do interesse lucrativo dos sócios¹¹⁵. Seria, pois, na teoria uma categoria de condutas tidas por leais e cuidadosas¹¹⁶.

Retomando a dimensão subjetiva do *duty of good faith*, o dever de legalidade, como seu corolário específico, funda-se num leque variado de razões, nem sempre da mesma natureza, mas todas devedoras da ideia de integridade, honestidade e fidelidade à sociedade como apanágios normativamente necessários de um *director* em ação.

III. O *duty of good faith* parece, assim, oferecer alguma margem e fôlego ao dever de legalidade, porque desvia o foco da ilicitude dos contornos circunstanciais da operação para a integridade pessoal do *director* enquanto sujeito a quem fora confiado um projeto empresarial. Diríamos, naquilo que é a nossa interpretação das fontes, que ao *duty of good faith* importa maioritariamente aquilo que na operação é revelador da integridade e candura do sujeito, ao passo que na visão tradicional dos *duty of care* e *duty of loyalty* pesa mais aquilo que no sujeito é garante da integridade da operação¹¹⁷. Por isso é o *duty of good faith* sensível ao problema do dever de legalidade; a ilegalidade consciente passa a poder ser censurada intrinsecamente, isto é, independente da circunstância de contribuir ou não para a maximização do valor, pois não deixa de refletir, em qualquer dos casos, a desonestidade e a indecência do homem que a causou.

3.1.3.5 A expansão do *duty of loyalty* e o regresso ao dever fiduciário único

I. Como vimos, o surgimento pelo *case law* do Estado de Delaware do *duty of good faith* - e a este agregado, do dever de legalidade¹¹⁸ - é em parte explicado pela saturação casuística dos vetustos *duty of care* e *duty of loyalty*. Porém, veremos neste ponto que o último e mais recente estádio da evolução jurisprudencial e doutrinal do Estado de Delaware, desde 2006, arruma o dever de legalidade na esteira do *duty of loyalty*, um novo e mais robusto *duty of loyalty*¹¹⁹.

¹¹⁵ MELVIN A. EISENBERG, “The duty of good faith...”, p. 38.

¹¹⁶ Cf. MELVIN A. EISENBERG, “The duty of good faith...”, p. 38 e CLAIRE A. HILL/BRETT H. McDONNELL, “Stone v. Ritter...”, pp. 1780 e ss.

¹¹⁷ MELVIN A. EISENBERG, “The duty of good faith...”, p. 25.

¹¹⁸ Retome-se as palavras do Supremo Tribunal de Delaware, em *In re Walt Disney Co. Derivative Litigation*, A.2d 27 (Del. 2006), p. 67: “The good faith required of a corporate fiduciary includes not simply the duties of care and loyalty, in the narrow sense that I have discussed them above, but all actions required by a true faithfulness and devotion to the interests of the corporation and its shareholders. A failure to act in good faith may be shown, for instance (...) where the fiduciary acts with the intent to violate applicable positive law (...).” (realce nosso).

¹¹⁹ Sobre este ponto, ver ANDREW S. GOLD, “The New Concept...”, pp. 457-528, CLAIRE A. HILL/BRETT H. McDONNELL, “Stone v. Ritter...”, pp. 1777 e ss., LEO STRINE/LAWRENCE HAMERMESH/R. FRANKLIN

II. Poucos meses depois de o *Delaware's Supreme Court* ter resolvido em última instância o caso *Disney*, onde ficou consumada a relevância do *good faith* na apreciação da conduta dos *directors*, o mesmo Tribunal decidiu, em novembro de 2006, o caso *Stone v. Ritter*¹²⁰, em que, resumidamente e para o que aqui nos interessa, se considerou o “*lack of good faith*”, sim, uma condição necessária de responsabilidade, mas nunca auto-suficiente, “*ipso facto*”¹²¹. O Justice RANDY HOLLAND, autor da opinião, explicou que o papel do “*act in good faith*”, não sendo autónomo nem independente, baseia-se numa condição auxiliar da lealdade, recuperando assim uma afirmação do *Court of Chancery*, em *Guttman v. Huang*, segundo o qual: “*A director cannot act loyally towards the corporation unless she acts in the good faith belief that her actions are in the corporation's best interest.*”¹²².

Assim, desde o *Stone v. Ritter*, assistiu-se a uma dilatação do *duty of loyalty*, já não mais resumido aos casos de conflito de interesses e de garantia de isenção, mas agora subsumindo para si todos os significados anteriormente pertencentes ao *duty of good faith*, entre os quais constava a ilegalidade consciente como situação de ilicitude fiduciária.

III. Sob a pena dos Tribunais de Delaware, o precedente consolidou-se e, ainda hoje, a proibição da ilegalidade surge no seio do *duty of loyalty*. Permitimo-nos mencionar alguns exemplos:

i) Em 2007, no caso *Desimore v. Barrows*, o *Court of Chancery* aduz: “*In short, by consciously causing the corporation to violate the law, a director would be disloyal to the corporation and could be forced to answer for the harm he has caused.*”¹²³;

ii) Em 2011, o *Court of Chancery*, no caso *In re Massey Energy Co. Derivative & Class Action Litigation*, estabeleceu que: “*For fiduciaries of Delaware corporations, there is no room to flout the law governing the corporation's affairs. If the fiduciaries of a Delaware corporation*

BALOTTI/JEFFREY GORRIS, “Loyalty’s Core...”, pp. 673 e ss. e STEPHEN M. BAINBRIDGE/STAR LOPEZ/BENJAMIN OKLAN, “The Convergence...”, pp. 25 e ss.,

¹²⁰ *Stone v. Ritter*, 911, A.2d (Del. 2006), pp. 362 e ss.

¹²¹ *Stone v. Ritter*, p. 369 e 370.

¹²² *Stone v. Ritter*, p. 370, citando *Guttman v. Huang*, 823 A.2d (Del.Ch. 2003), p. 506.

¹²³ *Desimore v. Barrows*, 924 A.2d (Del. Ch. 2007), pp. 934 e 935.

do not like the applicable law, they can lobby to get it changed. But until it is changed, they must act in good faith to ensure that the corporation tries to comply with its legal duties.”¹²⁴;

IV. A lealdade, neste seu novo alcance ético-jurídico, tornou-se o epicentro da fidúcia societária no direito societário do Estado de Delaware¹²⁵. E na base deste novo ciclo está, parece-nos, uma constatação sensata: a de que o coração da fidúcia societária reside verdadeiramente na relação de confiança e na obrigação de cuidar e promover o interesse da sociedade em todas as dimensões da sua existência, e não tanto na segmentação laboratorial de casos-tipo, aos quais depois se faz corresponder deveres de aplicabilidade rígida¹²⁶. Numa afirmação concisa, diríamos que a experiência norte-americana revela que são os *duty of care* e *duty of loyalty* a derivar da fidúcia societária, e não a fidúcia societária a derivar dos *duty of care* e *duty of loyalty*:

3.1.4 “*Law as limit*” vs. “*Law as price*”

I. Subjacente e, ao mesmo tempo, paralelo ao problema do dever de legalidade dos administradores reside, como premissa basilar, um debate antigo sobre a natureza das leis e, mais especificamente, sobre natureza das estatuições sancionatórias¹²⁷. Sem pretensões de exaustão - visto extrapolar o objeto do presente estudo uma investigação completa sobre este assunto -, alguns autores norte-americanos justificam a inexistência de um dever de legalidade dos administradores na consideração das sanções legais como custo marginal do cumprimento¹²⁸. De inspiração positivista e economicista, nesta perspectiva, comumente conhecida como “*law as price theory*”, a lei não surge como definidora coerciva de condutas, antes surge como definidora de preços, de tal sorte que no sujeito de direito permanece incólume a liberdade da “violação” da lei, sujeitando-se este apenas ao custo associado ao incumprimento¹²⁹. Nesta senda, se o que o Direito faz ao legislar é, em última instância, definir preços indexados ao incumprimento, em

¹²⁴ In re Massey Energy Co. Derivative & Class Action Litigation, (Del. Ch. May. 31, 2011), p. 49.

¹²⁵ Semelhante conclusão parece propugnar ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, “Deveres Fiduciários...”, p. 631, onde se lê: “(...) o dever de lealdade não é um dever fiduciário, mas sim o dever fiduciário.”

¹²⁶ Neste sentido, argumentando que, rigorosamente, apenas existe um *fiduciary duty*, vide CLAIRE A. HILL/BRETT H. McDONNELL, “Stone v. Ritter...”, pp. 1779.

¹²⁷ Sobre esta questão fundamental, veja-se o estudo de ROBERT COOTER, “Prices and Sanctions”, in: *Columbia Law Review*, vol. 84, 1984, pp. 1523 e ss

¹²⁸ FRANK H. EASTERBROOK/DANIEL R. FISCHER, “Antitrust Suits by Targets of Tender Offers”, in: *Michigan Law Review*, vol. 80, 1982, p. 1177, nota 57, em que: “*The penalties Congress names for disobedience are a measure of how much it wants firms to sacrifice in order to adhere to the rules; (...)*”.

¹²⁹ CYNTHIA A. WILLIAMS, “Corporate Compliance with the Law in the Era of Efficiency”, in: *North Carolina Law Review*, vol. 76, n.º 4, 1998, pp. 1285 e ss.

rigor o Direito prescinde da pretensão vinculativa de comportamentos e, conseqüentemente, dá como permitido e legal toda a conduta, desde que a sanção seja cumprida¹³⁰.

Por outro lado, é possível conceber a lei como prescritiva de condutas, preocupada, portanto, com a condução do movimento dos sujeitos. Ao passo que na *law as price theory* predomina a dimensão voluntarista do sujeito na relação com a lei, em que o pagamento da sanção será visto como condição livre de permissão, na *law as limit theory* a conduta é, em si mesmo, desvalorada e proibida, e por isso limitativa do escopo de atuação livre do sujeito. Porque a intenção é desincentivar a conduta, vista como errada de algum modo, o Direito sanciona quem pratica¹³¹.

As conseqüências da adoção de uma ou outra destas doutrinas é essencial para o problema do dever de legalidade, porquanto a sua negação está umbilicalmente relacionada com a possibilidade de subordinar a legalidade à liberdade de decisão de acatamento das sanções e da análise de custo/benefício como modo de relação típico entre o sujeito e a lei. Sendo, pois, a sociedade livre de violar a lei, segue que inexiste no administrador dever algum de legalidade.

3.2 Direito alemão

3.2.1 O problema dos fundamentos em aberto

I. Atravessando o oceano atlântico, trataremos agora de analisar os fundamentos do dever de legalidade à luz do sistema jurídico alemão.

II. O primeiro dado a apresentar é o de que também na Alemanha se sente a dificuldade de acomodação dogmática que assola o dever de legalidade nos sistemas societários baseados em deveres fiduciários e relativos, como o é o alemão, fortemente inspirado pelo direito norte americano¹³².

¹³⁰ CYNTHIA A. WILLIAMS, “Corporate Compliance...”, p. 1187.

¹³¹ ROBERT COOTER, “Prices...”, p. 1537.

¹³² Veja-se THOMAS E. ABELTSHAUSER, *Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht...*, como um estudo comparatístico fundamental ao desenvolvimento do direito societário alemão.

Destaca-se, como ponto de partida da demanda, a ausência de elementos gramaticais na lei alemã que permitam, com segurança, inferir a existência do dever de legalidade. Apenas no *Deutscher Corporate Governance Kodex (DCGK)* se pode encontrar uma referência inequívoca ao dever de legalidade, em que na recomendação A.3, Princípio 5, se lê que compete ao órgão de gestão zelar pelo cumprimento de todas as disposições legais e das políticas internas e esforçar-se para que a sociedade as cumpra¹³³. Todavia, atendendo-se à natureza de *soft law* do documento citado e ao sistema de fontes alemão, sempre será incorreto daí retirar conclusões interpretativas, sob pena de se atentar contra o princípio da legitimidade democrática como garante da força normativa¹³⁴.

Como elemento histórico, UWE H. SCHNEIDER introduziu a hipótese de se poder extrair o dever de legalidade das palavras do Governo Federal Alemão, no documento justificativo da *UMAG*, de 2005, que veio alterar a *AktG* e introduzir no ordenamento jurídico alemão a *business judgment rule*¹³⁵. Sobre o alcance da proteção oferecida pela *business judgment rule*, do novo § 93/1 *AktG*, lê-se no documento histórico-legislativo que a mesma não se aplica aos casos da ilegalidade; que a regra então introduzida não servia como “porto seguro” („*sicheren Hafen*“) contra a imputação de responsabilidades¹³⁶. Esta ilação é, contudo, refutada pela doutrina atual, que, por um lado, desvaloriza a possibilidade de uma afirmação isolada e sem concretização normativa poder, por si, servir de fundamento de um dever geral de legalidade e, por outro, denota que a inaplicabilidade da *business judgment rule*, a verificar-se, não se confunde necessariamente com a ilicitude dos casos de ilegalidade.¹³⁷

Por fim, se o grosso dos autores deduz o dever de legalidade da cláusula geral de diligência sediada no § 93/1 *AktG* e no § 43 *GmbHG*, a verdade é que o teor literal do preceito não conduz perentoriamente o intérprete a um dever de legalidade¹³⁸; não é de nenhum modo evidente - antes pelo contrário - que, ao abrigo do benefício societário, os administradores

¹³³ DCGK, A.3, Princípio 5, disponível em <https://www.dcgk.de/en/code/current-version/a-management-and-supervision.html>.

¹³⁴ JOHANNES ROWOLD, *Pflichten...*, pp. 115. No mesmo sentido, FLORIAN REINHART, *Die Legalitätspflicht...*, p. 102.

¹³⁵ Cf. UWE H. SCHNEIDER, “Die Haftung...”, p. 909.

¹³⁶ Begr. RegE *UMAG* BT-Drs. 15/5092, p. 11, disponível em <https://dejure.org/Drucksachen/Bundestag/BT-Drs.15/5092>.

¹³⁷ Assim, EVA BREITENFELD, *Die organschaftliche...*, pp. 69 e 70 e JOHANNES ROWOLD, *Pflichten...*, pp. 117 e 118.

¹³⁸ EVA BREITENFELD, *Die organschaftliche...*, pp. 61 e 62.

estejam, *per se*, impedidos de intencionalmente imputar ilegalidades à sociedade, desde que convictos do ganho final. Como bem aponta alguma doutrina, desafia esta aparente evidência os casos de violação eficiente da lei, conjugado com a vocação lucrativa das sociedades¹³⁹.

III. Na falta de dados gramaticais e históricos expressos, cumpre-nos prosseguir para a investida da doutrina alemã, empregue no sentido de encontrar no sistema coordenadas firmes de um dever de legalidade.

3.2.2 O dever geral de prevenção de danos

I. Um dos argumentos a favor do dever de legalidade é o da prevenção de danos societários¹⁴⁰. Este ponto coincide com a primeira intuição em face do problema do dever de legalidade; visto que da ilegalidade se seguem aplicações de sanções legais, indenizações, litígios mais ou menos morosos e, em especial nos dias que correm, prejuízos reputacionais incalculáveis, seguiria que um administrador, por imperativo de cuidado e do dever geral de prevenção de danos, estaria obrigado à promoção da legalidade.

II. Este raciocínio é falacioso por uma ordem variada de motivos, todos eles devidamente apontados pela doutrina alemã.

Primeiramente, é incorreto no sistema de responsabilidade civil alemão - como, de resto, é também no português - fazer derivar *ipso iure* a ilicitude de um dano. Sendo a ilicitude e o dano pressupostos independentes e cumulativos de imputação de responsabilidade, apurar a ilicitude por referência à verificação de um dano seria, na realidade, fundir estes dois requisitos de responsabilidade num só¹⁴¹.

Em segundo lugar, a prevenção de danos como fundamento do dever de legalidade, se aplicável, faria excluir imediatamente do seu âmbito o cumprimento das leis sem coima associada e, igualmente, afastaria os casos de violação eficiente da lei - que já vimos ser o

¹³⁹ CHRISTOPH THOLE, "Managerhaftung für ...", p. 513 e JOHANNES ROWOLD, *Pflichten...*, p. 114.

¹⁴⁰ Raros são os autores germânicos que não fazem referência a esta razão, embora quase todos acabem por a criticar e afastar. Ver, por exemplo, FLORIAN REINHART, *Die Legalitätspflicht...*, p. 103 e ss e MATIAS HABERSACK, "Die Legalitätspflicht...", p. 433,

¹⁴¹ Por todos, EVA BREITENFELD, *Die organschaftliche...*, pp. 52 e ss, HOLGER FLEISCHER, "Aktienrechtliche Legalitätspflicht...", p. 144 e MATIAS HABERSACK, "Die Legalitätspflicht...", p. 434.

núcleo problemático do dever de legalidade -, na exata medida em que o que os caracteriza é, singelamente, o facto de, não só não redundarem num dano, como ainda se revelarem lucrativos¹⁴².

Bem vistas as coisas, este último ponto expõe uma contradição crítica no argumento em apreço. É que fazer depender a existência do dever de legalidade do dever geral de prevenção de danos corresponde, na realidade, a afirmar que o desvalor da ilegalidade é, afinal, uma vicissitude que lhe é extrínseca: a circunstância de a esta estarem associados custos contingentes. Por outras palavras, o que este argumento provoca é a devolução da questão do dever de legalidade para cálculo de vantagens e desvantagens, e não para a legalidade ou ilegalidade em si mesmo consideradas. E a contradição é esta: o dever de legalidade emerge precisamente como um postulado limitativo da lógica de custo-benefício e do dogma da maximização do valor, e fá-lo através de um escopo objetivo e intrínseco: o da legalidade. Ora, advogar a dependência da prevenção do dano força, por conseguinte, o dever de legalidade ao auto-aniquilamento.

3.2.3 O primado da lei e os § 93/4 e § 396 *AktG*

- I. Alguns autores identificam na *AktG* um dado normativo do sistema através do qual se conclui que a lei pressupõe a legalidade como limite imanente da atividade de gestão; que o bem comum e a lei se sobrepõem ao interesse lucrativo das sociedades, vedando os meios pelos quais este é obtido¹⁴³.
- II. Um seu primeiro índice normativo é fruto do disposto no § 93/4 *AktG*, através do qual se isenta o conselho de administração de responsabilidade, caso este tenha atuado ao abrigo de uma deliberação legal (*gesetzmäßigen*), oriunda da assembleia geral anual. A partir do teor do preceito, PAEFGEN raciocinou que, sendo o alcance liberatório reduzido aos casos de deliberações sociais que respeitem a legalidade, segue *a contrario* que o conselho de administração pode responder civilmente no caso de implementar uma deliberação ilegal; e se

¹⁴² FLORIAN REINHART, *Die Legalitätspflicht...*, p. 103.

¹⁴³ CHRISTOPH THOLE, "Managerhaftung für ...", p. 514 e HOLGER FLEISCHER, "Aktienrechtliche Legalitätspflicht...", p. 148.

assim é quando haja prévia deliberação, assim também o será, *a maiori, ad minus*, quando haja somente a ilegalidade por iniciativa própria dos administradores¹⁴⁴.

Todavia, semelhante interpretação não convenceu a maioria da doutrina. No seu entender, a interpretação do termo “*gesetzmäßigen*”, como critério delimitativo do § 93/4 *AktG*, obriga a uma articulação sistemática com as regras de impugnação das deliberações ilícitas - *maxime* os prazos para a sua contestação -, e da sua possível sanção (§ 241 ao § 246 *AktG*). Significa isto que o critério decisivo para apurar se uma deliberação expia ou não a responsabilidade do conselho de administração, para efeitos do § 93/4 *AktG*, é, não a sua ilegalidade material, mas sim a sua vigência e sobrevivência na ordem jurídica. Se uma deliberação, de conteúdo ainda “ilegal”, mas sanada nos termos da lei alemã, obriga à sua implementação por parte do conselho de administração (§ 83/2 *AktG*), segue que o § 93/4 *AktG* tomba como argumento a favor de um dever de legalidade¹⁴⁵.

III. Uma segunda tentativa de justificação do dever de legalidade reside no § 396 *AktG*, de onde resulta que a autoridade pública competente pode requerer a dissolução judicial da sociedade que, por intermédio de ilicitudes praticadas pelo seu conselho de administração, coloque em causa o bem comum. A consideração desta regra como reflexo do princípio do primado da lei e, com este, do dever de legalidade dos administradores, recebeu algum acolhimento na doutrina alemã¹⁴⁶.

Ainda assim, a doutrina mais recente tem vindo a criticar esta proposta. Por um lado, fá-lo em razão do âmbito de aplicação restrito da regra; o elemento flagrante que aciona a previsão da norma é o prejuízo do bem comum, e não a ilegalidade em si mesma¹⁴⁷. Quer dizer, esta articulação causal entre a ilegalidade e bem comum, na sua estreita circunscrição, não permite uma extrapolação para um dever tão geral¹⁴⁸. Por outro lado, dir-se-á que a dissolução judicial serve intuitos radicalmente distintos do dever de legalidade; a primeira tutela o bem

¹⁴⁴ WALTER G. PAEFGEN, *Unternehmerische...*, p. 17. Num sentido próximo, mas não muito entusiasta, CHRISTOPH THOLE, “Managerhaftung für ...”, p. 514.

¹⁴⁵ Assim, EVA BREITENFELD, *Die organschaftliche...*, pp. 163 e ss FLORIAN REINHART, *Die Legalitätspflicht...*, p. 107, JOHANNES ROWOLD, *Pflichten...*, pp. 115 e MATIAS HABERSACK, “Die Legalitätspflicht...”, p. 434.

¹⁴⁶ Cf. CHRISTOPH THOLE, “Managerhaftung für ...”, p. 514, HOLGER FLEISCHER, “Aktienrechtliche Legalitätspflicht...”, p. 148 e WALTER BAYER, “Legalitätspflicht...”, p. 90.

¹⁴⁷ FLORIAN REINHART, *Die Legalitätspflicht...*, p. 108, TOBIAS GRAF, *Die rechtliche Zulässigkeit...*, pp. 100 e 101.

¹⁴⁸ Neste sentido, EVA BREITENFELD, *Die organschaftliche...*, p. 67.

comum, sanciona a sociedade enquanto pessoa jurídica e deixa incólume o conselho de administração, ao passo que o dever de legalidade, na sua estrutura relativa, cuida do interesse da sociedade contra os desvios do conselho de administração. Consequentemente, parece arrojado deduzir o dever de legalidade do § 396 *AktG*.

IV. Perante a notória dificuldade em localizar uma sede normativa para o dever de legalidade, alguma doutrina termina a jornada na proclamação do princípio geral da unidade do sistema jurídico e do primado da lei¹⁴⁹, invocando para isso um raciocínio concretizador: se o ordenamento jurídico, investido de legitimidade democrática, promulga leis que pretende ver os sujeitos de direito cumprir, e se as sociedades como sujeitos não podem cumprir senão por atuação dos seus administradores, será forçoso concluir que estes devem àquela, no âmbito dos seus poderes-deveres, uma gestão legal¹⁵⁰.

3.3 Direito português

3.3.1 Considerações preliminares

I. Aqui chegados, cabe-nos a tarefa de responder à pergunta que aqui nos trouxe: figurará no ordenamento jurídico português um dever de legalidade sobre os administradores de sociedades comerciais?

Com todos os contributos oferecidos pelos sistemas norte-americano e alemão, cremos ter apenas alcançado uma certeza preliminar: a de que, na aparência de uma certa trivialidade, o dever de legalidade aparece como um elemento disruptor do direito das sociedades comerciais. E talvez por isso é que, como observa HABERSACK, é inevitável não constatar que em todos os ordenamentos onde o problema do dever de legalidade foi detetado, verificou-se uma imensa discrepância entre a facilidade com que a doutrina e a jurisprudência o afirmaram, e a dificuldade com que o justificaram.

¹⁴⁹ ANDREA LOHSE, “Schmiergelder als Schaden? Zur Vorteilsausgleichung im Gesellschaftsrecht”, in: *FS Uwe Hüffer zum 70. Geburtstag*, Beck, 2010. p. 597 e 598, CHRISTOPH BADENHEIN, *Die Corporate Governance...*, p. 187, EVA BREITENFELD, *Die organschaftliche...*, pp. 71 e ss, MATIAS HABERSACK, “Die Legalitätspflicht...”, p. 435.

¹⁵⁰ EIKE BICKER, “Legalitätspflicht...”, p. 1, EVA BREITENFELD, *Die organschaftliche...*, pp. 72 e ss, MATIAS HABERSACK, “Die Legalitätspflicht...”, p. 435 e TOBIAS GRAF, *Die rechtliche Zulässigkeit...*, pp. 105 a 107.

II. Ora, Portugal não é exceção, com a diferença essencial de que, entre nós, o dever de legalidade dos administradores ainda não ter sido enfrentado com tanta profundidade¹⁵¹. Por conseguinte, aproveitamos esta circunstância para introduzir o problema do dever de legalidade advogando uma tese intermédia: a de que o dever de legalidade é, de facto, um problema.

3.3.2 Argumento inicial e contestação - da necessidade de uma sólida construção justificativa

I. Como se disse, parece à primeira vista incontestável a afirmação de que a lei societária portuguesa impõe aos membros dos órgãos de gestão o dever de legalidade..

Além de uma intuitiva aversão a qualquer ode à “ilegalidade”, o argumento afigura-se nos o seguinte:

i) o ordenamento jurídico, ao destinar normas jurídicas à pessoa jurídica sociedade comercial, decerto pretende orientar a sua conduta no sentido previsto;

ii) do regime jurídico-positivo das sociedades comerciais decorre que o único modo de a sociedade cumprir qualquer preceito, legal ou contratual, que a vise enquanto autónoma pessoa jurídica é através da atuação naturalística e funcional dos membros dos seus órgãos executivos¹⁵²;

¹⁵¹ A maioria da doutrina portuguesa simplesmente enuncia o dever de legalidade como um dos que compõem o leque passivo da situação jurídica do membro do órgão de gestão de sociedades comerciais. É o caso de ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Administração de Sociedades Anónimas e Responsabilidade dos Administradores*, Almedina, 2020, p. 215, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de Governo das Sociedades*, Almedina, 2017, pp. 228-229, JOSÉ FERREIRA GOMES/DIOGO COSTA GONÇALVES, *A Imputação de Conhecimento às Sociedades Comerciais*, Almedina, 2018, p. 121, em especial, nota. 299, MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Limites da Autonomia dos Credores na Recuperação da Empresa Insolvente*, Almedina, 2013, p. 61, MARIA ELISABETE RAMOS, “A Situação do “Private Enforcement” da Concorrência em Portugal”, in: *Revista da Concorrência e Regulação*, VII, n.º 27-28, 2016, pp. 57-60 e RUI PINTO DUARTE, “Os Deveres dos Administradores das Sociedades Comerciais”, in: *Católica Law Review*, Volume II, I, n.º 2, 2018, p. 77.

Sem embargo, constam na nossa praça alguns estudos onde o dever de legalidade mereceu atenção e onde foi questionada a sua existência. V. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, “O dever de legalidade...”, MARIA ELISABETE RAMOS, “Práticas restritivas...”, pp. 131 e ss, PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão...* pp. 494 e ss., RAÚL VENTURA/LUÍS BRITO CORREIA, “Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Anónimas e dos Gerentes de Sociedades por Quotas: Estudo Comparativo dos Direitos Alemão, Francês, Italiano e Português” in: *Separata do «Boletim do Ministério da Justiça»*, Lisboa, n.ºs 192, 193, 194 e 195, 1970. pp. 109-112.

Por sua vez, a jurisprudência portuguesa orienta-se, também, no sentido do pronto reconhecimento do dever de legalidade dos administradores, muito embora seja de sinalizar a quase total ausência de problematização e o método enunciativo e remissivo para entendimentos doutrinários. São-no exemplos o Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 17-03-2010, com identificação de processo número 1706/05.3TBLL.E1 e o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 02-06-2022, com identificação de processo número 448/21.9T8GMR.G1.

¹⁵² A natureza da sociedade comercial obriga a que o cumprimento de preceitos se dê mediante imputação, aqui entendida como um “efeito normativo de atribuição”. Cf. JOSÉ FERREIRA GOMES/DIOGO COSTA GONÇALVES, *A Imputação de Conhecimento...*, pp. 24-25.

iii) se os administradores não se vissem vinculados, ao abrigo do chamado dever de legalidade, a assegurar o cumprimento das vinculações que o ordenamento reserva à sociedade - garantindo, pois, a imputação do cumprimento - a sociedade vir-se-ia prática e factualmente inabilitada de observar a lei e/ou os contratos celebrados com terceiros;

iv) decorre, portanto, que seria, por parte do legislador, uma incoerência sistemática pretender regradar a conduta da pessoa coletiva sociedade comercial sem, simultaneamente, assegurar que os membros do seu órgão de gestão estivessem, eles mesmos, obrigados a viabilizar a respetiva observância em nome e por conta da sociedade.

É que, se assim não fosse, o ordenamento jurídico estaria a permitir que, em determinados casos, as normas que visam as sociedades comerciais sejam, do ponto de vista performativo, em bom rigor, letra morta, ficando, pois, a sociedade obrigada ao impossível¹⁵³.

O silogismo ora exposto configura, se bem entendemos, o raciocínio subjacente à aparente obviedade do dever de legalidade e à afirmação segundo a qual este decorre da própria natureza da função de administração e representação de sociedades comerciais¹⁵⁴.

II. Todavia, outros dados do sistema parecem mitigar a aludida incontestabilidade do dever de legalidade, apontando antes para uma absoluta rejeição deste dever ou, na melhor das hipóteses, para a razoável dúvida da sua viabilidade.

Em primeiro lugar, tem-se que o dever de legalidade é de dúbia base legal, não beneficiando de direta expressão no Código das Sociedades Comerciais, nem em nenhum outro diploma disciplinador das sociedades comerciais¹⁵⁵.

Em segundo lugar, o dever de legalidade parece colidir, como adiantámos já na Introdução, com os dogmas da personalidade coletiva e da estrutura relativa das obrigações. ALEXANDER HELLGARDT é flagrante ao observar que o dever de legalidade, existindo,

¹⁵³ Argumento semelhante foi esgrimido, já em 1970 e ainda ao abrigo do Código Comercial, por RAÚL VENTURA/LUÍS BRITO CORREIA, “Responsabilidade Civil...”, p. 111.

¹⁵⁴ Neste sentido, entre nós, veja-se ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de Governo...*, pp. 228-229, MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Limites da Autonomia...*, p. 61 e RUI PINTO DUARTE, “Os Deveres dos Administradores...”, p. 77.

¹⁵⁵ Este dado, embora suscetível de verificação empírica, é reconhecido pela doutrina portuguesa.

certamente perverteria o princípio da separação (*Trennungsprinzip*), um axioma fundamental da dogmática jus-societária e segundo o qual a sociedade comercial, enquanto plena pessoa jurídica, sempre será considerada autónoma e independente dos seus sócios e/ou respetivos membros dos órgãos sociais. Em consequência da referida autonomia e independência, e como já foi aqui realçado, o princípio da separação postularia a plena distinção e o divórcio entre os deveres da sociedade enquanto pessoa (a representada) face a terceiros e os deveres, gerais e específicos, dos administradores (representantes) face à sociedade. Ora, segundo HELLGART, o dever de legalidade o que faz é importar, *ipso iure*, os deveres impostos à sociedade por lei ou pela relação contratual desta com terceiros para o seio da relação fiduciária entre os administradores e a sociedade; está, aqui mais uma vez, identificado aquilo que denominamos de efeito vinculativo da derivação como traço distintivo deste dever de legalidade. Tal, na opinião do citado Autor, seria uma intolerável perversão do princípio da separação como corolário direto da técnica da personificação¹⁵⁶.

Sucede, porém, que os problemas desta importação denunciada por HELLGART não se esgotam na distorção do princípio da separação como acima evidenciado; o que nos leva a um terceiro e último ponto. Ao transferir *ipso iure* os deveres legais e contratuais que a sociedade, ela própria, mantém com a ordem jurídica para a relação obrigacional que os administradores nutrem com a sociedade, o dever de legalidade parece vir adulterar, também, a compreensão tradicional da fidúcia societária como o imperativo de maximização de valor. Dito de outro modo, o dever de legalidade, configurado como já se viu como um dever relativo e funcional do administrador, aparenta não ser bem-vindo na interpretação clássica que se faz do artigo 64.º CSC, segundo o qual “o dever de administrar visa maximizar a realização do interesse social”¹⁵⁷.

É, note-se, precisamente por este motivo que os casos de violação útil e lucrativa dos deveres legais (*efficient lawbreaking* ou *nützlichen und profitablen Pflichtverletzungen*) são reconhecidamente a pedra de toque do problema do dever de legalidade dos administradores de sociedades comerciais. Na exata medida em que privilegiam a vocação eminentemente produtiva da sociedade, as violações eficientes da lei e dos contratos refletem a tensão interna

¹⁵⁶ Cf. ALEXANDER HELLGART, “Wider die Legalitätspflicht im Kapitalgesellschaftsrecht”, in *FS für Klaus J. Hopt zum 80*, 2020, pp. 405 e 406.

¹⁵⁷ Veja-se, por todos, MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, “A Business Judgment Rule no Quadro dos Deveres Gerais dos Administradores”, in: *Forjar o Direito*, 2.ª Edição, Almedina, p. 337.

de um artigo 64.º CSC que acolheria, no seu alcance normativo, a legalidade como imperativo intrínseco: no interior do conceito de deveres fiduciários passavam a chocar hostilmente dois comandos; o da máxima obtenção do lucro e o de acatamento legal, pela sociedade, dos preceitos legais e contratuais, mesmo que este se mostre oneroso financeiramente para a sociedade cumpridora.

Em suma, se é possível argumentar que o dever de legalidade se sedia, nitidamente, à beira da natureza da obrigação de administrar e representar a sociedade, sempre por sua conta e no seu interesse, também possível é contrapor, dizendo que é precisamente porque os administradores se obrigam somente a administrar e representar a sociedade, sempre por sua conta e no seu interesse, que o dever de legalidade jamais se poderá aceitar sem mais justificação legal.

III. O que nos interessa, nesta fase, com a exposição destas propostas absolutamente conflitantes é, tão só, inflamar a questão, para concluir, como já o concluiu a doutrina alemã, que o dever de legalidade carece de concreta base jurídica e de uma construção dogmática convincente para ser considerado no moderno sistema societário¹⁵⁸. O argumento do presente ponto é, portanto, este: a ausência de base legal explícita, a ausência de suporte literal esclarecedor e, principalmente, a deformação que o acolhimento desta derivação de deveres provoca nos dogmas do direito societário obrigam a que o dever de legalidade seja cabalmente justificado¹⁵⁹, não bastando à ciência do direito a sua mera enunciação suportada numa suposta auto evidência.

3.4 Perante o problema

3.4.1 Primeira aproximação:

I. A favor do acolhimento do dever de legalidade abona, antes de mais, uma intuição de justiça. Porém, a ressalva que alguns autores mais céticos têm colocado parece pertinente: negar o dever de legalidade não coincide, necessariamente, com complacer-se com as ilegalidades praticadas pelas sociedades. Rejeitar o dever de legalidade será, ao invés e tão só, sugerir que as ilegalidades

¹⁵⁸ Por todos, ALEXANDER HELLGARDT, “Wider die Legalitätspflicht...”, pp. 405 e 406, CHRISTOPH THOLE, “Managerhaftung für Gesetzesverstöße - Die Legalitätspflicht des Vorstands gegenüber seiner Aktiengesellschaft”, in *ZHR* 173 (2009), pp. 512 e 513, FLORIAN REINHART, *Die Legalitätspflicht...*, p. 102 e JOHANNES ROWOLD, *Pflichten...*, pp. 114 e ss.

¹⁵⁹ Cf. JOHANNES ROWOLD, *Pflichten...*, p. 117.

societárias não são, nem devem ser, um combate do direito societário¹⁶⁰. Profundamente enraizado na fidúcia societária, relativa por natureza, argumenta-se que o direito societário não dispõe da linguagem nem das armas aptas a, eficazmente, evitar a desobediência à lei pelas sociedades comerciais.

Nesta perspectiva, caberá ao legislador penal, regulamentar, fiscal, concorrencial, etc., incrementar as coimas e aperfeiçoar os seus meios de desincentivo para tornar o incumprimento desinteressante para a sociedade e, em consequência, vincular fiduciariamente o administrador a garantir o cumprimento imputável à mesma.

E a verdade é que parece ser este o meio predileto do sistema jurídico português. Fitando, a título de exemplo, os artigos 11.º do CP, 7.º do RGIT e 3.º do RJRDA, depreendemos que nas disciplinas legais que manejam bens jurídicos indisponíveis e com um valor axiológico difuso, o legislador não hesitou em penetrar a personalidade coletiva, atingindo pessoalmente os membros dos órgãos sociais com os mesmos deveres legais com que atinge a pessoa coletiva, salvaguardando assim o primado do cumprimento¹⁶¹. Quer isto dizer - parece-nos - que o legislador, quando tutela valores jurídicos indisponíveis e cujo proteção se afigura um imperativo público, não se bastou com a responsabilização da pessoa coletiva enquanto entidade autónoma, tendo simultaneamente procurado regular a conduta pessoal dos membros dos seus órgãos, ainda que em atuação funcional. Em suma, o legislador parece preferir concretizar o efeito derivativo de vinculação, não através de um dever geral, relativo, funcional e fiduciário de legalidade, mas antes *ex lege* e através de regimes especiais, em cujo a importância do bem jurídico tutelado justifique semelhante intervenção.

II. Podia-se pensar, então, que negar o dever de legalidade tem também a sua justiça; igualmente preocupada com o primado da lei e com a integridade do ordenamento jurídicos, a tese negacionista aparenta divergir em termos estritamente estratégicos e realistas, postulando que,

¹⁶⁰ Ver, CHARLES R. KORSMO, “Illegality...”, p. 104 e ss, ELIZABETH POLLMANT, “Corporate Disobedience”, in: Duke Law Journal, vol. 68, 2019, pp. 750 e ss e ALEXANDER HELLGARDT, “Wider die Legalitätspflicht...”, pp. 403-423 e, em especial, 415 e ss.

¹⁶¹ A responsabilidade pessoal dos administradores é o regime regra no direito penal português. Veja-se GERMANO MARQUES DA SILVA, *Responsabilidade Penal dos Dirigentes das Sociedades*, Universidade Católica Editora, 2021, p. 36.

por um lado, o dever de legalidade desvirtua o direito das sociedades e, por outro, que este não é o melhor garante da prevenção e reação à ilegalidade corporativa.

Todavia, esta conclusão afigura-se incorreta. Negar o dever de legalidade compromete frontalmente a unidade do sistema jurídico por uma razão: porque negar o dever de legalidade é, simultaneamente, afirmar um dever de ilegalidade, um dever positivo de violação eficiente da lei.

Vejamos: se, na consideração fiduciária da prossecução do interesse social, a (i)legalidade acaba consumida por juízos de utilidade, lucratividade e eficiência económica - sendo, desse modo, o carácter legal ou ilegal da solução empresarial a prosseguir meramente accidental - no limite esbarra-se com situação de, não só o administrador-devedor não ter, *per se*, o dever de assegurar, em nome e por conta da sociedade por ele gerida, o cumprimento das lei, como, ainda, acabar fiduciariamente obrigado a, eficientemente, violá-la. Dito de outro modo, se a ilegalidade, por si só, não choca as fronteiras do conceito de decisão empresarial nem serve de limite imanente da maximização do valor, é perfeitamente admissível questionar se, revelada a mais interessante, a hipótese de ilegalidade não deva passar, para o administrador, de uma possibilidade de atuação a um autêntico dever positivo de ilegalidade. Tudo isto, claro está, sob pena de destituição com justa causa e/ou responsabilidade civil perante a sociedade comercial detentora do crédito à boa administração¹⁶².

Resumindo: negar a existência de um dever, do administrador ante a sociedade, de cumprimento da lei é admitir, num imperativo de coerência, o caso limite onde o incumprimento eficiente seja eleito, entre todos, como a hipótese de atuação empresarial mais apta a satisfazer as exigências do interesse social, e por isso do cumprimento da obrigação de administrar, ao abrigo do art. 64.º CSC. Se assim é, reitere-se, advogar a inexistência de um dever legalidade corresponde a conceber e anuir a hipótese de, ponderados os índices relevantes do interesse social - ao qual a legalidade é alheia -, existir na esfera do administrador um autêntico dever positivo de ilegalidade; aquilo a que nos permitimos chamar de dever positivo de incumprimento eficiente da lei.

¹⁶² Levantando a mesma questão, veja-se, entre nós, PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Almedina, 2012, p. 495.

De resto, foram os próprios FRANK H. EASTERBROOK e DANIEL R. FISCHER, veementes na rejeição do dever de legalidade, que admitiram esta mesma implicação lógica, ao asseverar, numa célebre nota de rodapé, já aqui citada antes: “(...) *managers not only may but also should violate the rules when it is profitable to do so.*”¹⁶³.

Em conclusão, não é aceitável a sugestão de que a tese negacionista é inócua, e que se limita a deslocar o problema da desobediência societária para o direito regulamentar. A negação do dever de legalidade, ao embuçar a afirmação do dever positivo de ilegalidade, ofende a integridade do sistema jurídico e, por isso, deve ser refutada.

3.4.2 Posição adotada: o regresso ao art. 64.º

I. Do argumento que acabámos de expor não se pode inferir, não obstante, que o dever de legalidade flui diluído nos princípios gerais do Direito, como o são o primado da lei e a unidade do sistema jurídico. Por isso, não estamos de acordo com a doutrina germânica que vê no sistema em si mesmo considerado o fundamento do dever de legalidade¹⁶⁴. Terminar a jornada em tal conclusão deixaria para trás mais perguntas que respostas, em particular a questão de saber o porquê de um dever, que se viria enraizado em tão difusos princípios - guardiões da sociedade, dos *stakeholders* e do público em geral¹⁶⁵ -, adotar uma estrutura relativa, funcional e fiduciária, seguindo desse modo o regime da responsabilidade civil dos administradores nos termos do § 93 *AktG* e, entre nós, do art. 64.º e 72.º CSC.

II. Defender a existência de um dever de legalidade dos administradores implica, em coerência, reconhecer o direito das sociedades comerciais como sede do problema, e invocar os seus instrumentos normativos como solução. De outro modo, cairemos em incoerência sistemática.

Assim, desafiar o problema do dever de legalidade obriga-nos a abraçar as premissas que, à primeira vista, mais força dão à sua negação: a de que a relatividade das obrigações estabelece

¹⁶³ FRANK H. EASTERBROOK/DANIEL R. FISCHER, “*Antitrust Suits...*”, p. 1177, nota 57.

¹⁶⁴ Por todos, HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT, “Directors' Liability and Enforcement Mechanisms – General Structure and Key Issues – From the German Perspective”, in: “*German and Asian perspectives on Company Law. Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht*”, vol. 118, Mohr Siebeck, 2016, pp. 12-13.

¹⁶⁵ Cf. HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT, “Directors' Liability...”, p. 12.

a sociedade como única credora da boa administração, e a de que o interesse social é o resultado definidor da obrigação de administrar¹⁶⁶.

III. Chegamos a este ponto, estamos em condições de formular a nossa tese: tomando como certo que apenas e só o interesse social norteia a definição teleológica-funcional do cumprimento da obrigação de administrar, tudo nos termos do art. 64.º CSC, o dever de legalidade só consegue penetrar o sistema jus-societário através da construção de uma noção interpretativa de interesse social que albergue a legalidade como parte necessariamente integrante do seu conteúdo normativo, caso em que a administração se encontra adstrita ao cumprimento da legalidade por esta interessar invariavelmente à sociedade.

Esta, parece-nos, é a única via coerente para enquadrar o dever de legalidade; só neste quadro se pode defender uma derivação de deveres externos em cuja violação é meramente interna.

Destarte, no final de contas a questão de saber se o sistema impõe aos administradores de sociedades comerciais um dever de legalidade resume-se a uma pergunta fundamental: pode a sociedade interessar-se pela ilegalidade?

IV. A resposta é negativa, de onde se segue que a obrigação de administrar, sendo definida pelo “interesse da sociedade”¹⁶⁷, acaba internamente limitada pela legalidade.

Uma primeira aproximação para o considerar é de ordem sistemática, mais especificamente, de coerência sistemática. Sendo o interesse da sociedade um conceito legal, ainda para mais dogmaticamente vocacionado a direcionar teleologicamente a atuação dos administradores das sociedades comerciais, será de se rejeitar uma interpretação jurídica que, na sua vertente dinâmica, convide à prática de ilegalidades, mesmo que de modo coletivo. Semelhante resultado interpretativo preconizaria uma contradição: a sociedade comercial, ainda como instrumento jurídico de relação¹⁶⁸, seria oferecido pelo Direito com a possibilidade encorajada de violação do próprio Direito.

¹⁶⁶ Sobre este ponto, com referências, veja-se o nosso TOMÁS PINTO CASTELO, “Da obrigação...”, pp. 299 e ss.

¹⁶⁷ Tivemos já oportunidade de nos debruçar sobre este conceito, no nosso TOMÁS PINTO CASTELO, “Da obrigação...”, pp. 286 e ss.

¹⁶⁸ DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva...*, p. 829.

Embora com um âmbito de aplicação distinto - é certo -, os arts. 6.º/1, *in medio*, e 172.º CSC dirigem o interprete-aplicador num sentido idêntico. Representando vestígios de uma instrumentalidade, hoje residual, das sociedades comerciais¹⁶⁹, os preceitos citados permitem supor a legalidade como pressuposto da personificação coletiva¹⁷⁰.

A segunda razão é para nós mais flagrante e agravante do primeiro ponto. A sua exposição implica, sem embargo, recuperar uma premissa do argumento que parece convencer a maioria da doutrina portuguesa e alemã a afirmar o dever de legalidade, e que já aqui o apresentámos estruturado no presente estudo (*vide* 3.2.2). Das regras gerais do regime societário, segue que a imputação do incumprimento às sociedades das vinculações legais que as vise enquanto pessoas está dependente da atuação ou omissão funcional dos seus administradores. É, singelamente, uma condição inultrapassável de imputação, em virtude de não constar do regime meios alternativos de atuação coletiva. Ora, como vimos, interpretar o interesse da sociedade como abarcando possíveis situações lucrativas de ilegalidade leva a admitir a hipótese do administrador se vir, em certos casos, fiduciariamente obrigado a implementá-las. Quer isto dizer que, em cenários como os referidos, a sociedade comercial seria necessariamente um veículo de ilegalidade, na exata medida em que a sua atuação coletiva estaria dependente dos administradores, estando os administradores, por sua vez, pessoalmente adstritos à concretização das soluções ilegais.

A conclusão é esta: se a intervenção no tráfico jurídico da sociedade comercial, por determinação de regime jurídico-positivo, depende da atuação funcional dos administradores, em bom rigor, o interesse social, ao definir teleologicamente a prestação devida pelo administrador à sociedade, definirá também o destino da imputação de situações jurídicas à sociedade enquanto pessoa jurídica. Nestes moldes, cremos ser de concluir que o interesse social, para assumir este papel diretor da movimentação da sociedade comercial, terá de pressupor a legalidade, caso contrário estaria o próprio legislador a deformar, por dentro, a pessoa coletiva; como pode o legislador pretender orientar a conduta da sociedade comercial, elevando-a a pessoa jurídica, se do seu regime jurídico-positivo não resultam meios para o fazer cumprir?

¹⁶⁹ Aludindo às “*limitações ab extra*” da atuação das sociedades no comércio, e a sua relação com os resquícios da sua instrumentalidade, veja-se DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva...*, p. 761 e ss.

¹⁷⁰ Cf., quanto à legalidade como limitação dos objetivos (*Ziele*) das sociedades PEDRO DE ALBUQUERQUE/JOÃO SERRA DE SOUSA, *Pessoa Coletiva...*, p. 196.

V. É, por um imperativo sistemático, necessário interpretar o conceito de “interesse da sociedade” como incluindo apenas situações legais, de tal sorte que caberá ao administrador assegurar o cumprimento, em nome e por conta da sociedade, das leis de que a mesma seja titular. A boa administração pressupõe a legalidade, porque o interesse social pressupõe a legalidade; não é possível outra construção de um dever relativo, fiduciário e funcional de legalidade.

4 Conclusão

I. Começámos o presente estudo na localização do dever de legalidade dos administradores de sociedades comerciais entre dois polos de tensão; por um lado a personalidade coletiva, que postula a independência e a autonomia da sociedade no tráfico, e por outro lado a natureza relativa e fiduciária da obrigação de administrar, em que ao administrar caberá, tão só, uma atuação orientada ao interesse social (art. 64.º CSC). Percebemos que o dever de legalidade repousa num *quid iuris*, cada vez mais comum nos dias que correm: o que deve fazer o administrador se o incumprimento da lei, na medida da sua lucratividade, interessar à sociedade?

II. Rapidamente concluímos que, pese embora a aparência de obviedade, os sistemas jurídicos norte-americano e alemão dedicaram um esforço hercúlio na tentativa de respostas a esta pergunta e, principalmente, na sua justificação. E se assim foi, tal deveu-se à difícil articulação do dever de legalidade com a fidúcia societária, isto é, com os instrumentos do direito societário moderno. Assim, o dever de legalidade obrigou a doutrina e a jurisprudência a colocar, a seu propósito, perguntas fundamentais, desde a natureza das leis – se como limite ou como preço das condutas -, até ao próprio papel do direito societário no combate às desobediências societárias. Se por um lado a condenação das desobediências uniu, sem exceção, os autores, a ideia de que o direito societário serve esse propósito, mediante o reconhecimento de um dever de legalidade, já foi alvo de controvérsia.

III. Neste sentido, tomámos posição e advogámos que não é possível uma construção dogmática de um dever legalidade, relativo, fiduciário e funcional, sem adentrar pela linguagem do direito societário, isto é, sem reconhecer que, se a legalidade integra a boa administração e se a sua violação aciona responsabilidade civil nos termos do art. 72.º CSC, então a fonte do dever de legalidade terá de ser, necessariamente o art.º 64. Só através do interesse social é possível derivar deveres para o administrador. Resumimos, portanto, o problema à questão de saber se o ordenamento permite à sociedade comercial, como pessoa coletiva, interessar-se pela ilegalidade.

IV. A nossa resposta foi, por fim, negativa, isto é, que as sociedades não se interessam – nem se podem interessar - pela ilegalidade, de tal sorte que a legalidade passará a ser, só aí, um limite imanente da maximização do valor.

5 Bibliografia

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, de 17 de março de 2010 (processo número 1706/05.3TBLLE.E1), relatado por BERNARDO DOMINGUES, disponível em <https://www.dgsi.pt/jtre.nsf/-/1E6734D71963AF3380257DE10056F4A4>

Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, de 2 de junho de 2022 (Processo número 448/21.9T8GMR.G1), relatado por MOREIRA DIAS, disponível em <https://www.dgsi.pt/jtrg.nsf/86c25a698e4e7cb7802579ec004d3832/18b90a6cdb101eff802588640046ebcf?OpenDocument>

ALBUQUERQUE, Pedro de; SOUSA, João Serra de - *Pessoa Coletiva - Dogmática Geral e CSR, Corporate Purpose e ESG*, Almedina, 2024

ANTUNES, José Engrácia - *Direito das Sociedades*. 10.º ed, 2021.

ATKINSON, Rob – “Obedience as the Foundation of Fiduciary Duty”, in: *Journal of Corporation Law*, Vol. 34, Iss. 1, 2008

BADENHEIN, Christoph - *Die Corporate Governance der Bankaktiengesellschaft*, Nomos, 2022

BAINBRIDGE, Stephen M.; LOPEZ, Star; OKLAN, Benjamin – “The Convergence of Good Faith and Oversight”, in: *UCLA School of Law Law & Economics*, Research Paper Series, Research Paper n.º 07-09, 2008

BALLANTINE, Henry Winthrop - *Ballantine on corporations*, Revised Edition, Callaghan and Company, 1946

BAYER, Walter – “Legalitätspflicht der Unternehmensleitung, nützliche Gesetzesverstöße und Regress bei verhängten Sanktionen – dargestellt am Beispiel von Kartellverstößen”. in: *Festschrift für Karsten Schmidt*, Otto Schmidt, 2009

BEHME, Caspar; HELLWIG, Hans-Jürgen – “Die Verpflichtung von Vorstand und Aufsichtsrat zur Einleitung des Statusverfahrens (§§ 97, 98 AktG) - Zugleich ein Beitrag zur sog. Legalitätspflicht beider Organe”. in: *Festschrift für Peter Hommelhoff zum 70.* Köln, 2012

BICKER, Eike – “Legalitätspflicht des Vorstands – ohne Wenn und Aber?”, in: *AG*, Heft 1-2, 2014

BREITENFELD, Eva “Die organschaftliche Binnenhaftung der Vorstandsmitglieder für gesetzwidriges Verhalten - Eine Untersuchung der aktienrechtlichen Legalitätspflicht”. Duncker & Humblot, 2016

CARNEIRO DA FRADA, Manuel A – “A responsabilidade dos administradores na insolvência”. in: *Forjar o Direito*, 2.^a ed. Almedina, 2019

- “O dever de legalidade: um novo (e não escrito) dever fundamental dos administradores?”, in: *Forjar o Direito*, 2.^a ed. Almedina, 2019

CASTELO, Tomás Pinto – “Da obrigação de administrar”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, ano. XV, n. 2, 2023

COOTER, Robert -“Prices and Sanctions”, in: *Columbia Law Review*, vol. 84, 1984

DEVERIDGE, Norwood P. – “Does the Corporate Director Have a Duty Always to Obey the Law?”, in: *DePaul Law Review*, Vol. 45, Iss. 3, 1996

DUARTE, Rui Pinto – “Os Deveres dos Administradores das Sociedades Comerciais”, in: *Catolica Law Review*, ano. II, n.º 2, 2018

EASTERBROOK, Frank H.; FISCHER, Daniel R – “Antitrust Suits by Targets of Tender Offers”, in: *Michigan Law Review*, vol. 80, 1982

EISENBERG, Melvin A. – “The duty of good faith in Corporate Law”, in: *Delaware Journal of Corporate Law*, Vol. 31, n.º 1, 2005

FISCHBACH, Jonas - *Die Haftung des Vorstands im Aktienkonzern*, Nomos, 2009

FLEISCHER, Holger – “Aktienrechtliche Legalitätspflicht und „nützliche“ Pflichtverletzungen von Vorstandsmitgliedern², in: *ZIP* 2005, Heft 04

GOMES, José Ferreira; GONÇALVES, Diogo Costa - *A Imputação de Conhecimento às Sociedades Comerciais*. Almedina, 2018

GONÇALVES, Diogo Costa – *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais*, Almedina, 2019.

GONZALEZ, Gustavo Machado; CORRÊA, Bruno Tostes – “Dever de legalidade dos Administradores de Sociedades”, in: *Revista Semestral de Direito Empresarial*, n. 30, jan./jun. 2022

GRAF, Tobias - *Die rechtliche Zulässigkeit von Compliance-Amnestieprogrammen*. Nomos, 2020

GRIGOLEIT, Hans Christoph – “Directors' Liability and Enforcement Mechanisms – General Structure and Key Issues – From the German Perspective” in: *German and Asian Perspectives on Company Law. Beiträge zum ausländischen und internationalen Privatrecht*, vol. 118. Mohr Siebeck, 2016.

GOLD, Andrew S – “The New Concept of Loyalty in Corporate Law”, in: *UC Davis Law Review*, Vol. 43, Iss. 2, 2009

HABERSACK, Matias – “Die Legalitätspflicht des Vorstands der AG”. In: *Festschrift für Uwe H. Schneider zum 70*. Otto Schmidt, 2011

HELLGARDT, Alexander – “Wider die Legalitätspflicht im Kapitalgesellschaftsrecht”, in: *Festschrift Klaus J. Hopt zum 80*, De Gruyter, 2020

HILL, Claire A.; McDONNELL, Brett H – “Stone v. Ritter and the Expanding Duty of Loyalty”, in: *Fordham Law Review*, Vol. 76, Iss. 3, 2017

HORWITZ, Morton J – “Santa Clara Revisited: The Development of Corporate Theory”, in: *West Virginia University Law Review*, Vol. 88, Iss. 2, 1986

KORSMO, Charles R – “Illegality and the business judgment rule”, in: *Research Handbook on Representative Shareholder Litigation*. Edward Elgar Publishing, 2018

LEACOCK, Stephen J – “Rise and Fall of the Ultra Vires Doctrine in United States, United Kingdom, and Commonwealth Caribbean Corporate Common Law: A Triumph of Experience Over Logic”, in: *DePaul Business and Commercial Law Journal*, Vol. 5, Iss. 1, 2006

LOHSE, Andrea – “Schmiergelder als Schaden? Zur Vorteilsausgleichung im Gesellschaftsrecht.”, in: *Festschrift für Uwe Hüffer zum 70*, Beck, 2010.

MARTINS, Alexandre Soveral - *Administração de Sociedades Anónimas e Responsabilidade dos Administradores*, Almedina, 2020

MENZES CORDEIRO, António Barreto – “Deveres Fiduciários de Cuidado: Imprecisão Linguística, Histórica e Conceitual”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, Ano VII, Número ¾, 2015

NAVARRO FRÍAS, Irene – “El deber de legalidad de los administradores sociales: Algunas reflexiones acerca de la infracción eficiente de la ley y la “legal judgment rule””, in: *Revista de Derecho Mercantil*, n. 311, jan./mar, 2019

NUNES, Pedro Caetano - *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Almedina, 2012

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de - *Manual de Governo das Sociedades*, Almedina, 2017

OLIVEIRA, Madalena Perestrelo de - *Limites da Autonomia dos Credores na Recuperação da Empresa Insolvente*, Almedina, 2013

PAEFGEN, Walter G. - *Unternehmerische Entscheidungen und Rechtsbindung der Organe in der AG*, Otto Schmidt, 2000

PALMITER, Alan R - *Corporations: Examples & Explanations*. 8.^a ed, Wolters Kluwer, 2015

POLLMAN, Elizabeth – “Corporate Disobedience”, in: *Duke Law Journal*, Vol. 68, 2019

REINHART, Florian - *Die Legalitätspflicht des Vorstands einer kapitalmarktorientierten Aktiengesellschaft*, Nomos, 2019

ROSENBERG, David – “Delaware's Expanding Duty of Loyalty and Illegal Conduct: A Step Towards Corporate Social Responsibility”, in: *Santa Clara Law Review*, Vol. 52, n.º 1, 2012

ROWOLD, Johannes - *Pflichten und Handlungsmöglichkeiten von Vorstandsmitgliedern bei internationalen Normenkonflikten*, Nomos, 2020

RYAN, Patrick J – “Strange Bedfellows: Corporate Fiduciaries and the General Law Compliance Obligation in Section 2.01(a) of the American Law Institute's Principles of Corporate Governance”, in: *Washington Law Review*, 66, Vol. 2, 1991

SCHNEIDER, S. H.; ABELTSHAUSER, Thomas E - *Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht: Zu den Sorgfalts- und Loyalitätspflichten von Unternehmensleitern im deutschen und im US-amerikanischen Kapitalgesellschaftsrecht*. Köln, 1998

SILVA, Germano Marques da - *Responsabilidade Penal dos Dirigentes das Sociedades*, Universidade Católica Editora, 2021

THOLE, Christoph – “Managerhaftung für Gesetzesverstöße - Die Legalitätspflicht des Vorstands gegenüber seiner Aktiengesellschaft”, in: *ZHR*, 173, 2009

VENTURA, Raúl; BRITO CORREIA, Luís - *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Anónimas e dos Gerentes de Sociedades por Quotas: Estudo Comparativo dos Direitos Alemão, Francês, Italiano e Português*”, in: Separata do «Boletim do Ministério da Justiça», Lisboa, n.ºs 192, 193, 194 e 195, 1970

VICENTE, Dário Moura - *Direito Comparado, Vol. I*. Almedina, 2022

WILLIAMS, Cynthia A. - “Corporate Compliance with the Law in the Era of Efficiency”, in: *North Carolina Law Review*, vol. 76, n.º 4, 1998