

Universidade Católica Portuguesa

Faculdade de Direito

Mestrado em Direito Empresarial



UNIVERSIDADE
CATÓLICA
PORTUGUESA

**Exclusão da responsabilidade civil dos membros da
administração em função da confiança depositada em
informações externas**

Beatriz Teixeira Machado

Orientador: Professor Doutor Rui Pinto Duarte

Lisboa, 30 de junho de 2020

Índice

1. Delimitação do tema e sistematização adotada.....	pág.5
2. Configuração dos deveres de gestão societária.....	pág.6
3. Breve análise à responsabilidade dos membros do órgão de administração no sistema jurídico português.....	pág.9
3.1. Responsabilidade para com a sociedade.....	pág.10
3.2. Responsabilidade para com os credores sociais.....	pág.13
3.3. Responsabilidade para com os sócios e os terceiros.....	pág.14
4. Introdução à teoria da <i>reliance</i>	pág.16
5. O direito positivo.....	pág.19
6. Requisitos para a exclusão de responsabilidade dos membros do órgão determinados pela teoria da <i>reliance</i>	pág.20
7. A conclusão do sistema norte-americano relativamente à <i>reliance</i>	pág.35
8. A <i>Reliance</i> no sistema português.....	pág.36
9. Conclusão.....	pág.40
10. Bibliografia.....	pág.43

Siglas e Abreviaturas

A.	Autor
Ac.	Acórdão (s)
al. (als.)	Alínea (s)
art. (arts.)	Artigo (s)
BJR	<i>Business Judgment Rule</i>
CC	Código Civil
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
CMVM	Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
CPC	Código de Processo Civil
CSC	Código das Sociedades Comerciais
CVM	Código dos Valores Mobiliários
DL	Decreto-Lei
ed. (eds.).	Edição (edições)
EUA	Estados Unidos da América
MBCA	Model Business Corporation Act
n.º (n.ºs).	Número (s)
p. (pp.)	Página (s)
ss.	Seguintes
vol.	Volume

Agradecimentos

Ao Ex. Sr. Prof. Dr. Rui Pinto Duarte, pela orientação inigualável,
pautada pela constante disponibilidade, atenção e motivação.

A toda a minha família e amigos pela confiança
que depositaram em mim, assim como pelo apoio incessante.

Aos meus pais, um profundo obrigado,
porque sem eles nada disto teria sido possível.

1. Delimitação do tema e sistematização adotada

A presente dissertação, realizada no âmbito do Mestrado de Direito Empresarial, tem como objeto o estudo da exclusão da responsabilidade civil dos membros da administração em função da confiança depositada em informações externas.

Iniciaremos a nossa exposição com uma breve alusão aos deveres fundamentais dos membros dos órgãos de administração, destacando o dever de gestão, assim como os deveres de cuidado e de lealdade.

Em seguida passaremos à análise do sistema jurídico da responsabilidade civil dos administradores, inscrito no CSC, tendo como foco a responsabilidade para com a sociedade (art. 72), para com os credores sociais (art. 78) e, para com os sócios e terceiros (art. 79).

Parece-nos imprescindível abordar os temas dos deveres e da responsabilidade dos administradores, visto que para debater uma eventual exclusão de responsabilidade, torna-se necessário dominar este mecanismo, designadamente entender em que medida incorrem os administradores em responsabilidade por via da violação de deveres.

Posteriormente iremos analisar a teoria da *reliance* como meio de exclusão de responsabilidade dos membros do órgão de administração, analisando diferentes concepções doutrinárias e jurisprudenciais.

Paralelamente, apreciaremos a questão da eventual aplicação da *reliance* no sistema jurídico português.

Por fim, terminaremos o estudo apresentando os entendimentos que auferimos de toda a exposição e a posição que abraçamos.

Palavras-chaves: *Reliance*, responsabilidade civil dos membros do órgão de administração; deveres fundamentais; deveres de gestão societária; requisitos para a exclusão de responsabilidade.

2. Configuração dos deveres de gestão societária

Os membros do órgão de administração são detentores do poder de gestão e representação de uma sociedade, sendo compelidos a respeitar tanto um quadro de deveres normativos como estatutários¹. Os deveres legais ou estão especificamente consagrados na lei ou são atingidos por meio de interpretação de normas jurídicas, sendo este o caso das regras que regulam a responsabilidade dos administradores. Podem ainda inferir-se deveres por via da associação de outras figuras jurídicas à posição do administrador, sendo necessário respeitar os deveres prescritos nesses institutos (o caso tradicional corresponde ao mandato). Dentro das normas legais compreendem-se deveres legais específicos e deveres legais gerais.

O dever de gestão ou de administração representa a principal obrigação do administrador e determina que o órgão de administração deve desenvolver a atividade da sociedade, tendo liberdade de atuação apenas nas matérias que não estão especificamente reguladas na lei, nos estatutos ou em atos anteriores da sociedade², concretizando-se enquanto “obrigação de meios”, por oposição a uma “obrigação de resultado”.

A norma basilar em matéria dos deveres da administração consagra-se n.º 1 do art. 64 do CSC que constitui a cláusula geral dos deveres fundamentais dos administradores. Afirma a norma citada que os administradores devem atuar de forma diligente e ordenada, sujeitando-se a critérios de racionalidade financeira³. Mais ainda, sempre que atuarem por conta da sociedade, os administradores devem equacionar todas as esferas de interesses jurídicos (da sociedade, dos acionistas e dos demais “*stakeholders*”⁴), que poderão ser afetadas com os seus atos.

Ademais, esta norma determina que os administradores devem observar deveres de cuidado, a diligência de um gestor criterioso e ordenado e deveres de lealdade (normas de conduta⁵).

¹ ABREU, JORGE M. COUTINHO – *Curso de Direito Comercial, Vol. II – Das Sociedades*, 5.ª ed., Almedina, 2016, p. 347 – 312.

² DUARTE, RUI PINTO – “Os deveres dos administradores das sociedades comerciais”, in *Católica Law Review, Direito Privado*, Volume II, n.º 2, 2018, p. 74 – 98.

³ CUNHA, PAULO OLAVO - *Direito das Sociedades Comerciais*, 6.ª ed., Almedina, 2016, p. 539 - 553

⁴ CUNHA, PAULO OLAVO - ob.cit., p. 539 – 553.

⁵ Menezes Cordeiro explica que no n.º 1 do art. 64 do CSC estão inseridas normas de conduta, ao invés de regras de responsabilidade civil, tendo em conta que o preceito pretende regular a atuação dos administradores, e não fixar as consequências da sua atuação no caso de violação de preceitos normativos. Esta afirmação fundamenta-se no argumento da inserção sistemática, visto que o preceito em causa se encontra fora do quadro jurídico da responsabilidade civil dos membros do órgão administrativo. Mais ainda, ao articular deveres de lealdade e de cuidado, determinamos que estamos

Para o tema em assunto, importa considerar que os administradores são responsáveis pela gestão de património alheio e que, com o objetivo de atingir a otimização da gestão societária, o legislador concede-lhes poderes que ultrapassam a fronteira dos atos de gestão ordinária, conferindo-lhes tanto um vasto poder de iniciativa como uma ampla discricionariedade empresarial. Contudo, esta autonomia não equivale a uma total desvinculação, pelo contrário, a sua atuação deve ser pautada pelo cumprimento dos deveres legais, contratuais e dos interesses envolvidos⁶.

Porém, a autonomia administrativa, apesar de essencial a uma gestão apropriada, pode e deve ser considerada prejudicial quando desempenhada de forma incorreta, podendo originar danos catastróficos, não só para a sociedade, como também para os credores sociais e para terceiros em geral. Na tentativa de acautelar os interesses supramencionados, o legislador criou mecanismos de controlo de autonomia empresarial, designadamente, o instituto da responsabilidade civil⁷.

Quanto aos deveres de cuidado, presentes na al. a) do art. supramencionado, o legislador individualizou a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade do administrador⁸. Segundo Jorge Coutinho de Abreu, os administradores terão de investir, nas suas atividades, tais como, na organização, na tomada de decisões e no controlo societário, a disponibilidade, a dedicação e os conhecimentos necessários adequados à natureza das suas funções, às competências específicas e circunstâncias do caso⁹. Já Menezes Cordeiro assevera que é crucial fazer uma interpretação conjunta da al. a) do n.º 1 do art. 64 do CSC com a bitola da diligência¹⁰, tendo o objetivo de alcançar um equilíbrio entre a liberdade empresarial do administrador e as limitações legais e estatutárias. De acordo com o A., a diligência, em sentido normativo “equivale ao grau de esforço exigível para determinar e executar a conduta que integra o cumprimento de um dever”¹¹. Temos aqui presente uma regra de conduta¹², que deve naturalmente, ser apurada de forma isolada, excluindo qualquer asserção à responsabilidade dos

perante normas de conduta, aquando violadas implicam a invocação de normas de responsabilidade civil. - *Manual de direito das sociedades comerciais*, Vol. 1, 3.ª ed., Almedina, 2016, p. 850 – 889.

⁶ RAMOS, MARIA ELISABETE GOMES – *Responsabilidade civil dos administradores e dos diretores de sociedades anónimas perante credores sociais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, p. 65 - 138.

⁷ RAMOS, MARIA ELISABETE GOMES – ob.cit., p. 65 – 138.

⁸ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – *Manual de direito das sociedades comerciais*, cit., p. 850 – 889.

⁹ ABREU, JORGE M. COUTINHO – *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, cit., p. 247 – 302.

¹⁰ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – *Manual de direito das sociedades comerciais*, cit., p. 850 – 889.

¹¹ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – *Manual de direito das sociedades comerciais*, cit., p. 860.

¹² Neste sentido, o autor vai ao encontro da RLx 2-Out.-2008 (SOUSA PINTO), Proc. 2254/2008-2, “quando afirma que a avaliação da conduta dos gerentes tem sempre em conta o dever geral de diligência previsto no art.º 64”.

administradores e, por conseguinte, à culpa. Conclui que a violação da regra da diligência conduz a uma conduta ilícita, não estando em causa a “mera medida da culpa”¹³.

Avança ainda que a “diligência” consiste numa regra de conduta incompleta, considerando que apenas tem utilidade quando conjugada com outras normas, nomeadamente com a da al. a) do n.º 1 do art. 64 do CSC¹⁴ e, que primeiro importa descortinar o tipo de conduta em causa, para depois avaliar o grau de esforço e comprometimento exigido. Em modo de concretização do dever de cuidado (mas igualmente para os demais deveres genéricos), o legislador introduziu, com a reforma do CSC de 2006, o n.º 2 art. 72¹⁵.

Quanto ao dever de lealdade, que surge plasmado na al. b) do n.º 1 do art. 64 vêm sendo apontadas, pela jurisprudência e pela doutrina, situações em que os administradores se devem abastecer de agir, incluindo-se aqui a proibição de concorrência e a proibição de divulgar segredos societários¹⁶.

A doutrina¹⁷ afirma ainda que a ponderação da lealdade apenas atinge o seu expoente máximo quando conjugada com a ponderação da boa-fé, na dimensão da primazia da materialidade subjacente, sendo perceptível que o dever de lealdade tem de “implicar a prossecução efetiva de um escopo”¹⁸, nomeadamente o societário.

O facto de o cargo de administração ser caracterizado pela gestão de bens alheios implica a atribuição de um conteúdo específico ao dever de lealdade, querendo isto dizer, que os administradores, de forma a cumprir o dever acima prescrito, deverão agir sempre no interesse de terceiros (neste caso, da sociedade) ao invés de prosseguirem interesses pessoais¹⁹.

De acordo com Rui Pinto Duarte, não há necessidade de reconduzir o dever de lealdade ao princípio da confiança²⁰. Afirma este A. que o administrador se deve guiar por três premissas: a honestidade, a probidade e a correção de comportamentos (de

¹³ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – *Manual de direito das sociedades comerciais*, cit., p. 850 – 889.

¹⁴ No entanto, o conceito de diligência não deve ser apenas empregue na presença de deveres de cuidado, quer isto dizer, que o administrador deve aplicar a diligência em todos os seus atos e deveres e, não apenas, quando deparado com deveres de cuidado.

¹⁵ DUARTE, RUI PINTO – ob.cit., p. 74 – 98.

¹⁶ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – *Manual de direito das sociedades comerciais*, cit., p. 850 a 889.

¹⁷ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – *Manual de direito das sociedades comerciais*, cit., p. 850 – 889.

¹⁸ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – *Manual de direito das sociedades comerciais*, cit., p. 879 .

¹⁹ DUARTE, RUI PINTO – ob.cit., p.74 – 98 e CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – *Manual de direito das sociedades comerciais*, cit., p. 850 – 889.

²⁰ DUARTE, RUI PINTO – ob.cit., p. 74 – 98.

gestão)²¹ e, que estas não dependem das “expetativas dos interessados”, ao contrário do que ocorre com a confiança²².

É assim necessário perceber a quem é que o administrador deve prestar lealdade. A doutrina²³ vem apontando que o administrador deve ser leal aos interesses da sociedade, contudo a al. b) do n.º 1 do art. 64 *in fine* suscita dúvidas quanto a esta matéria, sendo por isso necessário descortinar a intenção do legislador aquando da elaboração da norma.

Segundo Rui Pinto Duarte esta alusão não se considera sinónima de disposição legal “destinada a proteger interesses alheios”, não originando responsabilidade civil aquando a sua violação, sendo que, pelo contrário, estes elementos somente devem ser equacionados na ponderação uma definição de interesses sociais, ou seja, trata-se de uma proteção puramente reflexa²⁴.

Os deveres legais específicos são os que se encontram concretamente previstos na lei, designadamente o dever de participar nas reuniões do órgão de administração (n.º 1 do art. 393 e art. 410 do CSC), o dever de elaborar o relatório de gestão, as contas de exercício e os demais documentos de prestação de contas (art. 65 CSC), entre outros. Sendo ainda possível depararmo-nos com deveres legais específicos, que regem a atividade do órgão de administração, fora do CSC, tal como o dever dos administradores de requererem a declaração de insolvência da sociedade em determinadas circunstâncias (art. 18 e 19 CIRE).

3. Breve análise à responsabilidade dos membros do órgão de administração no sistema jurídico português

A responsabilidade civil dos administradores foi estabelecida como mecanismo de controlo da sua autonomia²⁵. Para melhor compreender este instituto, há que atender ao facto de o dever de administração consistir numa “obrigação de meios”, pelo que uma simples frustração económica da sociedade não é suficiente para acionar o regime da responsabilidade civil. Aos sócios apenas é permitido exigir que os administradores

²¹ DUARTE, RUI PINTO – ob.cit.cit., p. 74 – 98.

²² DUARTE, RUI PINTO – ob.cit., p. 74 – 98.

²³ Menezes Cordeiro, Rui Pinto Duarte e Jorge Coutinho de Abreu.

²⁴ DUARTE, RUI PINTO – ob.cit., p. 74 – 98.

²⁵ RAMOS, MARIA ELISABETE GOMES – ob.cit., p. 138 – 187.

cumpram com os seus deveres, não lhes sendo exigível a obtenção do sucesso económico da sociedade²⁶.

Do regime da responsabilidade transparece, desde logo, uma finalidade ressarcitória, tendo por objeto a reparação do dano, quer este se tenha verificado no património da sociedade, quer no património de terceiros, estando tal finalidade presente ao longo do CSC, nomeadamente no art. 73, no n.º 1 do art. 77 e nos números 2, 3 e 4 do art. 78 do CSC²⁷.

Os sujeitos passivos da obrigação de indemnizar são os administradores, tal como prescreve o n.º 1 do art. 72, o n.º 1 do art.º 78 e o n.º 1 do art. 79 do CSC, ficando estes adstritos ao regime da responsabilidade desde o momento em que são designados para o cargo²⁸ até à cessação do exercício deste.

O sistema de responsabilidade presente no CSC é imperativo e não pode ser afastado nem modificado pelos membros do órgão de administração ou pelos acionistas, prescrevendo o n.º 1 do art. 74 do CSC, a nulidade de todas as cláusulas que o limitem. É característica do mecanismo da responsabilidade civil a solidariedade (n.º 1 do art. 73 CSC), situação em que a indemnização inerente à responsabilidade de um ou mais membros do órgão de administração poderá ser satisfeita por apenas um deles, liberando os demais (n.º 1 do art. 512, n.º 1 do art. 517, art. 518, n.º 1 do art. 519, entre outros do CC), estabelecendo o art. 524 do CC um direito de regresso relativamente ao administrador devedor solidário contra os demais administradores responsáveis.

3.1. Responsabilidade para com a sociedade

De acordo com o disposto no n.º 1 do art. 72 do CSC, para responsabilizar um administrador é necessária uma ação ou uma inação por parte do administrador (facto), ilícita (em consequência da preterição de deveres legais ou contratuais) e danosa (podendo ocorrer um dano real, um dano patrimonial ou a cumulação de ambos). O sistema legal prevê ainda uma presunção de culpa²⁹, assim como a existência de um nexo

²⁶ RAMOS, MARIA ELISABETE GOMES – ob.cit., p. 138 – 187.

²⁷ RAMOS, MARIA ELISABETE GOMES – ob.cit., p. 138 – 187.

²⁸ O momento constitutivo da posição de administrador é o da aceitação do cargo, tal como afirma Maria Elisabete Ramos – ob.cit., p. 138 – 187.

²⁹ Tal como previsto no CC, para o regime da responsabilidade obrigacional, nomeadamente no art. 483.

de causalidade entre o facto ilícito e culposo e o dano ocorrido, sendo que esta é a doutrina predominante dos civilistas³⁰ atribui a teoria da causalidade adequada ao pressuposto do nexo de causalidade, importando assim considerar a bidimensionalidade desta teoria.

A primeira dimensão incide na causalidade adequada de forma estrita, em que a causa do dano é o facto que foi condição *sine qua non* e que é abstratamente adequado a gerá-lo. A tese que defende a dimensão ampla da causalidade adequada prescreve que o facto que interveio como condição do dano só deixa de se considerar adequado ou apto a produzir o dano se se demonstrar alheio à produção do mesmo, tendo-se gerado exclusivamente devido a condições extraordinárias³¹.

Quanto aos requisitos da ilicitude e da culpa, mostra-se necessário atender aos deveres legais e/ou contratuais violados, não sendo possível realizar juízos de valor sem referência a casos concretos. Caso sejam violados deveres legais específicos ou contratuais, a responsabilização do administrador será facilmente demonstrada ocorrendo um dano na esfera jurídica da sociedade; já o mesmo não acontecerá quando violados deveres legais gerais, pois a necessidade de concretização dos mesmos torna o processo bastante complexo.

No âmbito da responsabilidade dos membros dos órgãos sociais, na jurisprudência norte-americana surgiu, na segunda metade do século XIX³², o mecanismo da BJR (a regra da decisão empresarial). Na ótica da BJR, a responsabilidade do administrador não pode fundar-se na falta de razoabilidade da decisão do mesmo, pelo contrário, o administrador só pode ser responsabilizado civilmente quando o seu juízo for considerado irracional, ou seja, sem qualquer justificação lógica e compreensível.

Por conseguinte, a BJR somente é aplicável aos processos que impliquem discricionariedade na tomada de decisões, não sendo extensível às decisões que violem o dever de lealdade ou deveres específicos legais, estatutários ou contratuais dos administradores, isto porque o processo de decisão não é “livre”, pelo contrário, estamos perante decisões vinculadas, tendo os membros do órgão de administração o dever de atuar no interesse da sociedade e cumprir os deveres em causa.

A aplicação desta regra depende da verificação de alguns requisitos, designadamente, é imprescindível a tomada de uma decisão (não se incluindo aqui atos omissivos); não pode existir conflito de interesses entre intervenientes no processo de

³⁰ ABREU, JORGE M. COUTINHO – *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, cit., p. 7 – 68.

³¹ ABREU, JORGE M. COUTINHO – *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, cit., p. 7 – 68.

³² ABREU, JORGE M. COUTINHO – *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, cit., p. 7 – 68.

decisão com a sociedade, nem quanto ao conteúdo da mesma; sendo, por fim, necessário que a decisão seja tomada através de um procedimento válido e adequado, não se aplicando a regra, quando o administrador não se encontre devidamente informado para a tomada da mesma.

A redação do n.º 2 do art. 72 do CSC, introduzida pelo DL 76-A/2006, levou a doutrina a questionar se o legislador pretendeu importar a doutrina norte-americana para o sistema português³³.

Coutinho de Abreu³⁴ afirma que a resposta depende do âmbito de utilidade atribuído à norma, sendo este diferente consoante a aceitemos como uma presunção de ilicitude ou como uma especificação dos elementos, que servem para a elisão de responsabilidade. Para o A. a primeira possibilidade seria demasiado prejudicial, tendo em conta que provocaria uma “*fratura sistemática de imputação de danos*”³⁵. Assim, tanto o A. como a CMVM optam por interpretar o n.º 2 do art. 72 do CSC como uma expressão da BJR, no sentido de especificação dos elementos probatórios a ser empregues pelo administrador demandado para rebater o elemento da culpa, tendo em conta que esta seria a opção mais compatível e razoável com o sistema português, evitando que o tribunal efetue uma apreciação de mérito em matérias de gestão.

Tal como prescreve o n.º 2 do art. 72 do CSC, se for possível ao administrador demonstrar que obteve a informação adequada, que não houve conflito de interesses e que atuou segundo critérios de racionalidade empresarial na tomada de decisão, ilidirá a presunção de culpa presente no n.º 1 do art. 72 do CSC, demonstrando que atuou de forma lícita, não violando deveres de cuidado ou de lealdade, não sendo assim responsabilizado (por ausência de ilicitude na sua conduta, apesar da ocorrência de danos).

Coutinho de Abreu interpreta a regra como uma forma de se assegurar que o administrador possui de um espaço de discricionariedade na tomada das suas decisões, limitando a “sindicalidade jurídica do mérito das decisões de gestão”³⁶.

Antes de mais, importa compreender o significado da expressão “racionalidade empresarial”. O A. afirma que inicialmente nos deparamos com uma racionalidade económica, nos quais a parte do “empresarial” apenas específica o fim da racionalidade económica (“o escopo empresarial típico é a consecução de lucros”³⁷)³⁸. Importa perceber

³³ ABREU, JORGE M. COUTINHO – *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, cit., p. 7 – 68.

³⁴ ABREU, JORGE M. COUTINHO – *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, cit., p. 7 – 68.

³⁵ ABREU, JORGE M. COUTINHO – *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, cit., p. 41.

³⁶ ABREU, JORGE M. COUTINHO – *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, cit., p. 41.

³⁷ ABREU, JORGE M. COUTINHO – *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, cit., p. 44.

³⁸ ABREU, JORGE M. COUTINHO – *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, cit., p. 37 – 48.

que o princípio da racionalidade económica se subdivide em dois princípios, nomeadamente o princípio da economia de meios (pretende-se atingir um determinado fim com o mínimo dispêndio de meios) e o princípio do máximo resultado (atingir, com certos recursos, o nível máximo de realização de um fim)³⁹.

Segundo o A., o n.º 2 do art. 72 do CSC não pode ser aplicado de forma literal, tendo em conta que tal aplicação conduziria a impossibilidade de prova⁴⁰, obrigando o “tribunal a fazer um juízo de mérito em larga escala”⁴¹. Deste modo, o A. sugere uma interpretação restritivo-teleológica: para que o administrador não seja responsabilizado, apenas se exigiria que (contra)prove que não atuou de forma “irracional” (incompreensivelmente, sem nenhuma explicação coerente).

Conclui-se que o administrador não é responsável quando não se verificarem os pressupostos do n.º 1 do art. 72 do CSC e, quando verificados os requisitos de aplicabilidade do n.º 1, se verifiquem cumulativamente os requisitos de exclusão de responsabilidade do n.º 2 do art. 72. Importa ainda mencionar que inexistente responsabilidade quando esteja em causa a situação do n.º 3 do art. 72 do CSC.

Por fim, enumeraram-se aqui três factos extintivos da responsabilidade: a renúncia, a transação e a prescrição.

3.2. Responsabilidade para com os credores sociais

Os administradores de uma sociedade comercial incorrem em responsabilidade civil, não só para com a própria sociedade, mas também para com os credores sociais (n.º 1 do art. 78 do CSC).

A lei impõe a cumulação de dois requisitos para que os administradores possam ser responsabilizados, sendo eles, a insuficiência do património societário para saldar as suas dívidas e a inobservância de regras legais ou contratuais que tendam à proteção de credores sociais. Não se mostrando preenchidos ambos os pressupostos, os credores sociais não obtêm o ressarcimento pelos danos causados.

³⁹ ABREU, JORGE M. COUTINHO – *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, cit., p. 37 – 48.

⁴⁰ Pois seria quase impossível defender e provar que um administrador atuou de acordo com os critérios de racionalidade exigidos, quando é facto assente que a sua atuação foi danosa.

⁴¹ ABREU, JORGE M. COUTINHO – *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, p. 46.

Ao empregar a expressão “disposições legais destinadas à proteção dos credores sociais”, pretende o legislador referir-se a normas que integram os princípios basilares do sistema das sociedades comerciais, nomeadamente a normas que incorporem o princípio da intangibilidade do capital social (consideradas normas de segurança dos credores sociais), a preceitos que regulam a aquisição e a detenção de participações próprias e, por fim, a normas que restringem os atos societários consoante a capacidade de gozo da sociedade⁴². Sendo que Paulo Olavo Cunha considera que estas normas, não se destinam apenas à proteção dos credores, mas sim à defesa dos interesses da sociedade, dos sócios e de todos os *stakeholders*⁴³.

Tal responsabilização, ao contrário da responsabilização dos administradores para com a sociedade, depende da culpa. Quer isto dizer que, apenas se podem responsabilizar os administradores que atuem de forma culposa, violando normas de proteção dos interesses dos credores sociais, sendo essencial compreender que os credores sociais têm o ónus de invocar e demonstrar a culpa dos administradores, tornando-se imprescindível a ocorrência de um dano (decréscimo do património social) e a impossibilidade da sociedade cumprir com as suas obrigações para com os credores sociais, originada por esse mesmo dano⁴⁴. Acresce que a responsabilidade dos gestores perante os credores sociais perdura ainda que esta se funde em deliberação dos sócios⁴⁵.

Finalmente, importa referir que a renúncia e a transação⁴⁶ (n.º 3 do art. 78 do CSC) não podem afastar a responsabilidade dos administradores⁴⁷ e que os credores sociais podem sub-rogar-se à sociedade, na defesa do seu direito, caso esta não o exerça, com vista à condenação dos administradores responsáveis (n.º 2 do art. 78 do CSC e art. 606 a 609 do CPC).

3.3. Responsabilidade para com os sócios e terceiros

⁴² CUNHA, PAULO OLAVO - *Direito das Sociedades Comerciais*, 6.ª ed., Almedina, 2016, p. 857 – 859.

⁴³ Paulo Olavo Cunha discorda em absoluto da doutrina do AcRelLisboa 14 de abril de 2011, na parte em que se decidiu que o art.º 64 do CSC apenas contém uma norma relativa a interesses da sociedade, e não também dos credores, *stakeholders* fundamentais na atividade societária.

⁴⁴ CUNHA, PAULO OLAVO - ob.cit., p. 857 – 859.

⁴⁵ CUNHA, PAULO OLAVO - ob.cit., p. 857 – 859.

⁴⁶ Enquanto causas de exclusão de responsabilidade dos administradores para com a sociedade.

⁴⁷ CUNHA, PAULO OLAVO - ob.cit., p. 857 – 859.

Os membros do órgão de administração de uma sociedade comercial podem incorrer em responsabilidade relativamente a sócios e a terceiros (n.º 1 do art. 79 do CSC), em resultado de atos ilícitos, culposos e danosos praticados no exercício das suas funções.

Contudo, na previsão legal do art. 79 do CSC compreendem-se apenas os danos provocados de forma direta pelos membros do órgão de administração, que derivem de uma atuação delituosa (com dolo) em violação de uma obrigação jurídica, estando excluídos do âmbito de aplicação do n.º 1 do art. 79 do CSC todos os danos que provenham somente de uma gestão prejudicial⁴⁸.

Os beneficiários deste sistema de responsabilidade são os sócios e terceiros, que segundo Coutinho de Abreu, são todos aqueles que não pertencem à sociedade, nomeadamente todos os sujeitos que não possam usufruir do âmbito de aplicação do art. 78 do CSC⁴⁹, abrangendo aqueles que não hajam contratado com a sociedade⁵⁰, admitindo-se que os sócios possam também ser incluídos nesta categoria, mas apenas fora dessa qualidade, isto é, enquanto terceiros⁵¹.

Importa sublinhar que o n.º 1 do art. 79 do CSC contém um elemento específico, que consiste na necessidade de o facto ilícito se encontrar dentro do âmbito de funções da administração, quer isto dizer, “durante e por causa da atividade de gestão e/ou representação social”⁵².

Esta é uma responsabilidade orgânica resultante de uma atuação no interior das funções próprias do órgão social, com potencialidade para desencadear danos em esferas jurídicas alternativas, designadamente de terceiros⁵³. Se o administrador pratica atos ilícitos e danosos extravasando o âmbito das suas funções, terá de ser, evidentemente, responsabilizado pelo regime geral da responsabilidade civil.

Contudo, a conceção de que os danos devem incidir diretamente no património de terceiros ou sócios não é unânime (são a favor desta doutrina Raúl Ventura, Menezes Cordeiro e Brito Correia), questionando-se a doutrina sobre o significado da palavra “diretamente” no seio do n.º 1 do art. 79 do CSC.

⁴⁸ CUNHA, PAULO OLAVO - ob.cit., p. 859 – 860.

⁴⁹ ABREU, JORGE M. COUTINHO – *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, p. 83 – 99.

⁵⁰ CUNHA, PAULO OLAVO - ob.cit., p. 859 – 860.

⁵¹ ABREU, JORGE M. COUTINHO – *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, cit., p. 83 – 99.

⁵² ABREU, JORGE M. COUTINHO – *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, cit., p. 84.

⁵³ CUNHA, PAULO OLAVO - ob.cit., p. 859 – 860.

Para o A., o legislador empregou a palavra “diretamente” no sentido de se referir ao requisito do dano ao invés da culpa (“que não se limitará ao dolo ou à negligência grosseira”)⁵⁴.

Para que a conduta seja qualificada como ilícita, necessário é que o administrador tenha incorrido na violação de direitos dos sócios ou de terceiros, de normas legais de proteção dos sócios ou de terceiros, ou de normas legais de deveres jurídicos.

Uma outra particularidade consiste no elemento da culpa, ou seja, para que os administradores possam ser sujeitos ao regime da responsabilidade para com terceiros ou sócios é necessário mostrar-se que atuaram de forma culposa. Segundo Coutinho de Abreu englobam-se aqui tanto o dolo como a negligência⁵⁵. Conclui-se que não existe uma presunção de culpa, tendo em conta que o n.º 2 do art. 79 do CSC não remete para o n.º 1 do art. 72 do CSC⁵⁶. Desta forma, aos lesados cabe o ónus de provar a culpa dos administradores ou gerentes da sociedade.

4. Introdução à teoria da *reliance*

Após breve análise dos deveres dos membros dos órgãos de administração, percebe-se que o legislador confere elevado ênfase aos deveres de cuidado presentes na al. a) do n.º 1 do art. 64 do CSC, sendo que para além do respeito pelos deveres de cuidado, o legislador exige ainda que os administradores demonstrem disponibilidade, competência técnica e conhecimentos da atividade da sociedade adequados às suas funções, devendo por imposição legal executar esses deveres com a diligência de um gestor criterioso e ordenado⁵⁷.

⁵⁴ ABREU, JORGE M. COUTINHO – *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, cit., p. 86.

⁵⁵ ABREU, JORGE M. COUTINHO – *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, cit., p. 86 – 87.

⁵⁶ ABREU, JORGE M. COUTINHO – *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, cit., p. 83 – 99.

⁵⁷ Importa distinguir os deveres de cuidado da bitola da diligência de um administrador. Para melhor perceber o conteúdo do art.º 64 teremos de o desconstruir em parcelas. Assim, integram o referido artigo as ideias de diligência de um gestor criterioso, de interesses da sociedade, dos sócios e dos trabalhadores, de deveres de lealdade, de deveres de cuidado e de governo das sociedades. Para o nosso estudo apenas nos interessa analisar a diligência de um gestor criterioso e o dever de cuidado. Inserido no ordenamento jurídico português, através do Decreto-Lei n.º 49381, de 15 de novembro de 1969, o critério da diligência de um gestor criterioso pretende harmonizar a liberdade empresarial e os limites impostos pelo ordenamento jurídico e pelas realidades sociais. De acordo com Menezes Cordeiro a “*diligência equivale ao grau de esforço exigível para determinar e executar a conduta que integra o cumprimento de um dever*”. Afirma o autor que estamos perante uma regra de conduta “incompleta”, pois apenas atinge o seu efeito útil quando conjugada com outras normas. Declara ainda que quando violado o dever de diligência, a conduta praticada torna-se ilícita. O administrador deverá ser sempre diligente, não apenas quando a sua conduta se reportar a deveres de cuidado. Quanto aos deveres de cuidado, estes apenas integraram o quadro legislativo em 2006 abrangendo a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade de um administrador. Esta inserção no sistema

Antes de mais, importa perceber qual a intenção do legislador ao afirmar que os administradores ou gerentes devem ter competência técnica adequada às suas funções, pois que assegura a doutrina⁵⁸ que os administradores não necessitam de dominar todos os aspetos técnicos, em todos os momentos da vida societária, permitindo-se que quando não se encontrem familiarizados com determinadas matérias, se auxiliem de peritos ou especialistas⁵⁹, pois para garantir o devido conhecimento da atividade praticada pela sociedade, é indispensável a existência de um sistema de trocas de informação eficiente (podendo incluir, quando necessário, sistemas de gestão de riscos, de controlo interno e de auditoria interna)⁶⁰.

De forma a atingir o sucesso empresarial, os administradores terão que cooperar entre si, socorrendo-se de elementos externos, tais como especialistas ou peritos, para os auxiliarem nos processos de decisão mais complexos. Cumpre ainda perceber qual a relevância das opiniões periciais para fins de responsabilidade dos administradores.

Nesta ótica, questiona Ferreira Gomes, “*em que medida podem confiar na informação recebida e como é que tal confiança se enquadra dogmaticamente no nosso sistema de responsabilidade civil: o facto de terem confiado legitimamente na informação recebida exclui a sua responsabilidade civil? Em que termos? Recorta o espaço de ilicitude ou delimita a culpa?*”⁶¹.

Esta matéria foi especialmente desenvolvida pelo sistema norte-americano, sobretudo pelo Estado de Delaware através de uma previsão normativa⁶² que permite aos

legislativo português originou um problema interpretativo. Ou seja, se antes a diligência do gestor criterioso se reportava a todos os deveres dos administradores, parece agora, que, ao inserir o dever de cuidado e a diligência do gestor criterioso na mesma alínea, quis o legislador afirmar que o administrador apenas terá de ser diligente na prática do dever de cuidado. De acordo com Menezes Cordeiro esta sistemática “não foi brilhante”. Afirma o autor que esta a al. a) do n.º 1 do art.º 64 deve ser “*interpretada no seu conjunto, exprimindo a boa velha (e sempre útil) bitola da diligência (...)*”. - CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – “Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66 – Vol. II, set. 2006.

⁵⁸ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 49.

⁵⁹ Com a reforma de 2006, alterou-se a redação dos artigos 420º n.º 1 al. l) e 423º-F n.º 1 al. p) do CSC, abrindo portas à possibilidade de os órgãos de fiscalização se coadjuvarem ou auxiliarem, em nome da sociedade, de peritos e especialistas. GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50.

⁶⁰ GOMES, JOSÉ FERREIRA – *Da administração à fiscalização das sociedades: A obrigação de vigilância dos órgãos da sociedade anónima*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 529 – 540.

⁶¹ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, in *Revista de Direito das Sociedades*, ano VIII, Nº 1, 2016, p. 50.

⁶² Nomeadamente, a secção 141 (e) presente na *Delaware General Corporation Law*, título 8, capítulo 1. Uma das versões iniciais desta norma, que remonta ao ano de 1943, não englobava todas as categorias de peritos, apenas peritos públicos. No entanto, em 1974, a norma foi revista, de forma a integrar todas as categorias de peritos e especialistas. Mesmo antes desta inclusão, a prática norte-americana era a de que os órgãos sociais podiam confiar no aconselhamento de elementos externos à sociedade.

membros dos órgãos sociais confiarem em conselhos de peritos, especialistas, entre outros.

O elemento caracterizador da doutrina da *reliance* é a receção de informações, conselhos ou opiniões incorretas, no entanto, para que o instituto atinja o seu expoente máximo importa que o membro do órgão social tenha respeitado todos os princípios e fases de um processo decisório coerente.

Na jurisprudência norte-americana a *reliance* constitui um processo imprescindível para determinar se os administradores agiram com a devida diligência (*due care*) e de boa fé (*good faith*). Isto porque, para a generalidade da doutrina, procurar o auxílio de peritos ou especialistas demonstra o emprego de um esforço razoável na obtenção de informação, familiarizando-se assim com a matéria relevante para o processo de decisão⁶³.

Mais ainda, o instituto da *reliance* não pode, de forma alguma, contrariar os princípios e fundamentos da BJR, nomeadamente o dever de informação, pois sempre que o administrador pretenda tomar uma decisão deve informar-se devidamente. Afirma, a doutrina norte-americana que, por norma, esta previsão satisfaz-se quando o membro do órgão de administração se auxilia de um profissional externo, confiando nos seus conselhos e opiniões⁶⁴.

Na construção da teoria da *reliance*, a literatura norte-americana⁶⁵ concluiu que os administradores não possuem a capacidade de avaliar de forma independente (ou seja, sem o auxílio de terceiros), todos os factos disponíveis e relevantes, sendo que quanto maior dimensão tiver a sociedade, mais difícil será para o administrador tomar decisões sem apelar ao auxílio de peritos ou especialistas.

Segundo os críticos, a *reliance* motiva a execução de condutas imprudentes, atendendo que os administradores podem “esconder-se” detrás do conselho dado, sem porventura estarem familiarizados com a matéria em questão, ou pior ainda, tomarem uma decisão sabendo os seus efeitos negativos⁶⁶. Todavia, a circunstância de um membro de um órgão social recorrer a um especialista em certa matéria, juntamente com o facto de ter adotado os seus conselhos, não constitui só por si, uma fonte de defesa absoluta, querendo isto dizer, que a secção 141 (e) prevê que os tribunais tomem em conta todos

⁶³ ROKAS, ALEXANDROS N. – ob.cit., p. 323 – 351.

⁶⁴ ROKAS, ALEXANDROS N. – ob.cit., p. 323 – 351.

⁶⁵ ROKAS, ALEXANDROS N. – ob.cit., p. 323 – 351.

⁶⁶ ROKAS, ALEXANDROS N. – ob.cit., p. 323 – 351.

os fatores, devendo questionar a boa-fé do decisor, excluindo os comportamentos negligentes⁶⁷.

Conclui-se assim que a *reliance* consiste num meio de defesa em que, apesar de o sujeito ter incorrido na violação de padrões de conduta, pode excluir a sua responsabilidade se provar que agiu de boa-fé (*in good faith*) e atuou de forma diligente (*with due care*)⁶⁸.

No entanto, esta previsão considera-se desnecessária quando a norma violada imputa responsabilidade ao sujeito que a violou, independentemente de ele ter atuado de boa fé e com a devida diligência⁶⁹. De acordo com Ferreira Gomes⁷⁰, incorporam-se aqui os casos de responsabilidade objetiva, tendo em conta que a confiança que os administradores depositam na informação fornecida pelos peritos ou especialistas torna-se inútil para o instituto da responsabilidade. Também no sistema alemão, a doutrina da *reliance* tem grande popularidade.

5. O direito positivo

De acordo com Rui Pereira Dias é possível responder à questão da *reliance* no sistema português⁷¹ com o quadro normativo atual, nomeadamente através dos artigos 64 e 72 do CSC, pese embora acredite que o art. 485 do CC possa ter um conteúdo útil, este suscita uma questão diversa: “*as consequências para os administradores de uma atuação em conformidade com os conselhos obtidos; ela versa, por isso, não os prestadores, mas aqueles que, entre outros, se colocam na posição de destinatários desses conselhos*”⁷².

Na ponderação dos destinatários dos conselhos (administradores ou sociedade), o A. ressalva que o legislador já previu situações em que considera legítima a confiança em conselhos, informações ou opiniões externas ao próprio órgão, tais como a al. l) do n.º 1 do art. 420 e a al. p) do n.º 1 do art. 441 do CSC, e que deverá ponderar-se a dimensão do

⁶⁷ ROKAS, ALEXANDROS N. – ob.cit., p. 323 – 351.

⁶⁸ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “Reliance: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81.

⁶⁹ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “Reliance: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81.

⁷⁰ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “Reliance: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81.

⁷¹ Saber se é lícito aos membros dos órgãos sociais depositar a sua confiança nas informações ou conselhos recebidos, para efeitos de exclusão da sua responsabilidade civil pelo incumprimento de determinados deveres.

⁷² DIAS, RUI PEREIRA – ob.cit., p. 33.

dever de vigilância dos administradores e da delegação de competências ao abordar-se a *reliance*⁷³.

Para melhor responder à questão há que analisar direito estrangeiro, nomeadamente a jurisprudência e doutrina proveniente dos EUA, mais precisamente do Estado de Delaware⁷⁴.

6. Requisitos para a exclusão de responsabilidade dos membros do órgão determinados pela teoria da *reliance*

Tendo por ponto de partida a sistematização elaborada por Ferreira Gomes, inspirada na doutrina norte-americana⁷⁵ desenvolvida por Hawes e Sherrard, em 1976, poderão enumerar-se alguns requisitos para a “*exclusão de responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais, com base na confiança depositada na informação recebida*”⁷⁶.

A primeira condição consiste na crença razoável do administrador de que o perito contratado é fiável e o serviço que lhe é solicitado se encontra dentro da sua área de competência profissional. É imprescindível assegurar um correto fluxo informativo, quer isto dizer, que o membro do órgão de administração é responsável pela transmissão de

⁷³ Assim, importa ter em consideração que o sistema societário, apesar de legitimar a incumbência de tarefas a outros, não desresponsabiliza os atribuidores de responsabilidade, estando estes igualmente sujeitos a um dever geral de vigilância (n.º 8 do art. 407 do CSC). Terão ainda que abarcar com as consequências patrimoniais provenientes do seu incumprimento.

⁷⁴ Que é uma das jurisdições pioneiras no tratamento desta matéria. Os EUA começaram esta discussão já em 1943, com a primeira versão da secção 141 (e) da Delaware General Corporation Law, que afirmava o seguinte: “*shall in the performance of his duties be fully protected in relying in good faith upon ... reports made to corporation by any of its officials, or by independent certified public accountant, or by an appraiser selected with reasonable care by the Board of Directors*”. Só em 1974, com a revisão do *Model Corporation Act* é que a secção 35 (que tratava da *reliance*) foi revista, de forma a incluir todo o tipo de peritos ou especialistas. Em 1987 também o Estado de Delaware adotou a tendência, aprovando uma redação semelhante. Mesmo antes da revisão, já tribunais norte-americanos consideravam legítima a confiança dos diretores depositada no aconselhamento externo. Exemplo desta tendência é a decisão do Supremo Tribunal de Michigan em 1936 no caso *Stratton v. Anderson*, 270 N.W. 764.

⁷⁵ De acordo com Alexandros N. Rokas, ob.cit., p. 323 - 351, a doutrina norte-americana expõe os pressupostos da *reliance*, diferenciando os requisitos expressamente previstos na secção 141(e) dos requisitos definidos pela doutrina e pela jurisprudência. Quanto aos primeiros, podemos afirmar que os administradores têm que cumprir o conselho obtido; agir de boa-fé; acreditar que o conselho estava dentro da área de competência do perito ou especialista; e, têm que seleccionar o perito com cuidado e razoabilidade. Os pressupostos desenvolvidos pela jurisprudência são, nomeadamente, a não confiança cega dos administradores no conselho obtido, quer isto dizer que têm que fazer um juízo crítico do mesmo; o conselho pode ser transmitido oralmente, não havendo nenhuma obrigação quanto à formalidade do mesmo; não estão incluídos na doutrina da *reliance* casos de “*waste*” ou de “*fraud*”; os administradores têm que revelar todos os factos importantes aos peritos; a existência de umnexo causal é fulcral para a aplicação da *reliance*; e, por fim, a não exigência de uma pré-existente relação contratual.

⁷⁶ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida*”, cit., p. 53.

todos os factos e informações relevantes ao especialista. Necessário é que a informação, conselho ou opinião recebida pelo administrador esteja materialmente incorreta. Para que o administrador se encontre protegido pela *reliance*, este não pode constatar a existência de um erro na informação recebida. Por fim, o sujeito terá de atuar em conformidade com a informação, conselhos ou opiniões recebidas.

O primeiro pressuposto tem que ver, maioritariamente, com a credibilidade da fonte de informação. Apesar de a doutrina portuguesa tratar desta matéria de uma forma global, a doutrina norte-americana subdivide o pressuposto em dois critérios: a crença razoável de que o conselho estava dentro da competência do perito ou especialista e a seleção do perito com cuidado e razoabilidade. Estes pressupostos estão sistematicamente ligados, tendo em conta que uma seleção cuidada irá excluir os peritos que os administradores considerem incompetentes⁷⁷.

Relativamente ao primeiro requisito apresentado pela doutrina norte-americana, importa afirmar que o perito ou especialista terá de ter a competência técnica ou ser especialmente qualificado para responder à questão em causa. Assim, é imperativo que não haja suspeitas quanto à incompetência e à adequação técnica do especialista. Esta premissa é inspirada no § 8.30 (f) (2) do MBCA, que exige duas condições para a contratação do perito ou especialista: terão de ser questões que se encontrem dentro da área de competência profissional do especialista e, o terceiro em causa (o especialista) terá de ser merecedor de confiança⁷⁸.

Apesar de a secção 141(e) afirmar que o conselho dado pelo especialista deve inserir-se na sua área de competência, pode, excecionalmente, o administrador proteger-se com a doutrina da *reliance*, se estiverem preenchidos todos os requisitos da mesma, pese embora o conselho dado esteja fora da área de competência do perito. Esta exceção ocorre apenas quando o administrador acredite razoavelmente que o perito tinha competência para fornecer o conselho. Importa alertar que esta só ocorre em casos extremos, pois a razoabilidade tem de ser avaliada objetivamente, quer isto dizer ponderada com base em factos ou informações de que o sujeito era razoavelmente competente, sendo necessário ter em conta todos os factos atinentes ao processo de decisão⁷⁹.

⁷⁷ ROKAS, ALEXANDROS N. –ob.cit., p. 323 – 351.

⁷⁸ DIAS, RUI PEREIRA – ob.cit., p. 29 – 49.

⁷⁹ ROKAS, ALEXANDROS N. – ob.cit., p. 323 – 351.

Para avaliar a razoabilidade da crença do administrador na fiabilidade e na competência do especialista importa definir a credibilidade da fonte de informação, conselhos ou opiniões através de dois critérios: o critério da boa-fé e o critério da razoabilidade, que é delimitado pelo *duty of care* (dever de cuidado).

O primeiro critério equivale à boa-fé subjetiva do sistema português, que se concretiza “no desconhecimento de factos que tornem ilegítima a confiança na informação em causa”⁸⁰. Importa ter em conta que, de acordo com a anotação oficial à disposição do MBCA⁸¹, esta avaliação centra-se na boa-fé subjetiva ética. Menezes Cordeiro afirma que “*não age de boa-fé o administrador que conhece ou deve conhecer os factos que tornam ilegítima a confiança na informação em causa*”⁸². Já os *Principles of Corporate Governance* emitidos pelo *American Law Institute (Principles)*⁸³ adotam a posição contrária, optando por uma avaliação de acordo com a boa-fé subjetiva em sentido psicológico, concretizando-se numa indagação ao estado de espírito do administrador⁸⁴.

Apesar desta contradição, Ferreira Gomes sugere que o resultado final será semelhante quer adotemos a perspectiva dos *Principles*, quer adotemos a perspectiva do MBCA, pois o sentido ético é presenteado por um requisito automático (“*reasonable belief that reliance is warranted*”⁸⁵). Assim, infere-se que não se pode validar a confiança do administrador se este não conhecia, mas deveria conhecer os factos que a tornam ilegítima⁸⁶.

Para a jurisprudência norte-americana⁸⁷, na escolha dos especialistas apenas basta a razoável convicção do membro do órgão de que o consultor possuía as competências profissionais para providenciar aquela informação, conselho ou opinião, não se justificando uma verificação das suas competências⁸⁸. No entanto, certa doutrina acredita que para que a crença no perito seja razoável, necessário é que este seja “experiente” ou de “conhecida reputação”. Hawes e Sherrad são contra esta corrente de ideias,

⁸⁰ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 54.

⁸¹ *Model Business Corporation Act*.

⁸² CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1984, p. 420 – 440.

⁸³ Nomeadamente, a secção § 4.02 e a secção § 4.03(b).

⁸⁴ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81.

⁸⁵ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 54.

⁸⁶ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81.

⁸⁷ Nomeadamente no caso *Dill v. Boston Safe Deposit & Trust Co.*, 343 Mass. 97 (Mass. 1961).

⁸⁸ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81.

considerando que não possui a densificação necessária, não sendo possível ao cliente fazer uma análise crítica da experiência dos seus consultores, a não ser quando esta se encontre formalmente certificada. E, assim, o pressuposto da experiência mostra-se excessivamente vago, transformando a prova da confiança legítima dos consultores demasiadamente onerosa para os membros do órgão de administração. Para além do exposto, considera-se que o conceito de reputação não é passível de apreciação objetiva⁸⁹. Assim, apenas basta a convicção que o administrador é razoável à luz das circunstâncias do caso. Também o sistema alemão sufragou a opinião dos autores norte-americanos, nomeadamente Fleischer⁹⁰.

Ferreira Gomes discorda da perspectiva norte-americana, assim como da alemã, pois não consagram a bitola da diligência de um gestor criterioso e ordenado, que deve ser uma constante⁹¹. Importa perceber que estamos perante membros de órgãos responsáveis pela gestão de património alheio, tendo por isso, que empregar todos os esforços na procura de um conselheiro que seja detentor das competências que melhor se apropriem ao caso concreto.

A opinião do A. baseia-se nas anotações oficiais do MBCA e dos *Principles*, as quais prescrevem o dever de o administrador avaliar a fiabilidade e a competência do consultor. Para isso, impõem ao administrador que aprecie tanto “*a experiência e o âmbito de responsabilidade da pessoa, determinando a sua familiaridade e conhecimento da questão em causa*”, como “*os dados existentes e a reputação dessa pessoa, no que respeita à honestidade, diligência e perícia no cumprimento dos seus deveres*”⁹².

Para Ferreira Gomes, sempre que o conselho de administração se encontre diante de um processo de contratação de um perito, deve averiguar a real fiabilidade e competência (abrangendo os conhecimentos técnicos e a experiência) de todos os peritos que pensa contratar. Concluída essa avaliação deverá contratar o perito ou consultor que melhor se adegue às circunstâncias do caso. Importa constatar que o administrador não pode julgar fiável o perito que tenha algum interesse pessoal relevante na operação em causa⁹³.

⁸⁹ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81.

⁹⁰ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81.

⁹¹ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81.

⁹² GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 56.

⁹³ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81.

Assim, uma seleção cuidada para além de eliminar os peritos incompetentes, exclui igualmente os peritos não confiáveis por fatores de natureza não pessoal. Estes requisitos estão relacionados, em primeiro lugar com as “*bias*”⁹⁴ dos conselheiros e, em segundo lugar, com comportamentos não profissionais adotados pelo perito. Este meio de seleção irá cobrir problemas de conflitos de interesses, que normalmente surgem quando a independência e a objetividade do perito são questionáveis⁹⁵.

Quanto a esta matéria questiona José Ferreira Gomes se o conselho de administração pode considerar “*fiável o advogado interno de uma empresa que, estando sujeito a um dever de exclusividade, não tem outra fonte de rendimento*”⁹⁶, pois o seu estado de dependência poderá afetar a sua visão objetiva. Hawes e Sherrard são contra esta presunção de inexistência de objetividade, sustentando ao invés que, até prova em contrário de que o advogado interno colocou em causa a sua independência, deve reconhecer-se a sua fiabilidade. De igual forma, o autor alemão Fleischer admite que não deve negar-se a objetividade dos advogados internos *a priori*, pois para além de estarem circunscritos a uma obrigação contratual no sentido de prevenir e evitar danos societários, tal como qualquer advogado, estão submetidos a responsabilidade penal, por instigação ou cumplicidade com os membros dos órgãos sociais. Sendo que, os (grandes) clientes são tão essenciais para os advogados externos como para os advogados internos⁹⁷.

A teoria de Kraakman pode ser aqui invocada para contradizer este último argumento, ao equiparar os advogados externos a *gatekeepers*. Acredita o A. que, enquanto trabalhadores independentes, estes irão assumir um risco (de má reputação) muito superior ao proveito que poderiam ter com uma prática fraudulenta, querendo isto dizer que, do ponto de vista legislativo, não é necessária uma grande densificação normativa para garantir que os *gatekeepers* cumpram os seus deveres legais. Já o mesmo não pode afirmar-se quanto aos clientes dos *gatekeepers*. Desta forma, a interferência de *gatekeepers* é essencial para diminuir atuações irregulares. A preocupação reputacional dos *gatekeepers* surge exatamente porque os advogados externos têm uma pluralidade de clientes, enquanto os advogados internos, tendencialmente, só têm um cliente devido a cláusulas de exclusividade. Por consequência, os advogados externos têm um especial

⁹⁴ “*Bias*” (viés ou preconceito) consiste numa suposição irracional que distorce a capacidade de tomar decisões baseadas em factos e evidências, caracterizando-se por configurar a tendência de ignorar todas as evidências que não se alinham com essa suposição.

⁹⁵ ROKAS, ALEXANDROS N. –ob.cit., p. 323 – 351.

⁹⁶ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 56.

⁹⁷ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81.

incentivo na preservação do seu bom nome enquanto profissionais, não o implicando em proveito de um cliente⁹⁸.

Isto posto, a escolha entre um advogado externo ou interno está na disponibilidade dos órgãos sociais, que deverão avaliar, qual das duas opções será a mais adequada às circunstâncias do caso. Quer isto dizer, que os membros do órgão de administração devem questionar se os advogados da empresa estão aptos a adotar uma visão objetiva ou se, por outro lado, se legitima a contratação de um advogado externo independente⁹⁹.

Para Ferreira Gomes exige-se à sociedade a contratação de um advogado externo nos casos que possam interferir com o seu futuro, não devendo correr o risco de uma defesa comprometida, possibilitando ao administrador a oportunidade de tomar uma decisão devidamente informada sobre a questão em causa¹⁰⁰.

Importa perceber, que apesar de na maioria dos casos esta escolha ser livre, há casos em que a discricionariedade é levada a zero (casos de conflito de interesses no seio do órgão de administração). A sociedade terá de recorrer a advogados externos, visto que não pode confiar no parecer de um sujeito que se encontra funcionalmente dependente das pessoas envolvidas no conflito de interesses, sendo por isso imposta uma contratação independente¹⁰¹.

Rui Pereira Dias¹⁰² questiona se a confiança ou fiabilidade deverá autonomizar-se. Para responder a esta questão deveremos entender o conceito de fiabilidade. Fleischer, considera que o especialista é fiável quando não existam elementos para julgá-lo *não sério, interessado ou comprável*¹⁰³. Já para Rui Pereira Dias, o requisito da fiabilidade não tem força suficiente para vigorar enquanto requisito autónomo, contudo não censura quem o defenda¹⁰⁴. Assim, se o perito ou especialista não possuir a competência técnica necessária para a questão em causa, a fiabilidade do parecer encontra-se em risco.

Contudo, pese embora a competência do perito para a questão em causa, se se suscitar a possibilidade de um potencial conflito de interesses de cariz pessoal neste caso, não se questiona a fiabilidade ou capacidade técnica do perito, mas sim a sua

⁹⁸ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81.

⁹⁹ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81.

¹⁰⁰ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81.

¹⁰¹ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81.

¹⁰² DIAS, RUI PEREIRA – ob.cit., p. 29 – 49.

¹⁰³ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81.

¹⁰⁴ DIAS, RUI PEREIRA – ob.cit., p. 29 – 40.

independência. Demonstra assim o A., que a fiabilidade se compreende entre o requisito da competência técnica e a independência do perito¹⁰⁵.

Para a viabilidade da *reliance* mostra-se necessário que o administrador transmita todas as informações e factos necessários ao perito ou especialista, caso este não lhes tenha acesso¹⁰⁶.

Foi estabelecido pelos tribunais norte-americanos que os administradores não podem beneficiar da *reliance* enquanto não divulgarem todos os factos relevantes aos peritos ou especialistas. Concomitantemente, a omissão de factos que o administrador pensa serem relevantes é uma clara manifestação de má-fé¹⁰⁷.

Se, porventura, o perito ou especialista conseguir aceder aos factos e informações de forma autónoma, então a previsão deste elemento torna-se desnecessária, sendo este subtraído pelo quarto elemento (“*a não deteção do erro pelo sujeito na sua análise crítica de informações, conselhos e opiniões recebidas*”¹⁰⁸)¹⁰⁹. É imprescindível que o perito ou especialista se certifique de que constam das informações que recebeu ou obteve, todos os factos relevantes. Desta forma, apenas se pode considerar legítima a confiança depositada pelo administrador no perito, quando lhe tenham sido transmitidas todas as informações necessárias (*full disclosure*)¹¹⁰.

Segundo a doutrina norte-americana, quando nos deparamos com uma omissão de factos relevantes deveremos averiguar se o sujeito que as omitiu se encontrava de boa ou má-fé.

Prescreve, o sistema norte-americano, nomeadamente na secção 141(e) que os administradores devem atuar de boa-fé, pois caso contrário não beneficiam da *reliance*. Sem a exigência da boa-fé, a *reliance* seria uma previsão que permitiria aos administradores incompetentes e desonestos, esconderem-se por detrás de um conselheiro externo.

Para a doutrina e jurisprudência norte-americana, a boa-fé corresponde a um conceito amplo que alude ao estado de espírito dos administradores que aleguem *reliance*, permitindo-se a cobertura da maioria dos casos de administradores desonestos. O facto

¹⁰⁵ DIAS, RUI PEREIRA –ob.cit., p. 29 – 49.

¹⁰⁶ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81.

¹⁰⁷ ROKAS, ALEXANDROS N. – ob.cit., p. 323 – 351.

¹⁰⁸ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 58.

¹⁰⁹ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81.

¹¹⁰ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81.

de o administrador não agir de boa-fé não o condena, de forma imediata, à responsabilidade, apenas o exclui de beneficiar da proteção da *reliance*. Desta forma, agir de má-fé no regime norte-americano implica um desrespeito consciente e intencional dos deveres que deve cumprir enquanto membro de um órgão da administração.

Estando o administrador de boa-fé, considera a doutrina que se trata de uma “omissão inocente”, ou seja, se este não tinha nem poderia ter acesso a tais factos, encontra-se protegido. Pelo contrário, se estivermos perante uma omissão negligente, o administrador não pode ser protegido pela regra da *reliance*.

Rui Pereira Dias tem uma opinião ligeiramente diferente, acredita este A. que sendo omitidos factos necessários, porque a administração não os considerou relevantes para o caso concreto, o membro da administração poderá estar protegido pela *reliance*. Isto porque, é de considerar que o perito tem um certo dever de “contribuir para a fixação da base informativa completa (ou tão completa quanto se afigure indispensável)”¹¹¹, especialmente através da inquirição do órgão de administração, quando tenha dúvidas ou questões sobre a matéria, de forma a circunscrever o objeto e o âmbito da questão, potenciando um bom resultado final¹¹².

Contudo, apesar da existência do dever de informação “*tal não pode corresponder a um excesso de prestação preventiva de informação*”¹¹³, ou seja, o perito deve requerer informações adicionais caso necessite, devendo todas as suas questões ser respondidas com a maior celeridade e efetividade possível¹¹⁴.

Acrescenta Ferreira Gomes, que a exclusão de responsabilidade com base na *reliance* somente ocorre quando preenchidos todos os pressupostos e, se o membro do órgão de administração desconhecer que a informação não partilhada era essencial. Para determinar o que o administrador deveria ou não saber naquele caso concreto há que recorrer à bitola da diligência¹¹⁵.

Importa agora analisar a possibilidade de os membros do órgão de administração concederem ao especialista o controlo do fluxo informativo, manipulando-o, para que o relatório final seja favorável ao administrador da sociedade. Apesar de um administrador, poder escolher o perito ou especialista (ao invés de ser o órgão de administração), apela-

¹¹¹ DIAS, RUI PEREIRA – ob.cit., p. 42.

¹¹² DIAS, RUI PEREIRA – ob.cit., p. 29 – 49.

¹¹³ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 59.

¹¹⁴ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81.

¹¹⁵ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81.

se ao conselho de administração que adote um processo de seleção de peritos razoável evitando conflito de interesses na escolha de peritos ou especialistas e que controle o fluxo de informação entre a empresa e o perito ou especialista. Caso os administradores tenham um interesse especial na operação em causa, por exemplo se lhes for conferido o direito a um bônus com determinada transação, não devem estes selecionar perito com quem prévia relação ou então devem tentar garantir que toda a informação necessária é transmitida ao perito, de tal forma, que estejam em condições de beneficiar do regime prescrito na secção 141(e)¹¹⁶.

O terceiro elemento da *reliance* consiste na aquisição de informações, conselhos ou opiniões erradas pelo sujeito em causa. Neste ponto, a doutrina norte-americana começa por discutir a natureza e a forma destas informações¹¹⁷. Quanto à natureza, considera-se que as opiniões ou informações apenas são fidedignas quando se insiram na área de competência profissional do perito ou especialista. Contudo, a complexidade da questão aumenta quando deparados com uma interseção de áreas profissionais¹¹⁸. Relativamente à forma das informações, conselhos ou opiniões, a questão que se coloca é a de saber se a informação pode ser prestada verbalmente, ou se terá de ser obrigatoriamente por forma escrita¹¹⁹.

Inicialmente, o tribunal norte-americano¹²⁰ afirmou que para preencher os requisitos da secção 141(e) era necessária a existência de um relatório escrito (caso *Smith v. Gorkom*). No entanto, a secção 141(e) foi atualizada, de forma a incluir informações, opiniões, relatórios ou declarações (“*information, opinions, reports or statements*”). Assim, o argumento de que as apresentações orais não são aceitáveis por causa da sua natureza oral, torna-se inviável. Convém, no entanto, advertir, que para uma melhor proteção da administração, a transmissão de conselhos, opiniões e informações deverá realizar-se por escrito, tendo em conta que nessa situação a prova judicial será manifestamente mais fácil¹²¹.

Apesar de a informação prestada verbalmente não ser tão formal, tal não significa que não seja merecedora de confiança, importando assim analisar as circunstâncias, de

¹¹⁶ ROKAS, ALEXANDROS N. – ob.cit., p. 323 – 351.

¹¹⁷ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81.

¹¹⁸ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81.

¹¹⁹ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81.

¹²⁰ Nomeadamente, o *Delaware Supreme Court*.

¹²¹ ROKAS, ALEXANDROS N. – ob.cit., p. 323 – 351.

modo a perceber qual será a forma de transmissão de informação mais adequada à questão em causa¹²². Pese embora não exclua pareceres orais, a secção 141(e) exige a apresentação dos mesmos, desta forma, caso o administrador não compareça na apresentação oral do parecer ou não se familiarize com os relatórios, afirma-se a inexistência de *reliance* em sentido estrito, tendo em conta esta doutrina tem fundamento em ato baseado em conselho ou recomendação¹²³.

Na jurisdição alemã¹²⁴ acredita-se que a realização de um controlo de plausibilidade se afigura mais complexo na transmissão verbal de informações. Assim, de acordo com o BGH¹²⁵, de modo a ter acesso à proteção da *reliance*, todas as informações deverão ser transmitidas por escrito. Sendo a transmissão verbal admitida somente em duas situações, a primeira quando a questão seja efetivamente simples ou, a segunda, quando o caso seja de tal forma urgente que impossibilite a transmissão por escrito. É por exemplo a situação da divulgação de informação privilegiada do nosso ordenamento jurídico (art. 248 do CVM)¹²⁶.

Por fim, julga-se legítima a confiança dos administradores, nos conselhos, opiniões ou informações, que confirmam “sem prejuízo de dúvidas existentes, a “probabilidade” da legalidade da conduta é superior à “probabilidade” da sua ilegalidade.”¹²⁷

O conselho de administração não pode nem deve adotar parecer ou opinião de perito ou especialista de forma cega, sendo necessário exercer sobre ele um controlo de plausibilidade, ou seja, analisar a informação de forma crítica, de tal forma que não detete nenhuma incoerência ou irregularidade¹²⁸. Para que tal análise legitime a confiança do administrador, importa que este tenha tido acesso à informação, quer isto dizer, que a tenha efetivamente lido ou marcado presença na apresentação da mesma. Importa ainda,

¹²² GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81.

¹²³ ROKAS, ALEXANDROS N. – ob.cit., p. 323 – 351.

¹²⁵ Quer dizer, o *Bundesgerichtshof*: BGH 20-set.-2011, II ZR 234/09, *Betriebs-Berater* (2011), 48, 2960-2963 (acórdão Ision), BGH 28-mai.-2013, II ZR 83/12, *Der Betrieb* (2013), 35, 1964-1966. Cfr. Petra Buck-Heeb, *Die Plausibilitätsprüfung*, 1353-1354.

¹²⁶ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81.

¹²⁷ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81.

¹²⁸ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81.

que o administrador não haja tomado conhecimento de factos que pudessem colocar em causa a veracidade ou a qualidade da informação obtida¹²⁹.¹³⁰

No entanto, não parece sustentável requerer que os administradores tenham conhecimento de todos os aspetos técnicos do conselho dado, tendo em conta que tal pretensão conduziria a um desvio das práticas de negócio atuais. De igual modo, impor aos administradores a aquisição de todas as informações necessárias, de forma a estarem em condições de independência para avaliar a substância do conselho, iria diminuir a doutrina da *reliance*¹³¹.

Na doutrina norte-americana, o conceito de boa-fé configura um elemento essencial para a eliminação da confiança cega, de acordo com a lei de Delaware¹³².

Para a interpretação do conceito da boa-fé presente na secção 141 (e) importa considerar as declarações do tribunal de Delaware. Em particular, é justo especular que os tribunais de Delaware estariam dispostos a interpretar o requisito da boa-fé do conselho de administração dentro da moldura da *reliance*, que seria na verdade, incompatível com a doutrina geral da boa-fé. Desta forma, prevê-se que a confiança cega inaceitável deve limitar-se aos casos em que atuando de má-fé, desrespeitem os seus deveres enquanto administradores ou aos casos em que demonstrem um comportamento notório, abdicando das suas responsabilidades na tomada de uma qualquer decisão empresarial¹³³.

Contudo, torna-se necessário realizar um julgamento adicional, pois de acordo com Hawes e Sherrard, se ao homem médio (quer isto dizer “um leigo com inteligência, honestidade e sentido de correta atuação”¹³⁴) é possível identificar o erro, então a confiança do administrador não é legítima, não podendo este ser abrangido pela *reliance*¹³⁵. Este ponto ilustra a questão da plausibilidade, na doutrina alemã, sendo este o pressuposto mais complexo da *reliance*, segundo a doutrina da especialidade. A problemática tem-se centrado à volta da confiança depositada em pareceres ou conselhos

¹²⁹ Importa entender que o requisito do “*entitlement to rely*” apesar de consistir num “meio de defesa”, não tem carácter absoluto. Quer isto dizer que, não se pode considerar legítima a confiança do administrador no relatório do perito caso este tenha tomado conhecimento (através de fonte credível) que o relatório tinha sido adulterado.

¹³⁰ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81.

¹³¹ ROKAS, ALEXANDROS N. – ob.cit., p. 323 – 351.

¹³² ROKAS, ALEXANDROS N. – ob.cit., p. 323 – 351.

¹³³ ROKAS, ALEXANDROS N. – ob.cit., p. 323 – 351.

¹³⁴ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 63.

¹³⁵ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 63.

de peritos legais, sendo, contudo, possível adaptar a questão para a confiança investida em pareceres, conselhos ou informações¹³⁶.

Defende a doutrina da especialidade que a confiança no profissionalismo do perito não dispensa um exame de plausibilidade. Nesta apreciação, há de apurar-se se foram tidas em conta todas as questões relevantes, se o parecer manifesta algumas incongruências, se está devidamente sustentado, e se a conclusão e a medida que se propõe implementar estão abrangidas pelo parecer e pela experiência económica profissional do conselheiro. O administrador pode convocar o auxílio de outro departamento na análise do parecer, nomeadamente do departamento jurídico, no entanto, não pode delegar esta competência, pois a análise deste é da sua inteira responsabilidade¹³⁷. Se na realização da análise, o administrador verificar a existência de falhas no parecer, deve pedir de imediato esclarecimentos e correções ao perito¹³⁸.

É dado como certo que o administrador deve realizar uma análise crítica do parecer. Interessa saber como e com que intensidade o deve realizar. Antes de mais, importa ter em conta, que um controlo de correção do parecer não seria viável para a doutrina da *reliance*. Quer isto dizer, que apesar de ser possível um controlo de plausibilidade intenso, este não pode valer enquanto requisito mínimo para a aplicação da *reliance*¹³⁹.

Cabe agora averiguar se é exigível ao administrador um nível mínimo de conhecimentos jurídicos. Quanto a esta matéria é entendimento da doutrina que os membros do órgão de administração devem, pelo menos, possuir alguns conhecimentos jurídicos, tais como das normas que regulam o tipo societário em causa e dos estatutos da sociedade¹⁴⁰, não corrompendo assim o dever de legalidade a que estão adstritos.

Para isso, necessário é conjugar os conhecimentos mínimos exigíveis com a diligência de um gestor criterioso e ordenado e com as circunstâncias do caso concreto. Assim, de acordo com a formulação da al. a) do n.º 1 do art. 64 do CSC, há que formular

¹³⁶ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81.

¹³⁷ Apesar de o membro do órgão se poder auxiliar do departamento legal da sociedade, isto não implica a dispensa de uma análise própria da plausibilidade do parecer.

¹³⁸ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81. inspirado em Petra Buck-Heeb, *Die Plausibilitätsprüfung*, 1351-1352.

¹³⁹ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., inspirado em Petra Buck-Heeb, *Die Plausibilitätsprüfung*, 1351-1352.

¹⁴⁰ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., inspirado em Petra Buck-Heeb, *Die Plausibilitätsprüfung*, 1351-1352.

a seguinte questão: “*que conhecimentos teria um gestor criterioso e ordenado no caso em análise?*”¹⁴¹.

Segundo Petra Buck-Heeb¹⁴² estamos perante um critério objetivo tipificado, para o qual o grau de conhecimento dos membros do órgão de administração é irrelevante. Assim, o facto de não possuírem os conhecimentos necessários para a resolução ou análise do caso em concreto (conhecimentos objetivos exigíveis) origina um incumprimento da obrigação de administrar de forma diligente, em específico, do dever de cuidado (al. a) do n.º 1 do art. 64 do CSC). Deste modo, o nível de conhecimentos subjetivos do administrador apenas aponta para um “*agravamento das exigências decorrentes do padrão objetivo*”¹⁴³.

Conclui Ferreira Gomes, que a bitola da diligência de uma pessoa média (conforme referem Hawes e Sherrard) não parece suficiente para avaliar se um administrador desenvolveu ou não um correto juízo de plausibilidade, tornando-se fundamental recorrer aos seus conhecimentos jurídicos específicos quanto à matéria em juízo¹⁴⁴. Mais ainda, a análise da plausibilidade deve fundamentar-se num sentido ético-normativo, ao invés de puramente psicológico, querendo com isto dizer, que para a *reliance* apenas é significativo se o administrador devia ter-se apercebido do erro e não o fez diante da informação que tinha disponível, e não, se obteve ou não conhecimento da incorreção.

Aqui não temos que ponderar o cumprimento do dever de cuidado (presente na al. a) do n.º 1 do art. 64 do CSC), ou seja, “*do dever da competência técnica adequada à sua função*”¹⁴⁵, mas sim, daqueles outros deveres de obtenção do conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções (dever estrutural de obtenção de informação) e de informação necessária à decisão em causa (dever conjuntural de obtenção de informação), presentes na al. a) do n.º 1 do art. 64 e no n.º 2 do art. 72 do CSC¹⁴⁶. No entanto, estes deveres estão também dentro do conceito lato de deveres de cuidado (al. a)

¹⁴¹ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 65.

¹⁴² GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81. inspirado em Petra Buck-Heeb, *Die Plausibilitätsprüfung*, 1351-1352.

¹⁴³ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 65.

¹⁴⁴ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81 inspirado em Petra Buck-Heeb, *Die Plausibilitätsprüfung*, 1351-1352.

¹⁴⁵ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 66.

¹⁴⁶ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81.

do n.º 1 do art. 64 do CSC), tendo em conta que empreendem uma obrigação de administrar de forma diligente.

Para garantir o cumprimento correto do juízo de plausibilidade por parte dos membros do órgão de administração, para que possam beneficiar do sistema de exclusão de responsabilidade concedido pela *reliance* é essencial a existência de sistemas eficazes de fluxo de informação no seio da sociedade. Para isto, o órgão de administração deve criar uma estrutura informativa adequada à sociedade, sendo que o órgão de fiscalização assume elevada importância neste quadro, garantindo que o sistema é cumprido de forma adequada através das suas competências de inspeção, só assim sendo possível garantir que a informação é efetivamente transmitida, preservando a sua completude e veracidade. Desta forma, o risco de desconhecimento de informações relevantes ao qual teriam acesso através dos sistemas de informação, difunde-se nos órgãos de administração e fiscalização.

Por fim, para que o membro do órgão de administração possa beneficiar da proteção concedida pela *reliance* deve atuar em conformidade com as informações recebidas, ressalva-se, contudo, que os administradores não se encontram, de forma alguma, obrigados a seguir os conselhos fornecidos por peritos ou especialistas, no entanto, caso não atuem de acordo com essas as recomendações, está-lhes vedada a proteção da *reliance*¹⁴⁷.

Pergunta-se, neste ponto, se a doutrina permite ao administrador desviar-se ligeiramente do conselho obtido. A confiança do administrador no conselho obtido apenas conserva a sua legitimidade, se o afastamento quanto ao mesmo for diminuto e, se não consubstanciar uma atuação negligente (p.e. se o administrador não assimilar o significado do conselho ou opinião). Importa ainda perceber, que só se o conselho ou opinião for anterior à atuação do sujeito é que a confiança revela¹⁴⁸.

A proteção dos administradores não se esgota na *reliance*, estes podem ainda beneficiar do resguardo da BJR, tendo em conta o âmbito de aplicação mais alargado da mesma, aplicando-se mesmo que a regra da secção 141 (e) não seja extensível. No entanto, é necessário que não se prove a existência de negligência grave na conduta dos administradores¹⁴⁹.

¹⁴⁷ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81.

¹⁴⁸ ROKAS, ALEXANDROS N. – ob.cit., p. 323 – 351.

¹⁴⁹ ROKAS, ALEXANDROS N. – ob.cit., p. 323 – 351.

Considera-se que o não acatamento do conselho fornecido pelo especialista não implica a má-fé ou a negligência do administrador, apenas significa a não aplicação da *reliance*¹⁵⁰.

Para além dos elementos expressamente previstos na secção 141(e), a doutrina norte-americana e os respetivos tribunais definiram os seguintes requisitos adicionais: nexo causal; não exigência de uma relação pré-contratual; e, exclusão da proteção da *reliance* nos casos de fraude¹⁵¹.

Afirma a secção 141(e) que informações não pertinentes ou essenciais para o processo de tomada de decisão não são adequadas para acionar a teoria da *reliance*. Mais ainda, para que a *reliance* produza os seus plenos efeitos, necessário é a existência de um nexo causal entre o aspeto problemático da transação ou da decisão e o conselho adquirido.

Frequentemente, ao acionar a teoria do nexo causal, permite-se beneficiar o destinatário do conselho, ou seja, excluir a responsabilidade do membro do órgão de administração. Isto porque, existindo uma falha no fluxo de informação do administrador para o perito, mas se os aspetos desafiantes da transação não se relacionarem com as informações não divulgadas, então o administrador poderá “escapar” à responsabilidade¹⁵².

O sistema norte-americano não requer a pré-existência de uma relação contratual entre a empresa e o perito, desde que o perito seja elegido com o devido cuidado e os administradores se encontrem de boa-fé¹⁵³.

Decisões do conselho de administração que constituam fraude não beneficiam da proteção da *reliance*, no entanto, não existe necessidade de expandir a secção 141 (e), pois a boa-fé cobre estes dois conceitos.

O Delaware Supreme Court sistematizou os requisitos básicos da teoria da *reliance* no caso *Breahm v. Eisner*, ao concluir que, para rejeitar a teoria da *reliance*, importa alegar e provar: que os administradores não confiavam, de facto, no especialista; que não se encontravam de boa-fé quando confiaram no perito ou especialista; que não tinham a convicção de que o conselho facultado se encontrava dentro da área de competência profissional; que o especialista não fora escolhido mediante processo diligente, contendo pelo contrário, falhas da responsabilidade dos administradores; que o

¹⁵⁰ ROKAS, ALEXANDROS N. – ob.cit., p. 323 – 351.

¹⁵¹ ROKAS, ALEXANDROS N. – ob.cit., p. 323 – 351.

¹⁵² ROKAS, ALEXANDROS N. – ob.cit., p. 323 – 351.

¹⁵³ ROKAS, ALEXANDROS N. – ob.cit., p. 323 – 351.

assunto em causa estava disponível para consulta e sendo óbvio que o conselho de administração falhou em considerar todos os seus aspetos, tendo por isso incorrido em negligência grave; e, que a decisão do conselho de administração fora de tal modo inconcebível que poderá levar à suspeição de fraude. Na decisão *Breahm v. Eisner* o tribunal adotou pela presunção dos requisitos enumerados, estando o autor incumbido de fazer contraprova dos mesmos.

7. A conclusão do sistema norte-americano relativamente à *reliance*

É permitido a uma empresa, que no correr da sua vida societária, recorra a peritos ou especialistas, para se aconselhar, podendo beneficiar deste fluxo informativo todos os entes envolvidos na sociedade (diretores, gerentes, acionistas, investidores, entre outros).

Apesar da estreita relação com a conduta dos peritos ou especialistas, acontece que a secção 141(e) não estatui o papel destes na orgânica societária, regulando apenas as condições em que a confiança (“*reliance*”) pode ser estatuiariamente protegida.

Sucedem que esta secção não teve a aplicabilidade prática esperada pela doutrina norte-americana, primeiramente porque, apenas se aplica a membros do órgão de administração, depois, porque os administradores já se encontram protegidos por diversos mecanismos legais, tal como a BJR (entre outros)¹⁵⁴.

O legislador norte-americano acreditava que a secção 141(e) iria trazer alguma clareza aos tribunais, no entanto acontece que, estes ou têm dúvidas quanto à concretização do conceito da boa-fé (adicionando elementos à regra) ou não citam, de todo a secção 141(e), identificando-se inúmeras decisões contraditórias.¹⁵⁵

Para a doutrina norte-americana, a secção 141(e) constitui-se enquanto meio de defesa autónomo, providenciando proteção aos administradores nos casos de negligência grosseira, sendo acionada mesmo quando não estejam protegidos pela BJR¹⁵⁶.

¹⁵⁴ ROKAS, ALEXANDROS N. – ob.cit., p. 323 – 351.

¹⁵⁵ ROKAS, ALEXANDROS N. – ob.cit., p. 323 – 351.

¹⁵⁶ ROKAS, ALEXANDROS N. – ob.cit., p. 323 – 351.

8. A *Reliance* no sistema português

Tal como analisado, o ordenamento português aceita que os membros dos órgãos sociais se auxiliem de terceiros nos processos de decisão. Assim, partimos da premissa de que a doutrina da *reliance* é, no seu núcleo essencial, compatível com o direito português. No entanto, nem o legislador nem a jurisprudência portuguesa reconhecem de forma direta a possibilidade de os administradores se apoiarem em informações e conselhos externos, ao contrário do que acontece noutros ordenamentos jurídicos.

Para Rui Pereira Dias, a *reliance* oferece vantagens, proporcionando uma gestão eficiente, isto porque se incentiva os membros dos órgãos sociais a confiarem em opiniões especializadas, que se julguem convenientes, permitindo uma simplificação do processo de delegação de competências e, por sua vez, o sucesso da sociedade, garantindo o interesse social¹⁵⁷. De acordo com José Ferreira Gomes¹⁵⁸ a matéria da confiança em informações externas terá de coexistir com os deveres dos administradores. No entanto, esta coexistência nem sempre é pacífica. Tal ocorre com a tensão existente entre a confiança dos administradores em informações externas à sociedade e o dever de vigilância dos administradores sobre as mesmas. Sendo que o dever de vigilância é imprescindível para o sucesso da sociedade, especialmente quando se encarreguem terceiros com questões vitais para a vida da mesma.

Contudo, com a *reliance* não se pretende estimular um recurso excessivo ao aconselhamento externo, com vista a evitar a responsabilização dos administradores, mas sim vocacionar a *reliance* como um meio de salvaguarda da posição dos administradores. “No fundo, se o sub-investimento pode ser nocivo é igualmente importante obstar a um sobre-investimento em pareceres (tendo em conta que são os recursos da sociedade que estão em causa)”¹⁵⁹.

Torna-se necessário encontrar um equilíbrio, de forma a obtermos uma “reasonable reliance”¹⁶⁰. Se é possível afirmar que a constante solicitação de pareceres, para suprir a ausência de conhecimentos técnicos dos administradores, poderá concretizar-se numa violação do dever de cuidado (al. a) n.º 1 do art. 64 CSC); também

¹⁵⁷ DIAS, RUI PEREIRA – ob.cit., p. 29 – 49.

¹⁵⁸ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance*: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81.

¹⁵⁹ DIAS, RUI PEREIRA – ob.cit., p. 38.

¹⁶⁰ DIAS, RUI PEREIRA – ob.cit., p. 39.

se reconhece que os administradores terão de se mostrar continuamente disponíveis e providos dos conhecimentos técnicos necessários, para cumprirem as suas funções enquanto membros do órgão de administração da sociedade, para isso tendo de, por vezes, recorrer a aconselhamento externo.

Assim, apesar desta antinomia, Rui Pereira Dias¹⁶¹ acredita que devemos arriscar-nos na redação dos pressupostos a ser cumpridos na doutrina da *reliance*, de modo a obtermos um processo legítimo à luz do ordenamento jurídico português, permitindo a manutenção dos requisitos para a “*responsabilidade do administrador por danos civis emergentes da toda e da execução das suas decisões*”¹⁶².

Numa tentativa de avaliar a viabilidade da transposição do sistema da *reliance* para o ordenamento jurídico português, torna-se necessário realizar uma comparação entre as linhas gerais da doutrina em questão, o dever de cuidado presente no al. a) do n.º 1 do art. 64 do CSC e os pressupostos de responsabilidade dos administradores presentes no art. 72 do CSC.

É de realçar a importância do caso concreto, para averiguar, nomeadamente se a decisão foi tomada com a devida informação. Na tentativa de conjugar os requisitos da *reliance* com os pressupostos da responsabilidade civil dos administradores no sistema português, o A. afirma que a dimensão da diligência se altera conforme o conteúdo da prestação (mais ou menos determinado)¹⁶³. Assim, refere Pedro Pais de Vasconcelos, inspirado em Pessoa Jorge, “*quando o dever é de conteúdo indeterminado e a sua determinação é feita em função de um fim, como sucede com o dever de administrar bens alheios, como sucede com o dever de gestor, a diligência contribui para a determinação do próprio conteúdo do comportamento devido, o que não se reporta ao aspeto subjetivo da culpa (...), mas sim, ao aspeto objetivo da omissão do comportamento devido, isto é, à ilicitude ou licitude do agir do gestor*”¹⁶⁴. Para Rui Pereira Dias, a característica da generalidade ou especialidade do dever não é o foco desta análise, ao contrário do que pensa Ferreira Gomes. Para o A., relevante é “*a margem de apreciação que é inelutavelmente deixada à administração, perante as incertezas do caso*”¹⁶⁵.

¹⁶¹ DIAS, RUI PEREIRA – ob.cit., p. 29 – 49.

¹⁶² DIAS, RUI PEREIRA – ob.cit., p. 40.

¹⁶³ DIAS, RUI PEREIRA – «ob.cit.», p. 29 – 49.

¹⁶⁴ VASCONCELOS, PEDRO PAIS – “Business Judgment Rule: deveres de cuidado e lealdade, ilicitude e culpa e o art.º 64 do Código das Sociedades Comerciais” in *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 1, Volume 2, Coimbra, Almedina, 2009, p. 57.

¹⁶⁵ DIAS, RUI PEREIRA – ob.cit., p. 46 e 47.

Isto é: tudo depende do grau de definição do conteúdo que a diligência venha a assumir. Por norma, os deveres gerais têm um conteúdo mais indefinido (por isso ao dever de cuidado se aplica a BJR presente no n.º 2 do art.º 72 do CSC). O conteúdo também pode ter carácter indefinido em face de alguns deveres legais específicos, tendo o efeito de aplicação daquele preceito¹⁶⁶.

Cumpra agora analisar, se a *reliance* deve ser enquadrada no direito português enquanto causa de exclusão da ilicitude ou da culpa na conduta praticada pelo sujeito, ou seja, “*saber se a confiança depositada pelos membros dos órgãos sociais na informação recebida traduz um comportamento lícito ou sem culpa, para efeitos de exclusão da sua responsabilidade civil pelo incumprimento de determinados deveres*”¹⁶⁷.

No sistema alemão a doutrina diverge. Enquanto o BGH¹⁶⁸ sustenta que a *reliance* integra o requisito da culpa¹⁶⁹, Fleischer afirma que a questão deve ser colocada ao nível da ilicitude (no âmbito da diligência), tendo em conta que não se pode desconsiderar o paralelo do § 93(1)2 AktG, que positivou a BJR no quadro jurídico alemão¹⁷⁰.

No sistema jurídico português, tal como afirma Menezes Cordeiro, a diferenciação entre o requisito da ilicitude e o requisito da culpa apenas tem sentido quando os padrões para a apreciação de uma ou de outra sejam distintos¹⁷¹. Assim, o requisito da ilicitude é convocado apenas e quando “*a “descoberta” da conduta devida integra a própria previsão normativa*”¹⁷², complementada com os padrões da bitola da diligência de um gestor criterioso e ordenado. Assim, já não é necessário proceder a um juízo de censurabilidade do sujeito, tendo em conta que este já foi absorvido pelo requisito da ilicitude. Segundo Pessoa Jorge, a ação do membro do órgão está dentro da previsão da norma quando este se encontra sujeito a deveres cujo conteúdo é *a priori* indefinível¹⁷³.

¹⁶⁶ DIAS, RUI PEREIRA – ob.cit., p. 29 – 49.

¹⁶⁷ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida*”, cit., p. 53.

¹⁶⁸ Quer dizer, o *Bundesgerichtshof*, ou seja, o Tribunal Federal de Justiça Alemão.

¹⁶⁹ Ao considerar que “um representante orgânico de uma sociedade viola o seu dever de apresentação da sociedade à insolvência sem culpa quando, tendo competência para clarificar se a sociedade está em situação de insolvência, obtém aconselhamento de um profissional independente e tecnicamente qualificado, a quem informa adequadamente sobre todas as circunstâncias significativas para a apreciação, e depois de um exame de plausibilidade, segue o conselho recebido e não apresenta a sociedade à insolvência” na decisão BGH 14.-mai.-2007, NZG (2007), p. 545, de acordo com GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida*”, in *Separata de Direitos das Sociedades, ano VIII, Nº 1*, Coimbra, Almedina, 2016, p. 50 – 81.

¹⁷⁰ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida*”, cit., p. 50 - 81 inspirado em Fleischer, *Vertrauen*, 1405.

¹⁷¹ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex – Edições Jurídicas, 1997, p. 459.

¹⁷² GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida*”, cit., p. 79.

¹⁷³ JORGE, FERNANDO PESSOA, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Lisboa, Ministério das Finanças, Centro de Estudos Fiscais da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, 1968, p. 71-88.

O sujeito terá de perceber qual a conduta exigível consoante o resultado que pretende alcançar e perante as circunstâncias concretas do caso. Assim, o critério orientador da atuação do sujeito é o dever de diligência, ou seja, “*o grau de esforço requerido pelo direito para a execução da conduta devida ou prestação*”¹⁷⁴.

Pelo contrário, o requisito da culpa é chamado à colação quando a “descoberta” da conduta não incorpore a previsão normativa. Desta forma, ao demonstrar que a previsão normativa foi devidamente preenchida, há-de fazer-se um juízo de censurabilidade¹⁷⁵.

Assim, haverá que distinguir duas situações, consoante os deveres que estejam em causa. Quando for exigível o cumprimento de deveres legais dos administradores, tal como a obrigação de uma administração diligente, a confiança depositada nos conselhos recebidos insere-se na exploração da conduta devida, enquadrando-se no pressuposto jurídico da ilicitude. Se, pelo contrário, o administrador estiver adstrito ao cumprimento de deveres legais específicos (presentes na lei, no estatuto ou nos contratos celebrados), então o requisito preenchível é a culpa, tendo em conta que o administrador conhece ou deverá conhecer o conteúdo destes deveres.

Assim, em tom de conclusão, Rui Pereira Dias realça a necessidade de encontrar um equilíbrio entre a promoção da “*eficiência na gestão da empresa societária, favorecedora do investimento na obtenção de informações e pareceres que sustentem uma tomada de decisão tão criteriosa quanto possível*”¹⁷⁶ e os “*perigos de uma parecerite, que não é mais do que o indesejável sobre-investimento em opiniões externas com o único ou primordial intuito de escudar a posição dos administradores, a expensas do património social*”¹⁷⁷, para que a *reliance* seja efetivamente eficaz no sistema jurídico português

¹⁷⁴ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida*”, cit., p. 79, inspirado em JORGE, FERNANDO PESSOA, Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil, Lisboa, Ministério das Finanças, Centro de Estudos Fiscais da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, 1968, p. 71-88.

¹⁷⁵ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “*Reliance: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida*”, cit., p. 50 – 81.

¹⁷⁶ DIAS, RUI PEREIRA – ob.cit., p. 47.

¹⁷⁷ DIAS, RUI PEREIRA – ob.cit., p. 47.

9. Conclusão

Os membros do órgão de administração estão sujeitos ao cumprimento de deveres contratuais e legais, nomeadamente deveres legais específicos e deveres legais gerais, sendo que a sua principal obrigação corresponde a uma obrigação de meios designada por dever de administrar ou dever de gestão.

O art. 64 do CSC reveste-se de grande importância nesta matéria, tendo em conta que encabeça a cláusula geral dos deveres fundamentais dos administradores, prescrevendo que a estes cabe o dever de atuar de forma ordenada e diligente, submetendo-se a critérios de racionalidade económica no exercício das suas funções. De entre todos os deveres dos administradores, o legislador deu ênfase, no art. 64, aos deveres de cuidado e lealdade. No cumprimento destes deveres, os administradores gozam de uma vasta autonomia, atendendo a que o seu principal dever corresponde à gestão da sociedade, ou seja, à gestão de bens alheios.

Os deveres dos administradores surgem aqui como uma espécie de limite à discricionariedade concedida pelo legislador. Como meio de controlo desta vasta autonomia, surgiu no ordenamento jurídico português o mecanismo da responsabilidade civil. Por outras palavras: de forma a prevenir a gestão descuidada e danosa para a sociedade, para os sócios, credores e terceiros, o legislador viu-se forçado a impor limites à discricionariedade empresarial. Mais importante do que criar limites e fronteiras, foi o estabelecimento de um regime que permite o ressarcimento dos lesados.

Os membros do órgão de administração podem, assim, ser responsabilizados civilmente pelos danos que originem à sociedade, aos sócios, a credores sociais e a terceiros.

Para que incorram em responsabilidade para com credores sociais (n.º 1 do art. 78 do CSC), sócios e terceiros (n.º 1 do art. 79 do CSC), os administradores têm de atuar de modo ilícito, culposo e danoso, comnexo causal entre o facto e o dano. Já para com a sociedade existe uma presunção de culpa (n.º 1 do art. 72 do CSC). No entanto, é permitido aos administradores ilidirem esta presunção se demonstrarem que atuaram em termos informados, livres de qualquer interesse pessoal e conforme critérios de racionalidade empresarial (n.º 2 do art. 72 do CSC). Esta norma de exclusão de responsabilidade foi encarada como uma expressão da BJR, no sentido de especificação dos elementos probatórios que o administrador deve invocar caso pretenda ilidir a

presunção de responsabilidade. Desta forma impõe-se que o tribunal faça o julgamento da atuação do administrador baseado em critérios de racionalidade empresarial.

Ainda quanto à responsabilidade para com os credores sociais, o n.º 1 do art. 78 exige a cumulação de mais dois requisitos além dos enumerados: o património da sociedade tem de ser incapaz de solver as suas dívidas e é necessário o incumprimento de normas cujo escopo seja a proteção de terceiros.

Por fim, também o n.º 1 do art. 79 determina que a responsabilidade para com terceiros só abrange os danos provocados diretamente pelos administradores, por atuação dolosa, em preterição de um dever legal.

Na execução da atividade administrativa, o legislador exige que os administradores demonstrem disponibilidade técnica e conhecimentos da atividade da sociedade adequados às suas funções, tendo que executar os seus deveres com a diligência de um gestor criterioso e ordenado. Não se exige que os administradores tenham todos os conhecimentos técnicos, em todos os momentos da vida societária. Assim, questiona a doutrina se podem os administradores, tal como permitido a outros órgãos sociais (al. l) do n.º 1 do art. 420 e al. p) do n.º 1 do art. 441 do CSC), auxiliarem-se de peritos ou especialistas, de forma a garantirem o conhecimento adequado à situação em causa. Sendo a resposta for positiva, pergunta-se em que medida podem confiar na informação recebida e como se afere a sua responsabilidade quando atuem de forma danosa, em resultado da confiança depositada nos conselhos ou informações.

A resposta a estas questões foi apresentada pela teoria da *reliance*, desenvolvida tanto pela doutrina e jurisprudência norte-americanas como pelas alemãs, sendo consagrada como um processo indispensável na determinação da boa-fé e diligência empregada pelo administrador na sua atividade. Ressalva-se que a *reliance* não pode, de forma alguma, contrariar os princípios e os fundamentos da BJR, correspondendo a um processo de defesa em que, apesar de o administrador ter violado deveres de conduta, ilide a sua responsabilidade, ao demonstrar que atuou segundo critérios de diligência e boa-fé.

Ao conjugar a doutrina e a jurisprudência norte-americanas e alemãs com as observações de autores portugueses¹⁷⁸, é possível elaborar um quadro de pressupostos, que, quando verificados, permitem excluir a responsabilidade do administrador, sempre

¹⁷⁸ Rui Pereira Dias, José Ferreira Gomes, Jorge Coutinho de Abreu, Menezes Cordeiro e Pedro Pais Vasconcelos.

que estes incorram em conduta danosa por confiarem em conselhos ou informações externas.

Assim, o administrador terá de considerar que o informador é fiável e que o conselho dado se encontra dentro da sua área de competência profissional; terá de transmitir todos os factos e informações necessários para a elaboração do parecer; necessária é a aquisição de um conselho ou informação incorreto e a não perceção pelo administrador da incorreção do mesmo após efetuar uma análise crítica; por fim, é indispensável que o administrador atue em função do conselho ou informação recebido.

Tal como mencionado, é aceite pelo ordenamento jurídico português o recurso ao auxílio de especialistas pelos membros dos órgãos sociais, quando estes não dominem a questão que lhes é apresentada - tal ocorre tanto com o conselho fiscal ou fiscal único, como com o conselho geral e de supervisão. Parte-se do princípio de que o ordenamento jurídico português acolhe a doutrina da *reliance*, tendo em conta que aceita que órgãos sociais se coadjuvem de peritos ou especialistas.

Apesar de não estar expressamente previsto para os membros dos órgãos de administração, podemos ponderar a extensão desta permissão através de aplicação analógica. No entanto, nem a doutrina nem a jurisprudência portuguesa reconhecem generalizadamente esta possibilidade, que poderá trazer vantagens para uma gestão mais eficiente, para o sucesso societário, assim como para a garantia do cumprimento do interesse social.

Importa afirmar, seguindo Ferreira Gomes¹⁷⁹, que, ao admitir a possibilidade da *reliance* no sistema jurídico português, nunca a poderemos aplicar de forma isolada, sendo indispensável a conjugação desta com o quadro de deveres dos administradores, sendo de enorme relevância o dever de vigilância, sem a qual não é possível garantir a correta aplicação do instituto.

¹⁷⁹ GOMES, JOSÉ FERREIRA – “Reliance: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, cit., p. 50 – 81.

10.BIBLIOGRAFIA

ABREU, JORGE M. COUTINHO – *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 2010

ABREU, JORGE M. COUTINHO – *Curso de Direito Comercial, Volume II – Das Sociedades*, 5.^a ed., Almedina, 2016

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – *Manual de direito das sociedades comerciais*, Vol. 1, 3.^a ed., Almedina, 2016

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – “Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66 – Vol. II, Set. 2006, 2006

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – *Da Boa Fé no Direito Civil*, Coimbra, Almedina, 1984

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex – Edições Jurídicas, 1997

COSTA, RICARDO – *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, Coimbra, Almedina, 2014

CUNHA, PAULO OLAVO - *Direito das Sociedades Comerciais*, 6.^a ed., Almedina, 2016

DIAS, RUI PEREIRA – “Entre a eficiência e a “parecerite”: opiniões periciais, “reliance” e responsabilidade dos administradores (primeiras observações)”, in *IV Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2016

DUARTE, RUI PINTO – “Os deveres dos administradores das sociedades comerciais”, in *Católica Law Review, Direito Privado*, Volume II, n.º 2, 2018

GOMES, JOSÉ FERREIRA – “Reliance: exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida”, in separata de *Revista de Direito das Sociedades*, ano VIII, Nº 1, Coimbra, Almedina, 2016

GOMES, JOSÉ FERREIRA – *Da administração à fiscalização das sociedades: A obrigação de vigilância dos órgãos da sociedade anónima*, Coimbra, Almedina, 2015

HAWES, DOUGLAS W. E THOMAS J. SHERRARD – *Reliance on advice of counsel as a defense in corporate and securities cases*, Vol. 62, No. 1, *Virginia Law Review*, 1976

JORGE, FERNANDO PESSOA - *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Lisboa, Ministério das Finanças, Centro de Estudos Fiscais da Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, 1968

RAMOS, MARIA ELISABETE GOMES – “Responsabilidade civil dos administradores e dos diretores de sociedades anónimas perante credores sociais” in *Studia Iuridica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002

ROKAS, ALEXANDROS N. – “Reliance on Experts from a Corporate Law Perspective” in *American University Business Law Review* 2, n.º 2, American University Washington College of Law, 2013

VASCONCELOS, PEDRO PAIS – “Business Judgment Rule: deveres de cuidado e lealdade, ilicitude e culpa e o art.º 64 do Código das Sociedades Comerciais” in *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 1, Volume 2, Coimbra, Almedina, 2009, p. 41-79

VENTURA RAÚL E BRITO CORREIA – *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas: estudo comparativo direitos alemão, francês, italiano e português: nota explicativa do capítulo II do Decreto-Lei n.º. 49381 de 15 de Novembro de 1969*, Lisboa, 1970

