

OUTUBRO 2017, ANO 9, VOL. 17, SEMESTRAL

DIREITO DAS SOCIEDADES *em Revista*

DOCTRINA

De novo a banca – tetos de voto; gestores públicos a céu-aberto
J. M. Coutinho de Abreu

A responsabilidade civil dos administradores das sociedades desportivas
Rui Pinto Duarte

A comissão de remunerações
José Engrácia Antunes

Poderes dos administradores e OPA: “em bolandas” entre o art. 182.º do CVM
e o art. 409.º do CSC
Alexandre de Soveral Martins

A formação das deliberações da administração da sociedade anónima
Paulo Olavo Cunha

Para uma harmonização mínima do Direito da Insolvência – Primeira abordagem
à Proposta de Diretiva de 22.11.2016, com especial atenção ao seu impacto
no Direito das Sociedades Comerciais
Catarina Serra
José Gonçalves Machado

Cláusulas de salvaguarda em contratos de financiamento: ingerência irrestrita
do banco-credor na gestão da sociedade-devedora?
Mafalda de Sá

RESUMO: O texto expõe, de modo crítico, as linhas fundamentais do regime português da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais, dando atenção especial às especialidades das sociedades desportivas.

Palavras-chave: administradores; responsabilidade civil; sociedades desportivas.

ABSTRACT: This paper presents a critical overview of the basic aspects of Portuguese law with respect to directors' liability for damages, paying special attention to the particularities of companies that are active in the business of professional sports.

Keywords: directors; liability; sports companies.

RUI PINTO DUARTE*

A responsabilidade civil dos administradores das sociedades desportivas*

1. Introdução**

O presente texto tem por objeto o regime da responsabilidade civil dos administradores das sociedades desportivas – que, de resto, como se verá, não tem particularidades de monta relativamente ao regime comum da responsabilidade dos administradores das sociedades comerciais.

* Advogado

Para evitar quaisquer ambiguidades, esclareço que vou tratar da responsabilidade dos administradores decorrente do exercício das suas funções apenas na parte em que a mesma é regida pelo direito privado. Fica, assim, fora da minha atenção a responsabilidade regida pelo direito público, nomeadamente pelo direito fiscal, que, como é sabido, estabelece que, verificados certos pressupostos, os titulares dos órgãos de administração das pessoas coletivas são responsáveis pelas dívidas tributárias dessas entidades (art. 24 da Lei Geral Tributária).

* Este texto foi preparado para integrar uma obra que recolherá versões escritas das aulas dadas por cada docente da pós-graduação em Direito do Desporto da Faculdade de Direito (Escola de Lisboa) da Universidade Católica Portuguesa, coordenada por José Manuel Meirim.

** Apoio, naturalmente, a exposição em vários textos doutrinários, que cito e com os quais «dialogo». Friso, porém, que a bibliografia, mesmo só a portuguesa, sobre a responsabilidade dos administradores é de tal modo vasta que sou forçado a restringir as referências a uma parte dela, dando preferência às monografias e aos textos em revistas e obras coletivas, relativamente aos manuais.

Responsabilidade civil, em sentido amplo, é o mesmo que obrigação de indemnizar danos. Tanto pode resultar do incumprimento de uma obrigação em sentido restrito (ou seja, no sentido que esta palavra tem no nome do livro II do CC) como da infração de deveres que não são obrigações (ou também, nalgumas ordens jurídicas, como a portuguesa, de disposições legais destinadas a proteger interesses alheios).

Como é bem sabido, é uso chamar à primeira responsabilidade civil obrigacional e à segunda responsabilidade extraobrigacional. Tal divisão não resulta apenas do gosto dos juristas pelas classificações, pois os regimes aplicáveis a uma e a outra tendem a ter algumas diferenças, como é o caso, segundo as regras gerais do nosso direito, de no tocante à responsabilidade civil extraobrigacional caber ao lesado provar a culpa do lesante (art. 487, n.º 1, do CC) e de no tocante à responsabilidade civil obrigacional incumbir ao devedor provar que a falta de cumprimento não procede de culpa sua (art. 799, n.º 1, do CC).

O presente texto tem em vista esses dois tipos de responsabilidade, podendo ser adiantado – sem prejuízo de considerações posteriores – que a responsabilidade dos administradores para com as sociedades é, pelo menos tendencialmente, obrigacional e a responsabilidade dos administradores para com outros sujeitos jurídicos é, pelo menos tendencialmente, extraobrigacional.

2. Inexistência de regras próprias das sociedades desportivas em matéria de responsabilidade civil e conseqüente aplicação das regras gerais sobre a matéria

A primeira observação a fazer é a de que o regime legal específico das sociedades desportivas não contém regras sobre a responsabilidade dos administradores das mesmas¹. É o que se verifica lendo o Dec.-Lei 10/2013, de 25 de janeiro – que, de resto, no aspeto em causa, mantém o que acontecia no Dec.-Lei 67/97, de 3 de abril, e, antes, o Dec.-Lei 146/95, de 21 de junho.

Aplicam-se, pois, aos administradores das sociedades desportivas (adiante, por vezes, «SD») as regras gerais sobre responsabilidade dos administradores das sociedades comerciais, nomeadamente por força do n.º 1 do art. 5.º do Dec.-Lei 10/2013, de 25 de janeiro, que estabelece que

¹ Uso «administrador» em sentido amplo, como sinónimo de «titular do órgão de administração», abrangendo, pois, quer os encarregados da administração das sociedades anónimas, quer os encarregados da administração das sociedades por quotas.

«As sociedades desportivas são aplicáveis, subsidiariamente, as normas que regulam as sociedades anónimas e por quotas».

Tais regras constam não apenas do CSC como de outros diplomas, com destaque para o CIRE e para o CVM (no respeitante, neste caso, às sociedades abertas), e do CC, enquanto repositório das regras gerais sobre responsabilidade civil.

3. Relevância para a matéria de algumas regras do Dec.-Lei 10/2013

O que fica escrito não significa, porém, que o Dec.-Lei 10/2013, de 25 de janeiro, nada tenha que interesse ao regime de responsabilidade civil dos administradores das SD.

Da leitura do Dec.-Lei 10/2013, de 25 de janeiro, retiro a existência de, pelo menos, três preceitos com tal relevância potencial:

- O n.º 2 do art. 15, que determina que «Os membros executivos dos órgãos de gestão devem dedicar-se a tempo inteiro à gestão das respetivas sociedades»;
- O art. 16, que fixa incompatibilidades entre outros cargos e o de administrador de SD;
- Os n.ºs 1 e 2 do art. 18, que fazem depender de autorização dos sócios «A alienação ou oneração, a qualquer título, de bens que integrem o património imobiliário da sociedade (...)» e «(...) os atos que globalmente excedam em 20 % as previsões inscritas no orçamento».

A violação desses preceitos poderá, naturalmente, acarretar responsabilidade civil.

4. Relevância para a matéria de outras regras, nomeadamente dos regulamentos emanados das entidades organizadoras das competições

Claro está que à matéria interessam também regras de outros diplomas que impõem deveres aos administradores das SD ou que se destinam a proteger interesses alheios. É o caso dos regulamentos emanados das entidades organizadoras das competições, podendo servir de exemplo o regulamento da Liga Portuguesa de Futebol Profissional. A infração de regras aí contidas pode levar à constituição dos administradores da SD em responsabilidade civil, seja perante a sociedade que administram, seja perante terceiros – como melhor resulta do que a seguir se escreve.

5. Relevância das particularidades da atividade das sociedades desportivas

Por outro lado, não é escusado chamar a atenção para o relevo que as particularidades factuais de cada ramo de atividade têm no ajuizamento da conduta dos administradores. Sirva de exemplo, quanto às sociedades desportivas, o caso, do conhecimento público, da ação que a assembleia geral da Sporting Clube de Portugal – Futebol, SAD deliberou propor contra ex-administradores da mesma com fundamento em a renegociação do contrato com o jogador Marat Izmaylov ter sido um ato danoso praticado em violação dos deveres que impendem sobre os administradores². Julgar essa imputação implicará necessariamente perceber os conteúdos típicos dos contratos das sociedades desportivas com os futebolistas, o que, por sua vez, implicará conhecer as particularidades da atividade económica que tem como centro o futebol profissional.

6. As linhas gerais do CSC em matéria de responsabilidade dos administradores

Entrando na exposição do regime do CSC, preliminarmente, chamo a atenção para que, ao contrário do que sucede em muitas outras áreas do direito das «sociedades de responsabilidade limitada», nomeadamente das sociedades por ações, não há regras comunitárias sobre responsabilidade dos administradores, sendo cada Estado-Membro livre de regular a matéria como bem entender – havendo, no entanto, uma grande área de convergência das regras vigentes nos vários Estados da União Europeia. A então CEE teve durante alguns anos em preparação uma diretiva que abrange a matéria, no tocante às sociedades por ações (a chamada 5.ª diretiva de coordenação em matéria de sociedades), mas esses trabalhos acabaram por não chegar a bom porto (ou a um qualquer porto, mesmo que não bom...)³. No entanto, o essencial das soluções das propostas de diretiva corresponde, ainda hoje, ao essencial dos regimes dos Estados

² Sobre o «caso Marat Izmaylov», v., na literatura jurídica, TITO CRESPO, «A Responsabilidade Civil dos Administradores para com as Sociedades Desportivas: o Caso Marat Izmaylov», in *Revista de Direito das Sociedades*, ano VII (2015), n.º 2, pp. 471 e ss.

³ A proposta modificada de 5.ª diretiva «respeitante à estrutura das sociedades anónimas e aos poderes e obrigações dos seus órgãos» foi publicada no JOCE de n.º C 240 de 9 de setembro de 1983, constando as regras sobre responsabilidade civil dos membros dos órgãos de direção e de fiscalização dos respetivos arts. 14 a 21.

fundadores da CEE, com larga influência nos direitos de outros Estados-Membros, nomeadamente no direito português.

O CSC, no capítulo VII do seu título I (Parte Geral), contém as principais regras sobre responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais, abrangendo, além de outras, as sociedades anónimas e as sociedades por quotas.

Tais regras surgem ordenadas em função dos tipos de lesados⁴, havendo a distinguir:

- A responsabilidade para com a sociedade (arts. 72 a 77⁵);
- A responsabilidade para com os credores (art. 78);
- A responsabilidade para com os sócios e os terceiros (art. 79).

Como veremos, os pressupostos da responsabilidade dos administradores que se retiram do CSC não são iguais nas três situações-tipo.

Vale ainda a pena notar que, nos termos do art. 80, as regras em causa se aplicam «a outras pessoas a quem sejam confiadas funções de administração», preceito em que alguns Autores veem compreendidos os chamados «administradores de facto» e outros não, embora admitindo a sua extensão aos mesmos⁶ – vindo a propósito referir que um dos réus do caso Marat Izmaylov não era, pelo menos formalmente, administrador, sendo demandado com base no exercício fáctico de funções de administração⁷.

⁴ RAUL VENTURA e LUÍS DE BRITO CORREIA escreveram: «Nesta base, parece necessário partir da distinção fundamental entre a responsabilidade para com a sociedade, a responsabilidade para com terceiros e a responsabilidade para com os sócios. Entre os *terceiros* incluem-se, designadamente, os credores sociais, os trabalhadores da empresa societária, o Estado, as empresas do mesmo grupo.» – *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Anónimas e dos Gerentes de Sociedades por Quotas*, 1970 (separata do BMJ, n.ºs 192 a 195), p. 24.

⁵ A partir de agora, os preceitos referidos sem indicação do diploma a que pertencem são do CSC.

⁶ Para a discussão do problema, v., por exemplo, TÂNIA MEIRELES DA CUNHA, *Da Responsabilidade dos Gestores de Sociedades Perante os Credores Sociais: a Culpa ñas Responsabilidades Civil e Tributária*, Coimbra, 2004, pp. 76 e ss., MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a «Desconsideração da Personalidade Jurídica»*, Almedina, 2009, pp. 468 e ss., JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das Sociedades Parte Geral*, 6.ª ed., Porto, 2016 (edição de autor, sendo a primeira edição de 2010), pp. 321 e 322, e RICARDO ALBERTO SANTOS COSTA, *Os Administradores de Facto das Sociedades Comerciais*, Almedina, 2014, em especial pp. 974 e ss. (sendo de referir que este Autor já tinha tratado o tema no texto «*Responsabilidade Civil Societária dos Administradores de Facto*» inserido na obra coletiva *Temas Societários*, IDET/Almedina, 2006, pp. 23 e ss.).

⁷ V. TITO CRESPO, «A Responsabilidade Civil dos Administradores para com as Sociedades Desportivas: o Caso Marat Izmaylov», cit., pp. 476 e ss.

Vou expor os regimes de cada uma das situações-padrão seguindo a ordenação da lei – critério este que se justifica não apenas por facilitar a ligação entre a leitura do texto e a da lei como, sobretudo, por parte dos regimes de responsabilidade para com credores e para com sócios e outros terceiros constar de remissões para o regime de responsabilidade para com a sociedade. Autonomizarei, depois de tratar das especificidades de cada um dos regimes, algumas regras comuns aos mesmos. Antes de começar a exposição, porém, cabem ainda duas outras notas.

A primeira delas destina-se a esclarecer que as razões das diferenças de regime entre as três situações-padrão não residem propriamente nas diferenças entre os tipos de lesados, mas sim nas posições jurídicas dos administradores perante as sociedades e perante credores, sócios e outros terceiros. Os administradores têm deveres para com as sociedades que são obrigações, o que leva a que a responsabilidade emergente da sua violação seja, pelo menos tendencialmente⁸, de natureza obrigacional. Já a responsabilidade para com credores, sócios e outros terceiros é, pelo menos tendencialmente, de natureza extraobrigacional⁹. Embora não se possa antepor qualificações a regimes – até porque, no caso, antes de recorrer às regras do CC, há que aplicar as regras do CSC e as dos demais diplomas especiais relativamente ao CSC –, também não se pode, no achamento das soluções, deixar de ter em conta a natureza da responsabilidade em cada caso.

A segunda das notas visa chamar a atenção para que a responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais no quadro da insolvência das mesmas oferece especialidades – que atualmente constam do CIRE. Na exposição que segue referir-me-ei primeiro ao «regime comum», para depois abordar tais especialidades.

⁸ São pensáveis situações (raras, quase meramente académicas, diria) em que os administradores incorram em responsabilidade civil extraobrigacional para com a sociedade, nos termos gerais de direito (neste sentido, v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lex, 1997, p. 494).

⁹ Para o aprofundamento e discussão do tema, v. PEDRO CAETANO NUNES, *Responsabilidade Civil dos Administradores Perante os Accionistas*, Almedina, 2001, pp. 36 e 37, CATARINA PIRES CORDEIRO, «Algumas Considerações Críticas sobre a Responsabilidade Civil dos Administradores perante os Accionistas no Ordenamento Jurídico Português», in *O Direito*, ano 137, I, 2005, pp. 81 e ss., em especial pp. 128 e ss., e NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, «Uma Proposta de Coordenação entre os arts. 78.º e 79.º do Código das Sociedades Comerciais», in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 5, vol. 9, março 2013, p. 76, e «O Ónus da Prova da Culpa no art. 78.º, n.º 1 do Código das Sociedades Comerciais», in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 6, vol. 11, março 2014, pp. 93 ss.

7. A responsabilidade dos administradores para com a sociedade

7.1. Evolução legislativa

Começo por abordar a responsabilidade dos administradores para com a sociedade.

Trata-se provavelmente do tipo de responsabilidade que as leis regulam há mais tempo¹⁰.

A lei de 22 de junho de 1867, que permitiu a constituição de sociedades anónimas «sem dependência de prévia autorização administrativa», estabelecia, no seu art. 47, que «Todo o acionista pode individual ou coletivamente intentar qualquer ação contra a gerência da sociedade pelos factos de que a julgue responsável»¹¹.

O Código Comercial de 1888, no seu art. 173, manteve o essencial dessa regra, acrescentando-lhe a responsabilidade para com terceiros, ao determinar que «Os diretores das sociedades anónimas (...) respondem, porém, pessoal e solidariamente para com ela e para com terceiros, pela inexecução do mandato e pela violação dos estatutos e preceitos da lei».

A Lei das Sociedades por Quotas de 11 de abril de 1901, no seu art. 31, remeteu a disciplina da matéria para o regime das sociedades anónimas: «A responsabilidade e, em geral, os direitos e obrigações dos gerentes regulam-se, na parte aplicável, pelas disposições da lei comercial quanto aos diretores das sociedades anónimas».

O Dec.-Lei 49.381, de 15 de novembro de 1969, pondo termo a muitas décadas de inação legislativa na área, reformou profundamente a regulação dos deveres e da responsabilidade dos administradores das sociedades anónimas (e, por extensão, dos gerentes das sociedades por quotas), consagrando, nos seus arts. 17 a 25, regras que o CSC, na sua versão primitiva, conservou quase integralmente.

O CSC, nos seus arts. 64 a 80, recebeu e «retocou» as regras do Dec.-Lei 49.381, de 15 de novembro de 1969, generalizando-as a todos os tipos de sociedades comerciais.

O Dec.-Lei 76-A/2006, de 29 de março, alterou alguns aspetos dos deveres dos administradores, mediante a alteração do texto do art. 64 e a introdução de um novo n.º 2 no art. 72 do CSC.

¹⁰ Na breve descrição da evolução do direito português que consta dos parágrafos seguintes não levo em conta regras sobre alguns tipos especiais de sociedades, nomeadamente sobre bancos (iniciadas com o art. 11 do Decreto de 12 de julho de 1894, que a Lei de 3 de abril de 1896 reproduziu no art. 12).

¹¹ Atualizo a grafia das leis antigas.

7.2. A regra-base e os deveres dos administradores

O preceito central sobre o tipo de responsabilidade em causa é o n.º 1 do art. 72: «Os gerentes ou administradores respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados por atos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais, salvo se provarem que procederam sem culpa».

Dessa regra retira-se que os pressupostos da responsabilidade dos administradores para com a *sociedade* são (art. 72 CSC):

- Um ato ou omissão de violação de (*quaisquer*) deveres legais ou contratuais (art. 72, n.º 1, primeira oração)¹²;
- O carácter culposo do ato ou omissão (parte final do art. 72, n.º 1, segunda oração);
- O dano sofrido pela sociedade – sendo de notar que não é exigido que a situação patrimonial se tome deficitária (art. 72, n.º 1, primeira oração);
- O nexo de causalidade entre o ato ou omissão e o dano sofrido pela sociedade (art. 72, n.º 1, primeira oração)¹³.

Para cabal compreensão do regime em causa, há que ter em atenção que os administradores estão vinculados a obrigações para com as sociedades, cujo incumprimento gera, obviamente, responsabilidade obrigacional.

Na verdade, embora a natureza da relação entre administradores e sociedades esteja longe de ser questão pacífica – discutindo-se, nomeadamente, se a sua fonte é um conjunto de atos unilaterais, um contrato ou uma combinação de atos unilaterais e contrato –, parece fora de dúvida que a mesma compreende obrigações, designadamente a obrigação de gerir.

Não sendo viável neste texto fazer o elenco e analisar a natureza dos deveres dos administradores, há, no entanto, que fazer algumas notas, indispensáveis à compreensão do regime da sua responsabilidade.

¹² Contratuais, no caso, a meu ver, significa, sem margem para dúvida razoável, estatutários. O CSC reproduziu o Dec.-Lei 49.381, tendo alterado «estatutários» para «contratuais», por ter usado esta palavra naquele sentido (sendo de dizer que a reforma de 2006 abandonou a orientação de designar por «contrato» os estatutos sociais). Há, porém, quem defenda que a expressão abrange contratos, seja contratos da sociedade com credores, seja o chamado «contrato de gestão» entre a sociedade e o administrador; para o desenvolvimento dessa linha de pensamento, v. FÁBIO LOUREIRO, «Os Contratos de Administração e a Protecção dos Credores Sociais», in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 4, vol. 8, outubro 2012, pp. 123 e ss., em especial pp. 129 e ss.

¹³ Para outras enunciações destes pressupostos, v., por exemplo, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das Sociedades Parte Geral*, 6.ª ed., cit., p. 342.

A primeira visa sublinhar que esses deveres se situam em mais do que um patamar, pois são quer deveres de conteúdo muito determinado – como o de elaborar relatório de gestão e contas (arts. 65 e ss., 263, 406, alínea d), e 451), o de alertar para a «perda de metade do capital social» (art. 35), o de subordinar negócios seus com a sociedade a autorização do conjunto dos administradores e a parecer favorável do órgão de fiscalização (art. 397), o de não concorrer com a sociedade – quer deveres de conteúdo pouco determinado, como é o caso do dever de gerir e do dever de lealdade.

A segunda nota dirige-se a chamar a atenção para o art. 64, que, na redação que tem desde 2006¹⁴, dispõe, no seu n.º 1:

«Os gerentes ou administradores da sociedade devem observar:

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

Tal preceito fixa padrões de comportamento, que são especialmente relevantes na apreciação do modo de cumprimento da obrigação de gestão, como veremos¹⁵.

7.3. A responsabilidade por deliberações

O art. 72 tem algumas regras sobre os casos em que o ato ilícito é uma deliberação do órgão (colegial) de administração ou em que é um ato de execução de uma tal deliberação. São elas:

¹⁴ Na redação inicial, o art. 64 só regulava a atuação dos administradores e tinha a epígrafe «dever de diligência». Desde o Dec.-Lei 76-A/2006, de 29 de março, o artigo passou a ter a epígrafe «deveres fundamentais» e regula no n.º 1 a atuação dos administradores e no n.º 2 a dos titulares de órgãos sociais com funções de fiscalização.

¹⁵ Não podendo passar sem reparo que tais padrões parecem demasiadamente exigentes no tocante a sociedades de pequena dimensão – o mesmo é dizer que o lugar do preceito no sistema (abrangendo todas as sociedades comerciais, independentemente do seu tipo ou dimensão) parece não ser o melhor.

- Não são responsáveis pelos danos resultantes de uma deliberação colegial os administradores que nela não tenham participado ou hajam votado vencidos (n.º 3);
- Os administradores que votem vencidos podem, no prazo de cinco dias, fazer declaração de voto, quer no respetivo livro de atas, quer em escrito dirigido ao órgão de fiscalização, se o houver, ou ainda perante notário ou conservador (n.º 3);
- O administrador que não exerça o direito de oposição, quando estava em condições de o exercer, responde solidariamente pelos atos a que poderia ter-se oposto (n.º 4).

7.4. A responsabilidade por «má gestão»

A responsabilidade por incumprimento da obrigação de «gerir bem» merece mais palavras¹⁶.

Para a compreensão da mesma, julgo indispensável ter em conta a distinção, tida por genericamente útil por grande parte da doutrina, entre obrigações de resultado e obrigações de meios, que um Autor que muito pensou sobre a matéria formulou assim: «Nas primeiras o devedor deve um resultado, comprometendo-se por um objectivo e na prossecução deste se encontra satisfeito o interesse do credor. Nas segundas, o devedor deve tão simplesmente o grau de diligência necessário e exigível para a realização da prestação»¹⁷.

O critério e o alcance da distinção são polémicos¹⁸, mas não só julgo que a mesma tem valor descritivo e interpretativo, como me atrevo a pensar (correndo o risco inerente às generalizações baseadas em casos que não esgotam o universo considerado) que a regra do CC que determina que «Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua» (art. 799, n.º 1) não pode ser aplicada às obrigações de meios («não pode» significa, que, mesmo que se queira, não se consegue...), pois nelas não é possível separar a ilicitude objetiva da culpa – o mesmo é dizer, não é possível

¹⁶ Sobre o dever de gestão dos administradores, v., principalmente, PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, cit., em especial pp. 469 e ss.

¹⁷ JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA, «Novamente a Questão da Prova na Responsabilidade Civil Médica – Reflexões em Torno do Direito Alemão», in *Estudos de Direito das Obrigações e Discursos Académicos*, U.Porto Editorial, 2009, p. 202 (publicado primitivamente na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, vol. I, pp. 115 e ss.).

¹⁸ Para uma síntese da polémica, v. RICARDO LUCAS RIBEIRO, *Obrigações de Meios e Obrigações de Resultado*, Coimbra Editora, 2010.

separar a alegação e a prova de uma e de outra. Uma petição inicial que vise a condenação de alguém a indemnizar danos por violação de uma obrigação de meios que não contenha alegações que permitam provar a culpa será inconcludente, porque também não terá alegações que permitam provar a ilicitude objetiva. Na verdade, na medida em que a obtenção de certo resultado não faz parte do conteúdo de tais obrigações, não é possível autonomizar a prova do comportamento da prova do emprego no mesmo da diligência devida, o que conduz a que o ónus da prova do facto constitutivo do direito do credor (que cabe ao credor, nomeadamente por força do art. 342, n.ºs 1 e 3 do CC) – ou seja, o incumprimento do devedor – abranja a própria falta de diligência do devedor.

Assim, no caso da obrigação de gerir, como, por exemplo, na obrigação contratual do médico de tratar, cabe àquele que imputa incumprimento ao prestador do serviço alegar e fazer a prova de que o seu comportamento não obedeceu à diligência exigível.

Permito-me notar que mesmo Carlos Ferreira de Almeida, crítico acérrimo da relevância da distinção entre obrigações de resultado e obrigações de meios, que sustenta que a arrumação da obrigação contratual de prestação de serviço médico em tais categorias não é necessária nem satisfatória e que enfatiza que a qualificação da obrigação de tratamento como obrigação de meios não poderia alterar a repartição do ónus da prova resultante do art. 799, n.º 1 do CC, afirma que «Quem invoca tratamento defeituoso como fundamento de responsabilidade civil contratual tem de provar, além do prejuízo, a desconformidade (objectiva) entre os actos praticados e as *leges artis*...»¹⁹ – o que é inteiramente consonante com a minha afirmação de que, no caso da obrigação de gerir como na obrigação contratual do médico de tratar, cabe àquele que imputa incumprimento ao prestador do serviço alegar e fazer a prova de que o seu comportamento não obedeceu à diligência exigível.

A parte final do citado n.º 1 do art. 72, que põe a cargo dos administradores que provoquem danos à sociedade provar que procederam sem culpa não se pode aplicar a casos de responsabilidade fundada em má gestão, porque a própria «provocação de danos» envolve necessariamente um juízo sobre a diligência do administrador. Aquele que imputar esse comportamento está forçado, pela natureza da imputação, a alegar e a provar factos que permitam afirmar a culpa do administrador.

¹⁹ «Os Contratos de Prestação de Serviço Médico no Direito Civil Português», in *Revista de Direito do Consumidor* (Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, Brasil), outubro-dezembro 1995, pp. 5 e ss., em especial pp. 17 e ss., constando as palavras transcritas da p. 20.

Em poucas palavras (a meu ver, que sei controverso): cabe àquele que pretenda responsabilizar administradores perante sociedades por atos de má gestão provar todos os pressupostos dessa responsabilidade, incluindo a falta de diligência dos administradores.

Como ficou acima escrito, desde o Dec.-Lei 76-A/2006, de 29 de março, o CSC tem outro preceito relevante para esta matéria: o n.º 2 do art. 72, que estabelece que a responsabilidade (dos administradores para com a sociedade) «é excluída se alguma das pessoas referidas no número anterior provar que atuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial.»

É manifesto que, com o aditamento de tal proposição normativa, o legislador pretendeu transpor para o nosso direito o que nos EUA é conhecido como «*business judgment rule*», ou seja, a regra segundo a qual as decisões dos administradores, no espaço da discricionariedade da gestão, se presumem corretas, cabendo a quem queira responsabilizá-los pelas consequências das mesmas provar que elas violaram algum dos deveres procedimentais (que consistem em atuar segundo padrões de *loyalty*, *care* e *good faith*) a que os administradores estão obrigados²⁰. De resto, a inovação feita pelo Dec.-Lei 76-A/2006, de 29 de março, no n.º 2 do art. 72 ligou-se à nova redação dada pelo mesmo diploma ao art. 64, na parte em que o mesmo passou a referir «deveres de cuidado»²¹ e «deveres de lealdade»

²⁰ Na formulação do juiz Moore, no caso *Aronson v. Lewis*, julgado pelo *Supreme Court of Delaware* em 1984: «The business judgment rule (...) is a presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interests of the company. (...) Absent an abuse of discretion, that judgment will be respected by the courts. The burden is on the party challenging the decision to establish facts rebutting the presumption.» - v. <http://law.justia.com/cases/delaware/supreme-court/1984/473-a-2d-805-4.html>. [sobre o alcance de tal caso, v., por exemplo, MICHELE M. SCHAEFFER, «Shareholder Seeking to Excuse Demand as Futile Must Overcome the Protection of the Business Judgment Rule: *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805 (Del. 1984), in *Washington University Law Review*, volume 63, issue 1, pp. 1676 e ss., e DAVID A. SKEEL JR., «The Accidental Elegance of *Aronson v. Lewis*», (2007). *Faculty Scholarship*. Paper 182 - http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/182]. Na formulação de ROBERT W. HAMILTON: «Decisions made by the board of directors upon reasonable information and with some rationality do not give rise to directorial liability even if they turn out badly or disastrously from the standpoint of the corporation» (*The Law of Corporations in a Nutshell*, 5.ª ed., Wets Group, 2000, p. 453).

²¹ A tradução de «*duty of care*» por «dever de cuidado» não é feliz, pois o correspondente na linguagem jurídica portuguesa à expressão inglesa é «dever de diligência» - o que, aliás, deixa a nu a redundância que aponto no texto. Para uma síntese das formulações do (omnipresente) «*due care principle*» dos administradores em vários direitos, v. THEIS KLAUSBERG, «General Case on Directors' Duties», in *Comparative Company Law A Case-Based Approach* edited by MATHIAS SIEMS e DAVID CABRELLI, Hart Publishing, 2013, p. 58.

- expressões também importadas do direito dos EUA, representando aparentemente um pleonasmo relativamente àquilo que o art. 64 já tinha antes e continuou a ter²².

A volumosa discussão doutrinária originada pela redação que o n.º 2 do art. 72 passou a ter a partir de 2006 demonstra, por um lado, que o preceito ocupa lugar central na matéria da responsabilidade dos administradores e, por outro, que a intervenção do legislador não foi feliz.

Há que resumir tal discussão e entrar, ainda que com poucas palavras, nela, mas, antes disso, convém lembrar os motivos que a CMVM – entidade que preparou a reforma do CSC de 2006 – apresentou para a inovação:

«Qualquer reforma legislativa actual sobre a posição jurídica do administrador deve implicar uma tomada de posição sobre a consagração da chamada *business judgment rule*, de inspiração norte-americana. Como é sabido, estabelece-se aí uma presunção de licitude da conduta em favor dos administradores. Desde que reunidos certos pressupostos, designadamente a ausência de conflito de interesses e um adequado esforço informativo, o juiz abster-se-á de aferir do mérito da actuação do administrador. Visa-se, assim potenciar (ou não restringir) o sentido empresarial e empreendedor de actuação dos administradores. Diga-se também que esta regra tem chamado crescentemente a atenção em reformas societárias realizadas em sistemas jurídicos do tipo continental. Designadamente, a *Aktiengesetz* alemã foi recentemente alterada, consagrando expressamente uma norma nesse sentido (§ 93 1 I). No âmbito da utilidade do seu aproveitamento para o ordenamento português, a apreciação da *business judgment rule* é diferente consoante consideremos a presunção de licitude ou a descrição dos elementos que servem para a sua ilisão. Quanto ao primeiro elemento, considera-se que a consagração no direito português de uma presunção de licitude da actuação do administrador implicaria uma fractura sistemática no nosso sistema de imputação de danos, com consequências práticas indesejáveis. Com efeito, deve dizer-se que o regime actualmente constante dos artigos 72.º e seguintes do Código – onde pontua uma presunção de actuação culposa dos titulares do órgão de administração, em caso de dano provocado por ilícito que lhe seja imputável – está em coerência com o ordenamento geral da responsabilidade civil no ordenamento jurídico português, designadamente do constante do Código Civil. Em segundo lugar, não se verificam em Portugal

²² A redação do art. 64 anterior pelo Dec.-Lei 76-A/2006, de 29 de março, era a seguinte: «Os gerentes, administradores ou diretores de uma sociedade devem atuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores.» (a palavra «diretores» designava então os membros do órgão de administração das sociedades anónimas do «modelo germânico»).

os pressupostos que suscitaram a criação dessa regra nos Estados Unidos. Aqui ela serviu de freio ao excesso de litigância nesta sede – justamente, por esse motivo, quis-se preservar o espírito de iniciativa dos administradores no exercício do seu cargo. Ora, não se verifica em Portugal esse excesso de litigância, pelo que falta à partida esse pressuposto. Aliás, não existe tal excesso e, antes pelo contrário, existirá um défice de ocorrências jurisprudenciais nesta área, significando um subaproveitamento dos dispositivos nacionais sobre reparação de danos causados por administradores. Nestes termos, a consagração de uma norma presuntiva da actuação lícita dos administradores correria o risco de agravar o já existente défice de sentenças condenatórias nesta matéria. De modo contrário deve ser valorada a densificação dos elementos relevantes para o afastamento da responsabilidade do administrador. A sua inclusão no art. 72.º enquadrar-se-ia como complemento da cláusula geral sobre responsabilidade dos administradores já vigente entre nós, na senda do que era sustentado por alguma jurisprudência. Tal contribuiria para uma densificação dos deveres dos titulares dos órgãos de administração (no sentido de uma actuação profissional e informada, livre de interesses pessoais) e facilita o escrutínio judicial em caso de danos produzidos por actuações ilícitas dos administradores, evitando que o tribunal realize uma apreciação de mérito em matérias de gestão, para o que reconhecidamente não está preparado. Por outro lado, esta solução implicaria um tratamento mais justo para os administradores não executivos, em particular os independentes – o que se perceberá melhor à luz da análise feita no ponto seguinte.»²³

Passando ao anunciado resumo da discussão a que o n.º 2 do art. 72 tem dado ocasião, recordarei que, entre muitas opiniões²⁴, há quem

²³ *Governo das Sociedades Anónimas Propostas de Alteração ao Código das Sociedades Comerciais Processo de Consulta Pública n.º 1/2006*, janeiro de 2006, pp. 17 e 18 (documento disponível no site da CMVM).

²⁴ Sem preocupação de exaustão e deixando de fora da enumeração os manuais de Direito das Sociedades e os códigos anotados e comentados, lembro ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «Os Deveres Fundamentais dos Administradores das Sociedades (Artigo 64.º/1 do CSC)», in *ROA*, ano 66, II, Lisboa, setembro 2006, pp. 443 e ss. [publicado também in *A Reforma do Código das Sociedades Comerciais Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raul Ventura* (coord. António Menezes Cordeiro e Paulo Câmara), Coimbra, Almedina, 2007, pp. 19 e ss.], GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil (Após a Reforma do Código das Sociedades Comerciais)*, Coimbra Editora, 2006, pp. 74 e ss., e «A Fiscalização Societária Redesenhada; Independência, Exclusão de Responsabilidade e Caução Obrigatória dos Fiscalizadores», in *Reformas do Código das Sociedades* (obra colectiva), Coimbra, Almedina/IDET (n.º 3 da coleção Colóquios), 2007, pp. 310 e ss., MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, «A Business Judgment Rule no Quadro dos Deveres Gerais dos Administradores», in *A Reforma do Código das Sociedades Comerciais Jornadas em Homenagem ao*

entenda que ele consagra uma regra de exclusão de ilicitude²⁵, quem entenda que ele consagra uma presunção de ilicitude²⁶, quem entenda que ele consagra uma regra de exclusão de culpa²⁷ e quem entenda que ele consagra uma regra de limitação de responsabilidade²⁸.

Professor Doutor Raul Ventura (coord. António Menezes Cordeiro e Paulo Câmara), Almedina, 2007, pp. 61 e ss. [publicado também in *Jornadas Sociedades Abertas, Valores Mobiliários e Intermediação Financeira* (obra coletiva), Coimbra, Almedina, 2007, pp. 201 e ss., in ROA, ano 67, I, janeiro 2007, pp. 159 e ss., e in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, vol. III, Coimbra Editora, 2007, pp. 207 e ss.], RICARDO COSTA, «Responsabilidade dos Administradores e Business Judgment Rule», in *Reformas do Código das Sociedades* (obra coletiva), Coimbra, Almedina/IDET (n.º 3 da coleção Colóquios), 2007, pp. 49 e ss., PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, «Business Judgment Rule, Deveres de Cuidado e de Lealdade e o Artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais», in *Direito das Sociedades em Revista*, ano I, vol. 2, Outubro 2009, pp. 41 e ss., ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, «A Business Judgment Rule», in *I Congresso Direito das Sociedades em Revista* (coord. Pedro Pais de Vasconcelos, J. M. Coutinho de Abreu e Rui Pinto Duarte), Almedina, 2011, pp. 359 e ss., SÓNIA DAS NEVES SERAFIM, «Os Deveres Fundamentais dos Administradores: O Dever de Cuidado, a Business Judgment Rule e o Dever de Lealdade» in *Temas de Direito das Sociedades* (coord. Manuel Pita e António Pereira de Almeida), Coimbra Editora, 2011, pp. 495 e ss., PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, cit., pp. 515 e ss., GABRIEL FREIRE SILVA RAMOS, «A Business Judgment Rule e a Diligência do Administrador Criterioso antes da Reforma do Código das Sociedades Comerciais», in *Revista de Direito das Sociedades*, ano V (2013), n.º 4, pp. 837 e ss., NUNO CALAIM LOURENÇO, *Os Deveres de Administração e a Business Judgment Rule*, Almedina, 2011, MANUEL FRAGOSO MENDES, «Entre o Temerário e o Diligente – A Business Judgment Rule e os Deveres dos Administradores. Da sua Origem à Implementação no Ordenamento Jurídico Português», in *Revista de Direito das Sociedades*, ano VI (2014), n.º 3/4, pp. 809 e ss., JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades A Obrigação de Vigilância dos Órgãos da Sociedade Anónima*, Almedina, 2015, pp. 883 e ss. ²⁵ Por exemplo, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil (Após a Reforma do Código das Sociedades Comerciais)*, cit. pp. 74 e ss., e «A Fiscalização Societária Redesenhada; Independência, Exclusão de Responsabilidade e Caução Obrigatória dos Fiscalizadores», in *Reformas do Código das Sociedades* (obra coletiva), Coimbra, Almedina/IDET (n.º 3 da coleção Colóquios), 2007, p. 312, nota 66, SÓNIA DAS NEVES SERAFIM, «Os Deveres Fundamentais dos Administradores: O Dever de Cuidado, a Business Judgment Rule e o Dever de Lealdade», in *Temas de Direito das Sociedades*, cit. pp. 565 e 574, MANUEL FRAGOSO MENDES, «Entre o Temerário e o Diligente – A Business Judgment Rule e os Deveres dos Administradores. Da sua Origem à Implementação no Ordenamento Jurídico Português», cit., p. 829, e ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de Governo das Sociedades*, Almedina, 2017, pp. 266 e ss.

²⁶ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, «Business Judgment Rule, Deveres de Cuidado e de Lealdade e Culpa e o Artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais», cit., pp. 54 e ss.

²⁷ Por exemplo, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «Os Deveres Fundamentais dos Administradores das Sociedades», in ROA, cit., p. 451 e 452.

²⁸ PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, cit., pp. 515 e ss.

Uma coisa me parece certa: a lei portuguesa inverte a regra americana que pretendeu importar. Na fonte há uma norma que manda presumir a correção da conduta dos administradores, ao passo que na lei portuguesa há uma proposição que põe a cargo dos administradores provar essa correção²⁹.

Também me parece claro que não é possível aplicar literalmente o n.º 2 do art. 72 às decisões de gestão propriamente ditas. A razão, atrás exposta, que me leva a pensar que parte final do n.º 1 do art. 72, que põe a cargo dos administradores que provoquem danos à sociedade provar que procederam sem culpa, não se pode aplicar a casos de responsabilidade fundada em má gestão, também me leva a excluir aquilo que me parece uma concretização dessa «não culpa»: ter atuado «em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial».

Assim, julgo que o preceito não tem sempre o mesmo alcance. Quando estiver em causa o incumprimento de uma obrigação específica em que haja margem de discricionariedade (pois àquelas em que tal margem não exista a *business judgment rule* não é aplicável), será muito provavelmente uma regra sobre a exclusão de culpa. No entanto, quando estiver em causa uma imputação de má gestão, o preceito não pode ser entendido nem como dirigido à exclusão de ilicitude nem como dirigido à exclusão de culpa, porque a apreciação dos padrões nele referidos será essencial ao próprio apuramento da qualidade da gestão.

Numa outra formulação: creio que, quando estiver em causa a responsabilidade de administradores por má gestão, a proposição normativa contida no n.º 2 do art. 72 deve ser combinada com as proposições normativas do n.º 1 do art. 64, com vista ao estabelecimento da norma cuja violação determinará responsabilidade, sem que nessa norma se possa distinguir comportamento objetivamente devido e culpa. Os administradores incumprirão o dever de boa gestão sempre que no desempenho desse dever incumprirem os critérios do n.º 1 do art. 64 combinados com os do n.º 2 do art. 72³⁰.

²⁹ MANUEL CARNEIRO DA FRADA nota que a conceção da *business judgment rule* como causa de exclusão de responsabilidade, em vez de enquanto pressuposto de responsabilidade, não constitui originalidade portuguesa, já que a atual redação do § 93, I, 2, *in fine*, da *Aktien-gesetz* parece conduzir a resultados semelhantes – v. «A *Business Judgment Rule* no Quadro dos Deveres Gerais dos Administradores», in *A Reforma do Código das Sociedades Comerciais Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raul Ventura*, cit., p. 85

³⁰ Subscrevo assim o essencial das posições de ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, «A *Business Judgment Rule*», cit., p. 368 e ss., e JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades A Obrigação de Vigilância dos Órgãos da Sociedade Anónima*, cit., pp. 913 e ss.

Embora tal não valha como argumento para a fixação do sentido da nossa lei, chamo a atenção para que a interpretação que proponho a faz convergir com o núcleo comum dos direitos alemão, britânico e norte-americano, como resulta do seguinte trecho de Andreas Cahn e David C. Donald³¹:

«In an ordinary negligence action under a standard of this type³² outside of the corporate context, a court could be expected to hear evidence from an expert witness as to whether the defendant in fact showed the “knowledge, skill and experience” required to meet the objective standard of care plus any special (subjective) skills held. In such an analysis, the standard of care to be met by the defendant and the standard of review that the court would apply would be substantially indistinguishable. When it comes to assessing a corporate director’s exercise of due care and skill, however, courts do something different. In each of our jurisdictions, whether by statutory rule (as in the *Aktiengesetz* or the Model Act), by express rule formulated in case law (as in Delaware) or by undeclared practice (as in the UK)³³, courts presume that disinterested directors making business decisions in good faith met their duty of care absent egregious mismanagement».

Preciso, todavia, que não concordo com a ideia de que o padrão que a lei fixa, pelo menos, no caso português, para o cumprimento do dever de gestão é um (o do n.º 1 do art. 64) e o padrão que fixa para constituição dos administradores em responsabilidade é outro (o do n.º 2 do art. 72) – menos exigente, caiba a prova do atingimento desse outro padrão ao administrador ou não. O que faz incorrer em responsabilidade é o desrespeito pelo critério a que deve obedecer o desempenho do cargo de administração, pelo que o critério desse desempenho tem de resultar da combinação dos segmentos normativos do n.º 1 do art. 64 e do n.º 2 do art. 72.

³¹ *Comparative Company Law Texts and Cases on the Laws Governing Corporations in Germany, the UK and the USA*, Cambridge University Press, 2010, p. 370.

³² O «standard» referido é o constante da *section 174* do *Company Act* britânico de 2006 que, na transcrição abreviada dos Autores, determina que «A director of a company must exercise ... the care, skill and diligence that would be exercised by a reasonably diligent person with... the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out ... functions... and... the general knowledge, skill and experience that the director has.».

³³ Adiante, os Autores sublinham que o modo como a *business judgment rule* foi recebida no direito alemão determina que o nível de proteção aí dado aos administradores seja substancialmente mais baixo do que o que lhes é conferido nos EUA (ob. cit., p. 372)

Fazendo referência ao atrás aludido «caso Marat Izmaylov», direi que o julgamento da conduta dos réus implicará, além do mais, tomar posição sobre a racionalidade empresarial do contrato controvertido. Mesmo que o contrato tenha sido ruinoso, os administradores não responderão pelos danos se tiverem cumprido os seus deveres de «cuidado» e de lealdade, cumprindo critérios de racionalidade empresarial³⁴.

7.5. O regime de responsabilidade dos administradores não executivos

Um caso especial é o dos administradores não executivos das sociedades anónimas, sobre os quais o CSC tem uma norma especial: a do n.º 8 do art. 407, segundo a qual, havendo delegação (lícita) da gestão em certos administradores «(...) os outros administradores são responsáveis, nos termos da lei, pela vigilância geral da atuação do administrador ou administradores delegados ou da comissão executiva e, bem assim, pelos prejuízos causados por atos ou omissões destes, quando, tendo conhecimento de tais atos ou omissões ou do propósito de os praticar, não provoquem a intervenção do conselho para tomar as medidas adequadas».

Trata-se de uma responsabilidade por *culpa in vigilando*³⁵.

7.6. A relevância das deliberações dos sócios

7.6.1. Considerações gerais

Desde que há regras sobre responsabilidade dos administradores que é discutida a relevância das deliberações dos sócios que autorizem ou aprovem os atos polémicos.

O pano de fundo de tal discussão é o modo de entender a relação dos administradores com as sociedades, questão sobre a qual se opõem representação voluntária e organicismo – com matizes, é claro.

³⁴ V. TITO CRESPO, «A Responsabilidade Civil dos Administradores para com as Sociedades Desportivas: o Caso Marat Izmaylov», cit., pp. 491 e ss.

³⁵ Para desenvolvimentos, v. JOÃO CALVÃO DA SILVA, «Responsabilidade Civil dos Administradores não Executivos, da Comissão de Auditoria e do Conselho Geral e de Supervisão», in ROA, ano 67, I, janeiro 2007, pp. 103 e ss. [publicado também in O Direito, ano 139, III, 2007, pp. 555 e ss., e in A Reforma do Código das Sociedades Comerciais Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raul Ventura (coord. António Menezes Cordeiro e Paulo Câmara), Coimbra, Almedina, 2007, pp. 103 e ss.], e JOSÉ FERREIRA GOMES, Da Administração à Fiscalização das Sociedades A Obrigação de Vigilância dos Órgãos da Sociedade Anónima, cit., pp. 176 e ss.

A qualificação da relação como representação voluntária acarreta a ideia de que as autorizações ou aprovações dos representados exime de responsabilidade os representantes. Se se entende que o conjunto dos sócios tem plena soberania quanto aos destinos da sociedade, há que reconhecer que os administradores não podem ser responsáveis perante os sócios por atos que eles ordenem ou em que consintam, *a anteriori* ou *a posteriori*.

Se se entende que os sócios têm uma esfera de competência limitada e que os administradores são titulares de um órgão dotado de competências próprias, os efeitos das deliberações dos sócios terão de ser limitados àquela esfera.

7.6.2. A relevância das deliberações de aprovação de contas

O modelo oitocentista das sociedades anónimas tratava os administradores como mandatários dos acionistas. De modo coerente com essa conceção, era prática normal que, exercício a exercício, com a aprovação das contas, os administradores fossem exonerados de responsabilidade: era a chamada «quitação» ou «liberação» («descargo», «quitus», «scarico», «discharge» e «Entlastung», em espanhol, francês, italiano, inglês e alemão), que oferecia um claro paralelismo com figuras como a aprovação da execução do mandato e com a aprovação da gestão de negócios.

Nessa linha, o § 2.º do art. 48 da Lei de 22 de junho de 1867 dispunha: «As ações que os acionistas de uma sociedade anónima queiram intentar contra os mandatários ou liquidatários, no caso em que a assembleia geral tiver aprovado os atos da gerência ou liquidação, prescrevem no fim de seis meses, a contar da aprovação sem reserva dada pela assembleia geral.»³⁶

O conteúdo essencial de tal preceito foi mantido no Código de Veiga Beirão, cujo art. 190 estabelecia «A aprovação da assembleia geral ao balanço e contas de gerência da administração liberta os diretores e os membros do conselho fiscal da sua responsabilidade para com a sociedade, decorridos que sejam seis meses, salvo provando-se que nos inventários e balanços houve omissões ou indicações falsas com o fim de dissimular a situação da sociedade»³⁷. O exato sentido do preceito foi sendo

³⁶ Atualizo a grafia das leis antigas que cito.

³⁷ Valendo a pena lembrar que no tocante a bancos o art. 11 do Decreto de 12 de julho de 1894 (reproduzido no art. 12 da Lei de 3 de abril de 1896) era um pouco mais severo, sendo o seu texto o seguinte:

«Art. 11.º As gerências, direções ou administrações dos estabelecimentos bancários, ou que exerçam funções bancárias sem serem propriamente bancos, são pessoal e solidariamente responsáveis por qualquer infração das disposições deste decreto, bem como pelos

discutido³⁸, mas a verdade é que o mesmo se manteve até à entrada em vigor do Dec.-Lei 49.381, de 15 de novembro de 1969.

Tal diploma modificou a orientação em causa, dispondo, no n.º 3 do seu art. 19, que «A deliberação pela qual a assembleia geral aprove a gestão dos administradores não implica renúncia aos direitos de indemnização da sociedade contra estes, salvo se os factos constitutivos de responsabilidade houverem sido expressamente levados ao conhecimento da mesma antes da aprovação e esta tiver obedecido aos requisitos de voto exigidos pelo número anterior» – sendo tais requisitos não haver voto contrário de uma minoria de acionistas representativa de 10% ou mais do capital social e os administradores não votarem nessa deliberação.

O CSC, no n.º 3 do art. 74, mantém, desde o início da sua vigência, o essencial de tal regra do diploma de 1969.

7.6.3. A relevância de outras deliberações

Por outro lado, inspirado pela lei alemã³⁹, o Dec.-Lei 49.381, de 15 de novembro de 1969, no n.º 4 do art. 17, estabeleceu que «A responsabilidade dos administradores para com a sociedade não tem lugar quando

atos praticados sem autorização legal ou estatutária, sem que as votações das assembleias gerais desses estabelecimentos possam ressaltar-lhes a responsabilidade, transferindo os prejuízos para a sociedade.

§ único. Esta responsabilidade durará por um ano depois de aprovadas as contas pela assembleia geral, e só é aplicável às operações de carácter bancário que as sociedades anónimas realizarem.»

³⁸ Para o conhecimento do essencial dessa discussão, v. VISCONDE DE CARNAXIDE, *Sociedades Anonymas Estudo Theorico e Practico de Direito Interno e Comparado*, F. França Amado, 1913, pp. 326 a 331, LUIZ DA CUNHA GONÇALVES, *Comentário ao Código Comercial Português*, vol. I, 1914, pp. 430 a 433 e 484, e RAUL VENTURA e LUIS BRITO CORREIA, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Anónimas e dos Gerentes de Sociedades por Quotas*, cit., 188 a 192 e 408 a 410.

³⁹ A lei alemã sobre sociedades por ações de 1937, no seu § 84 (4), previu expressamente o caso de a atuação danosa dos administradores assentar em deliberação da assembleia geral, estabelecendo não haver então obrigação de indemnizar se a deliberação fosse «conforme à lei» (*gesetzmäßig*) – regra essa que a lei alemã de 1965, atualmente em vigor, mantém no seu § 84 (4). É de assinalar que o exato sentido de deliberação «conforme à lei» não é claro, parecendo ter sido corrente a opinião de que as deliberações anuláveis o seriam (até à anulação), mas que atualmente tal tese tem oposição – v. as notas de KLAUS J. HOPT e MARKUS ROTH ao § 93 da *Aktiengesetz*, na parte intitulada «Gesetzmässigkeit des Hauptversammlungsbeschlusses», in *Aktiengesetz Grosskommentar herausgegeben von Herbert Hirte, Peter O. Mühlbert, Markus Roth*, 5.ª ed., 4.º vol., tomo 2, §§ 92-94, De Gruyter, 2015, pp. 308 a 311.

o ato ou omissão assente em deliberação da assembleia geral, ainda que anulável» – regra essa que o CSC manteve, com ligeiras alterações de redação, no primitivo n.º 4 do art. 72, que é o atual n.º 5 do mesmo artigo⁴⁰.

As razões de ser e, portanto, o alcance de tal preceito são discutíveis. À primeira vista, na base do preceito estaria a ideia da soberania dos sócios, cujo exercício exoneraria os administradores de responsabilidade, exceto quando as deliberações dos sócios estivessem inquinadas de vício determinante de nulidade.

Tal explicação é dificilmente compatível com a reserva de competências ao conselho de administração das sociedades anónimas que o CSC parece consagrar, mormente nos seguintes segmentos normativos:

- A parte do n.º 1 do art. 405 que determina que compete ao conselho de administração gerir as atividades da sociedade, devendo subordinar-se às deliberações dos acionistas apenas nos casos em que a lei ou o contrato de sociedade o determinem;
- O proémio do art. 406, que determina que compete ao conselho de administração deliberar sobre qualquer assunto de administração da sociedade;
- O n.º 2 do art. 373, que determina que os acionistas deliberam sobre as matérias que lhes são especialmente atribuídas pela lei ou pelo contrato e sobre as que não estejam compreendidas nas atribuições de outros órgãos da sociedade;
- O n.º 3 do art. 373, que determina que sobre matérias de gestão da sociedade os acionistas só podem deliberar a pedido do órgão de administração⁴¹.

Naturalmente, quanto aos tipos de sociedades em que a lei não reserva competências ao órgão de administração, parece inteiramente justificável que, quando atuem ao abrigo de deliberações dos sócios, os administradores não incorram em responsabilidade perante a sociedade.

Alguns autores criticam a regra constante do n.º 5 do art. 72 e procuram diminuir o seu efeito desresponsabilizador.

⁴⁰ RAUL VENTURA e LUIS BRITO CORREIA estudaram e discutiram profundamente o problema a que o n.º 5 do art. 72 dá resposta, à luz das leis e das literaturas estrangeiras, nos seus estudos incluídos na obra *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Anónimas e dos Gerentes de Sociedades por Quotas*, cit., pp. 69 e ss., 177 e ss., e 408 e ss.

⁴¹ A exposição toma por referências sociedades anónimas de modelo tradicional e de modelo anglo-americano, mas o essencial do que escrevo aplica-se também às sociedades de modelo germânico.

Na vigência do Dec.-Lei 49.381, de 15 de novembro de 1969, Vasco da Gama Lobo Xavier sustentou várias restrições ao sentido aparente do n.º 4 do seu art. 17, designadamente no respeitante à ideia de o ato assentar em deliberação da assembleia geral (afirmando que a lei abrangeria apenas «actos e omissões determinados, de cuja conformidade com o interesse da sociedade ajuizou *in concreto* a assembleia geral») e no respeitante ao âmbito da responsabilização (afirmando que a lei não dispensaria o administrador de «examinar criteriosamente as *probabilidades da anulação da deliberação e os inconvenientes da sua execução*» e que haveria responsabilidade se o administrador «não proceder de harmonia com os resultados de tal exame»)⁴².

Na vigência do CSC, Coutinho de Abreu discutiu-a em mais do que uma obra⁴³, defendendo que «vai ao arrepio das leis e doutrina modernas»⁴⁴ e propondo uma interpretação restritiva da mesma, parecendo que o centro da sua argumentação são as seguintes afirmações:

«Lendo o n.º 5 do art. 72.º - a responsabilidade dos administradores «para com a sociedade não tem lugar quando o ato ou omissão assente em deliberação dos sócios, ainda que anulável» -, parece à primeira vista descabido afirmar-se que não são vinculativas as deliberações cuja execução faria incorrer os administradores em responsabilidade para com a sociedade. Pois se eles não respondem quando atuam com base em deliberações dos sócios, então é porque lhes devem obediência. Não é bem assim. Ainda que válidas e não anuláveis (por não serem abusivas, designadamente), há deliberações prejudiciais para a sociedade que, quando executadas, não desresponsabilizam os administradores - estes, se atuassem licitamente, como gestores criteriosos e ordenados no interesse da sociedade, não as executariam (não há, pois, dever de cumprir tais deliberações). É o caso de os administradores indevidamente determinarem ou influírem sobre a formação da vontade dos sócios, por exemplo não informando ou informando falsamente sobre os riscos do negócio objeto da deliberação ou sobre os interesses pessoais dos administradores nele envolvidos. É o caso também das deliberações consistindo em ordens para a celebração de negócios que possam desvalorizar em grande medida o património»

⁴² *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, reimpressão, Almedina, 1998 (original de 1976), pp. 371 e 372 (itálicos no original).

⁴³ *Governação das Sociedades Comerciais*, 2.ª ed., Almedina, 2010 (1.ª ed. de 2006), pp. 57 e ss., *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET/Almedina, 2010 (1.ª ed. de 2007), pp. 51 e ss., e *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, coordenado pelo Autor, na anotação ao artigo em causa, de que é coautor com MARIA ELISABETE RAMOS (vol. I, Almedina, 2010, pp. 849 e 850).

⁴⁴ *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, cit., p. 51.

nio social ou pôr mesmo em perigo a subsistência da sociedade (*u.g.*, concessão de crédito em montante tal que, na hipótese de o beneficiário falhar, ficará a sociedade em sérias dificuldades). Quando isto aconteça, manda a diligência legalmente exigida que os administradores não executem as deliberações. Sob pena, também, de poderem ser responsabilizados perante a sociedade, não por ela (art. 72.º, 5), mas pelos credores sociais em ação sub-rogatória (art. 78.º, 2) – ação imune ao facto de o comportamento dos administradores assentar em deliberações dos sócios (art. 78.º, 3).»⁴⁵

Amândio Novais chega a resultado semelhante, sustentando que «a causa exonerativa do artigo 72.º, n.º 5 do CSC apenas funcionará nos casos em que a execução da deliberação dos sócios configure, na esfera do administrador, o cumprimento de um dever»⁴⁶.

Os pressupostos hermenêuticos em que assento as minhas posições (nomeadamente o respeito pelo primado da lei e a proteção da confiança dos cidadãos na mesma, que baseiam os cânones interpretativos recebidos nos n.ºs 2 e 3 do art. 9.º do CC) levam-me a não poder concordar com uma solução que seria surpreendente para os administradores que a lei visa manifestamente proteger no n.º 5 do art. 72. Não cabe ao intérprete corrigir o que julga serem orientações erradas da lei, sobretudo quando elas não contradizem quaisquer princípios fundamentais. Assim, independentemente da bondade da solução no plano da política legislativa, sou de opinião que, quando atuem ao abrigo de uma deliberação dos sócios, ainda que anulável – incluindo uma deliberação provocada nos termos do n.º 3 do art. 373 -, os administradores não serão responsáveis pelos danos que causem à sociedade.

Para cabal entendimento de tal opinião, acrescento:

- Contra a mesma não pode ser invocado que diminui a esfera de autonomia do conselho de administração, pois a delimitação dessa esfera é resultado da consideração de todas as normas relevantes, incluindo a do n.º 5 do art. 72, e não função de um preconceito sobre a matéria ou da circunscrição arbitrária das normas a ter em conta;
- Claro que ficam de fora do n.º 5 do art. 72 casos em que o comportamento dos administradores vise tirar partido de modo abusivo do que nele se dispõe, até porque, nesses casos, tendencialmente as

⁴⁵ *Governação das Sociedades Comerciais*, 2.ª ed., cit., pp. 60 a 62.

⁴⁶ «A Responsabilidade Civil dos Administradores na Execução de Deliberações dos Sócios», in *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas*, n.º 27, 2016, pp. 249 e 250 (repetindo ideia afirmada com outras palavras na p. 248).

deliberações dos sócios serão nulas, por o seu conteúdo ser ofensivo dos bons costumes... (art. 56, n.º 1, alínea d).

Noutro plano, cabe sublinhar que o CVM determina a inaplicabilidade de tal regra aos administradores das sociedades abertas quando algum acionista inste por escrito o órgão de administração a abster-se de executar deliberação anulável e a deliberação vier a ser anulada (n.ºs 2 e 3 do art. 24).

Finalmente, sublinho que, segundo as conclusões de um já antes citado estudo comparativo dos deveres dos administradores, a relevância das deliberações dos sócios sobre a responsabilidade dos administradores não é convergente nos vários direitos⁴⁷.

7.7. Outros atos de renúncia ou limitação de responsabilidade

Como é sabido, o CC restringe fortemente as cláusulas de exclusão e de limitação da responsabilidade civil obrigacional: arts. 809 e ss., sendo de lembrar que a doutrina discute o exato alcance de tais preceitos⁴⁸.

O CSC também restringe a regulação contratual da responsabilidade dos administradores para com a sociedade, mediante as seguintes regras constantes do art. 74:

- É nula a cláusula, inserta ou não em contrato de sociedade, que exclua ou limite a responsabilidade dos administradores (n.º 1);
- É nula a cláusula, inserta ou não em contrato de sociedade, que subordine o exercício da ação social de responsabilidade, quando intentada nos termos do art. 77, a prévio parecer ou deliberação dos sócios (n.º 1);
- É nula a cláusula, inserta ou não em contrato de sociedade, que torne o exercício da ação social dependente de prévia decisão judicial sobre a existência de causa da responsabilidade ou de destituição do responsável (n.º 1);

⁴⁷ THEIS KLAUSBERG, «General Case on Directors' Duties», cit., pp. 58 e 60.

⁴⁸ V., além dos manuais de Direito das Obrigações, sobretudo, ANA PRATA, *Cláusulas de Exclusão e Limitação da Responsabilidade Contratual*, Almedina, 1985, e ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, «Cláusulas Limitativas e de Exclusão de Responsabilidade Civil», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Suplemento XXVIII*, 1985 (sendo, porém, de sublinhar que tais obras são anteriores ao Dec.-Lei 446/85, de 25 de outubro, que aprovou o regime das cláusulas contratuais gerais, cujo art. 18 – em especial, a sua alínea c) – não pode deixar de ter papel importante na determinação do regime geral vigente).

- A sociedade só pode renunciar ao seu direito de indemnização ou transigir sobre ele mediante deliberação expressa dos sócios, tomada sem voto contrário de uma minoria que represente 10% ou mais do capital social, na qual os possíveis responsáveis não podem votar (n.º 2).

7.8. O exercício do direito à indemnização

Sendo a sociedade prejudicada a titular do direito a ser indemnizada, é óbvio que ela tem legitimidade para exercer o direito em causa.

O art. 75 disciplina tal exercício (fora do quadro da insolvência), por meio das seguintes regras:

- A proposição pela sociedade da ação de responsabilidade depende de deliberação dos sócios, tomada por simples maioria (n.º 1);
- A ação deve ser proposta no prazo de seis meses a contar da deliberação (n.º 1);
- Os sócios podem designar representantes especiais da sociedade para o exercício do direito de indemnização (n.º 1)⁴⁹;
- Na reunião da assembleia geral que aprecie as contas de exercício, podem ser tomadas deliberações sobre a ação de responsabilidade (e sobre a destituição dos gerentes ou administradores que a assembleia considere responsáveis), mesmo que tais assuntos não constem da ordem do dia, (n.º 2);
- Aqueles cuja responsabilidade estiver em causa não podem votar nas referidas deliberações (n.º 3).

Quando a sociedade delibere o exercício do direito de indemnização, os sócios que sejam titulares de, pelo menos, 5% do capital social, podem requerer ao tribunal que nomeie, no respetivo processo, como representante da sociedade pessoa ou pessoas diferentes daquelas a quem caiba normalmente a sua representação, quando os sócios não tenham procedido a tal nomeação ou se justifique a substituição do representante nomeado pelos sócios (art. 76, n.º 1).

No entanto, não são apenas as sociedades que têm legitimidade para exigir aos seus administradores os valores indemnizatórios a que tenham direito em virtude de «danos causados por atos ou omissões praticados

⁴⁹ A fim de evitarem conflitos de interesses entre os administradores da sociedade e os réus (sendo certo que os administradores em funções até podem ser os réus!).

com preterição dos deveres legais ou contratuais». À legitimidade dos titulares do direito acresce a dos sócios titulares de, pelo menos, 2% ou 5% do capital social (art. 77, n.º 1, CSC) e a dos credores (art. 78, n.º 2, CSC) – sendo a ação exercida ao abrigo de tal legitimidade conhecida no direito romano-germânico como «ut singuli» e no direito anglo-americano como «derivative action».

Não será demais sublinhar que a legitimidade dos credores e dos sócios é para exercerem um direito da sociedade, em benefício da sociedade (e só indiretamente no seu).

Quanto ao exercício do direito em causa pelos sócios, tem sido discutido se as palavras finais do n.º 1 do art. 77 («quando a mesma não a haja solicitado») implicam que os sócios tenham de tentar provocar a proposição da ação pela sociedade antes de recorrerem a tribunal⁵⁰.

8. O regime do CSC da responsabilidade para com os credores

Os pressupostos da responsabilidade dos administradores para com os credores, fora do quadro da insolvência, são, por força do n.º 1 do art. 78:

- Ato ou omissão de violação de disposições legais ou contratuais⁵¹ destinadas à proteção dos credores⁵²;
- O caráter culposo do ato ou omissão;
- A insuficiência do património da sociedade para a satisfação dos credores;

⁵⁰ V. TIAGO SOARES DA FONSECA e ANTÓNIO MANUEL MENEZES CORDEIRO, «A Natureza Subsidiária da Acção *ut Singuli*», in *Revista de Direito das Sociedades*, ano III (2011), n.º 2, pp. 369 e ss., e PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 6.ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, p. 856.

⁵¹ V. a nota 12.

⁵² Sobre a circunscrição das normas destinadas à proteção dos credores, v. MARIA ELISABETE RAMOS, «Da Responsabilidade Civil dos Membros da Administração para com os Credores Sociais», in BFDUC, vol. LXXVI, 2000 (mas 2001), pp. 266 e ss., e *Responsabilidade Civil dos Administradores e Directores de Sociedades Anónimas Perante os Credores Sociais*, Coimbra Editora, 2002 (n.º 67 da coleção *Studia Iuridica* do BFDUC), pp. 201 e ss., ADELAIDE MENEZES LEITÃO, «Responsabilidade dos Administradores para com a Sociedade e os Credores Sociais por Violação de Normas de Protecção», in *Revista de Direito das Sociedades*, ano I (2009), n.º 3, pp. 673 e ss. [publicado também nos *Estudos Dedicados ao Professor Doutor Luís Carvalho Fernandes*, Universidade Católica Editora, volume especial da *Direito e Justiça*, 2011, vol. I, pp. 19 e ss., constando o lugar para que se remete a pp. 46 e ss.], e J. M. COUTINHO DE ABREU e MARIA ELISABETE RAMOS na anotação ao art. 78 do CSC que consta do vol. I do *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* sob coordenação de JORGE M. COUTINHO DE ABREU, Almedina, 2010, pp. 892 e ss.

- O dano sofrido pelos credores⁵³;
- O nexo de causalidade entre o ato ou omissão e a insuficiência patrimonial da sociedade.

Merece realce que a responsabilidade para com os credores, ao contrário da responsabilidade para com a sociedade, só se verifica quando o património da sociedade se torna insuficiente para a satisfação dos direitos dos mesmos, por força da conduta ilícita dos administradores – diferença que bem se compreende, pois enquanto a sociedade puder satisfazer os direitos dos credores estes não sofrem danos.

9. O regime da responsabilidade para com os sócios e terceiros

Nos termos do n.º 1 do art. 79, «Os gerentes ou administradores respondem também, nos termos gerais, para com os sócios e terceiros pelos danos que diretamente lhes causarem no exercício das suas funções.»⁵⁴.

Tal parece claramente significar que os pressupostos da responsabilidade dos administradores para com sócios e terceiros por «danos diretamente causados» são os da responsabilidade extraobrigacional em geral.

A determinação de que os administradores respondem «nos termos gerais» só pode ter esse sentido, incluindo o de que a responsabilidade depende da violação de «direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios», como estabelece o n.º 1 do art. 483 do CC.

A restrição aos «danos que diretamente lhes causarem» é a parte difícil do preceito, mas, para os efeitos do tema objeto deste texto, bastará dizer que a mesma parece destinar-se a acentuar que a norma não trata dos prejuízos sofridos pelos sócios e terceiros em consequência de prejuízos sofridos pela sociedade – e não a restringir os danos indemnizáveis segundo as regras gerais da responsabilidade civil⁵⁵.

⁵³ Explicito que entendo não se justificar a autonomização de um nexo de causalidade entre o ato ou omissão e o dano sofrido pelos credores. Este verificar-se-á necessariamente por força da insuficiência patrimonial da sociedade e na medida em que a mesma determine dano ao credor.

⁵⁴ Para a comparação do n.º 1 do art. 79 com o n.º 1 do art. 78, v. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, «Uma Proposta de Coordenação entre os arts. 78.º e 79.º do Código das Sociedades Comerciais», cit., pp. 77 e ss.

⁵⁵ Para o aprofundamento do sentido do n.º 1 do art. 79, com uma interpretação diversa do sentido de «diretamente», v. CATARINA PIRES CORDEIRO, «Algumas Considerações Críticas

Avanço que, neste último campo, a insolvência nada altera, pois este tipo de responsabilidade (que não depende da insuficiência do património social) cai fora da alçada das regras insolvenciais.

Há que lembrar que, à luz do n.º 1 do art. 483 do CC, não é qualquer ato ilegal que provoque prejuízos a terceiros que acarreta que o seu autor fique constituído na obrigação de indemnizar esses prejuízos. Só são relevantes atos violadores de regras destinadas a proteger um certo círculo de pessoas (as titulares dos interesses a cuja proteção as regras se destinem) no qual o lesado se situe. Na formulação de Antunes Varela, inspirada em Josef Esser, é necessário «Que o dano se tenha registado no círculo de interesses privados que a lei visa tutelar»⁵⁶. Na formulação de Ribeiro de Faria, também influenciada pela literatura alemã, no caso de «interesses "reflexamente" protegidos», «não há qualquer direito a indemnização por parte dos particulares "uti singuli"»⁵⁷.

Assim, só existirá responsabilidade de titulares do órgão de administração, por atos praticados no exercício das suas funções, para com os sócios individualmente considerados nos casos em que esses titulares tenham ofendido direitos dos sócios individualmente considerados ou disposições legais destinadas à proteção dos sócios⁵⁸.

Exemplo de conduta que cairá nessa previsão será o de divulgação de contas inexatas que levem à venda de ações da sociedade – parecendo-me que aí se tratará de ofensa de direitos dos sócios individualmente considerados, por se tratar de violação do direito à informação⁵⁹. Exemplos de condutas violadoras de disposições legais destinadas à proteção de terceiros serão o uso (imputável ao administrador) pela sociedade de *software* da titularidade de terceiro e a infração (imputável ao administrador) pela sociedade de regras de segurança de que resultem prejuízos para terceiros.

sobre a Responsabilidade Civil dos Administradores perante os Accionistas no Ordenamento Jurídico Português», cit., em especial pp. 120 e 121.

⁵⁶ *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 9.ª ed., Almedina, 1996, p. 559.

⁵⁷ *Direito das Obrigações*, vol. I, Almedina, 1990, p. 419. Para uma síntese da doutrina e da jurisprudência acerca da responsabilidade fundada na violação de disposições legais destinadas a proteger interesses alheios, v. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, Almedina, 2009, pp. 246 e ss.

⁵⁸ No sentido em causa, embora distinguindo entre violação de direitos dos sócios, violação de normas legais de proteção dos sócios e violação de deveres jurídicos, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, cit., p. 87.

⁵⁹ J. M. COUTINHO DE ABREU, que apresenta um vasto conjunto de exemplos, inclui esta situação na violação de disposições legais destinadas à proteção dos sócios – *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, cit., pp. 87 e ss.

Vale a pena sublinhar que, contra o que se verifica na responsabilidade para com credores, a responsabilidade para com sócios e terceiros não depende da insuficiência do património social. Enquanto na responsabilidade para com credores o dever de indemnizar assenta na não satisfação de um (pré-existente) direito de crédito sobre a sociedade, cuja violação é imputável ao administrador, na responsabilidade para com sócios e terceiros o dever de indemnizar nasce por mera força do ato do administrador, tendencialmente violador de direitos absolutos dos lesados.

No caso especial de abuso de informação (ou seja, a aquisição ou alienação de títulos emitidos pela sociedade administrada com base no conhecimento de factos relativos à mesma aos quais não tenha sido dada publicidade e sejam suscetíveis de influenciarem o valor desses títulos), a lei estabelece que o membro do órgão de administração (ou do órgão de fiscalização) de uma sociedade anónima que tome conhecimento de factos relativos à sociedade aos quais não tenha sido dada publicidade e sejam suscetíveis de influenciarem o valor dos títulos por ela emitidos e adquira ou aliene ações ou obrigações da referida sociedade ou de outra que com ela esteja em relação de domínio ou de grupo, por esse modo conseguindo um lucro ou evitando uma perda, deve indemnizar os prejudicados, pagando-lhes quantia equivalente ao montante da vantagem patrimonial realizada e que, não sendo possível identificar os prejudicados, o infrator deve pagar a referida indemnização à sociedade (art. 449, n.º 1) – sem prejuízo, é claro, da aplicação das sanções penais a que haja lugar (art. 378 do CVM).

10. Casos de responsabilidade de vários administradores

Pode, naturalmente, haver mais do que um administrador responsável por certo facto. Para esses casos estabelece o art. 73 que:

- A responsabilidade dos vários administradores em causa é solidária (n.º 1);
- Nas relações entre responsáveis, a responsabilidade divide-se «na medida das respetivas culpas e das consequências que delas advierem, presumindo-se iguais as culpas das pessoas responsáveis» (n.º 2).

11. A responsabilidade no âmbito da fusão

Um caso que a lei trata especialmente e que por isso merece referência é o da responsabilidade no caso de fusão: «Os membros do órgão de administração (...) de cada uma das sociedades participantes são solida-

riamente responsáveis pelos danos causados pela fusão à sociedade e aos seus sócios e credores, desde que, na verificação da situação patrimonial das sociedades e na conclusão da fusão, não tenham observado a diligência de um gestor criterioso e ordenado» (art. 114, n.º 1, do CSC).

A principal nota a fazer a este respeito é a de que a norma não abrange toda a conduta dos administradores na fusão (limita-se à «verificação da situação patrimonial das sociedades» e à «conclusão da fusão») – o que levanta a dúvida consistente em saber se a aplicação às suas restantes intervenções na fusão dos deveres que a lei lhes atribui a propósito da gestão e das regras sobre a responsabilidade resultante da violação de tais deveres se deve fazer a título direto ou a título analógico⁶⁰.

12. Responsabilidade de outras pessoas dependente da responsabilidade dos administradores

Os administradores não são as únicas pessoas a que o CSC permite imputar responsabilidade civil. No entanto, a imputação de responsabilidade a essas outras pessoas depende tendencialmente⁶¹ da verificação dos pressupostos da responsabilidade dos administradores.

As normas relevantes são as seguintes:

- Os membros de órgãos de fiscalização respondem solidariamente com os administradores da sociedade por atos ou omissões destes no desempenho dos respetivos cargos quando o dano se não teria produzido se houvessem cumprido as suas obrigações de fiscalização (art. 81, n.º 2);
- O sócio que, só por si ou juntamente com outros a quem esteja ligado por acordos parassociais, tenha, por força de disposições do contrato de sociedade, o direito de designar gerente sem que todos os sócios deliberem sobre essa designação responde solidariamente com a pessoa por ele designada, sempre que esta for responsável para com a sociedade ou os sócios e se verifique culpa na escolha da pessoa designada (art. 83, n.º 1);

⁶⁰ Sobre o assunto, à luz do texto do CSC anterior à reforma de 2006, v. PEDRO CAETANO NUNES, *Responsabilidade Civil dos Administradores Perante os Accionistas*, cit., pp. 83 e ss.

⁶¹ No n.º 1 do art. 81 e no art. 82, a lei prevê aparentemente a responsabilidade autónoma dos membros de órgãos de fiscalização e de revisores oficiais de contas. Serão, porém, de ocorrência difícil casos em que haja responsabilidade de tais pessoas sem haver responsabilidade de administradores.

- O sócio que, pelo número de votos de que disponha, só por si ou por outros a quem esteja ligado por acordos parassociais, tenha a possibilidade de fazer eleger administrador responde solidariamente com a pessoa eleita, havendo culpa na escolha desta, sempre que ela for responsável para com a sociedade ou os sócios, contanto que a deliberação tenha sido tomada pelos votos desse sócio e dos a ele ligados e de menos de metade dos votos dos outros sócios presentes ou representados na assembleia (n.º 3);
- O sócio que tenha possibilidade, ou por força de disposições contratuais ou pelo número de votos de que disponha, só por si ou juntamente com pessoas a quem esteja ligado por acordos parassociais de destituir ou fazer destituir administrador e pelo uso da sua influência determine essa pessoa a praticar ou omitir um ato responde solidariamente com ela, caso esta, por tal ato ou omissão, incorra em responsabilidade para com a sociedade ou sócios (n.º 4).

O n.º 2 do art. 81 corresponde a um caso de culpa *in vigilando*: a responsabilidade dos «fiscais» é solidária com a dos administradores, mas depende, além do mais, da violação de um dever próprio dos visados pelo preceito: o de fiscalizar.

Os n.ºs 1, 2 e 3 do art. 83 correspondem a casos de culpa *in eligendo*⁶².

O n.º 4 do art. 83 trata daquilo que tem sido chamado «responsabilidade pelo exercício de influência». É, porém, de sublinhar que não se trata de uma qualquer influência mas de uma influência determinante de um comportamento gerador de responsabilidade, ou seja, de uma influência ilícita⁶³ – o que leva certos autores a falar da exigência de uma dupla causalidade: por um lado, entre a atuação do sócio e a do administrador e, por outro, entre a atuação do administrador e o dano⁶⁴.

Noutras palavras: a responsabilidade do sócio nos termos do n.º 4 do art. 83 do CSC depende de:

⁶² Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, na anotação ao art. 83 constante do *Código das Sociedades Comerciais Anotado* (de sua coordenação), 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2011 (1.ª ed. de 2009), p. 296, e RUI PEREIRA DIAS, na anotação ao mesmo artigo no *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coordenação de Jorge M. Coutinho de Abreu), vol. I, Almedina, 2010, pp. 957 e 958.

⁶³ Cfr. RUI PEREIRA DIAS, na referida anotação ao art. 83 do CSC do *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. Jorge M. Coutinho de Abreu), vol. I, cit., p. 958.

⁶⁴ V. RUI (MANUEL PINTO SOARES) PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por Exercício de Influência sobre a Administração de Sociedades Anónimas Uma Análise de Direito Material e Direito de Conflitos*, Almedina, 2007, p. 110, e também na anotação citada nas notas anteriores, p. 964.

- Haver um administrador que seja pessoalmente responsável para com a sociedade ou para com os sócios por atos (ou omissões) ilícitos praticados no exercício das suas funções;
- O sócio ter exercido a influência de que dispunha sobre essa pessoa (resultante de a poder destituir ou fazer destituir, por força de disposições contratuais ou do número de votos de que dispunha, só por si ou juntamente com os votos dos sócios com quem tivesse celebrado acordos parassociais) para a determinar a praticar o ato (ou omissão) gerador de responsabilidade.

Ainda sobre o n.º 4 do art. 83, há a referir a opinião que vê nele um afloramento da regulação da administração de facto⁶⁵.

Sublinho que deixo de fora deste elenco a responsabilidade do sócio único prevista no art. 84, por a mesma não depender da responsabilidade dos administradores.

13. Prescrição do direito indemnizatório das sociedades

O art. 174 dispõe:

«Prescrição

1. Os direitos da sociedade contra os (...) gerentes, os administradores (...) prescrevem no prazo de cinco anos contados a partir da verificação dos seguintes factos:

a) (...)

b) O termo da conduta dolosa ou culposa do (...) gerente, administrador (...), se aquela houver sido ocultada, e a produção do dano, sem necessidade de que este se tenha integralmente verificado, relativamente à obrigação de indemnizar a sociedade;

c) (...)

d) (...)

e) (...)

2. Prescrevem no prazo de cinco anos a partir do momento referido na alínea b) do número anterior os direitos dos sócios e de terceiros, por responsabilidade para com eles de (...) gerentes, administradores (...)

3. (...).

⁶⁵ V. RICARDO ALBERTO SANTOS COSTA, *Os Administradores de Facto das Sociedades Comerciais*, cit., p. 305.

4. Prescrevem no prazo de cinco anos, a contar da data do registo definitivo da fusão, os direitos de indemnização referidos no artigo 114.º.

5. Se o facto ilícito de que resulta a obrigação constituir crime para o qual a lei estabeleça prescrição sujeita a prazo mais longo, será este o prazo aplicável.»

A primeira nota que os vários preceitos merecem é que o prazo prescricional é sempre de cinco anos, independentemente da natureza obrigacional ou extraobrigacional da responsabilidade, ao contrário do que sucede no regime comum consagrado no CC.

A segunda dirige-se à dúvida consistente em saber se se aplica aos prazos em causa a regra constante do art. 318, alínea d) do CC, segundo a qual a prescrição não começa nem corre «Entre as pessoas coletivas e os respetivos administradores, relativamente à responsabilidade destes pelo exercício dos seus cargos, enquanto neles se mantiverem» – aplicação essa que implicará algum afastamento da letra da alínea b) n.º 166.

14. Particularidades da responsabilidade dos administradores no «ambiente insolvencial»⁶⁷

As sociedades desportivas podem ser declaradas insolventes... – matéria para que o Dec.-Lei 10/2013, de 25 de janeiro, também não fixa regras especiais (sendo, porém, de chamar a atenção para o art. 27, que estabelece que «Em caso de extinção da sociedade desportiva, as instalações desportivas, se não forem indispensáveis para liquidar dívidas sociais, devem ser atribuídas ao clube desportivo fundador e permanecer afetas a fins análogos aos da sociedade extinta»).

Como, porém, no «ambiente insolvencial» a responsabilidade dos administradores oferece algumas particularidades, lembrarei as mais importantes.

⁶⁶ Aparentemente no sentido da aplicação do art. 318, alínea d), do CC, ainda que de modo não expresso, v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, na anotação ao art. 174 constante do *Código das Sociedades Comerciais Anotado* (de sua coordenação), 2.ª ed., cit., p. 575, e CAROLINA CUNHA, na anotação ao artigo em causa no *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coordenação de Jorge M. Coutinho de Abreu), vol. II, 2.ª ed., Almedina, 2015 (1.ª ed. de 2011), p. 814. No sentido dessa aplicação julgaram a Relação de Lisboa, em acórdão de 14.6.12 (CJ XXXVII, tomo III, pp. 111 e ss.), e o STJ, em acórdão de 10.1.2013 (CJ-STJ XXI, tomo I, pp. 45 e ss.).

⁶⁷ Utilizo neste número algumas partes do que escrevi em «Responsabilidade dos Administradores: Coordenação dos Regimes do CSC e do CIRE», in *III Congresso de Direito da Insolvência* (coordenação de Catarina Serra), Almedina, 2015, pp. 151 e ss.

14.1. A legitimidade para responsabilizar os administradores para com a sociedade e «a generalidade dos credores» no quadro da insolvência

A primeira é a da legitimidade para responsabilizar os administradores – seja perante a sociedade, seja perante «a generalidade dos credores», no quadro da insolvência⁶⁸.

O art. 78, n.º 4, do CSC determina que «No caso de falência da sociedade, os direitos dos credores podem ser exercidos, durante o processo de falência, pela administração da massa falida» – parecendo que nesses direitos dos credores estão compreendidos não apenas os de indemnização por danos por eles diretamente sofridos (n.º 1 do mesmo artigo) como os de exercício subrogatório de direitos a indemnização de que a sociedade seja titular (n.º 2 do mesmo artigo).

O art. 82, n.º 3, do CIRE tem o seguinte teor:

«Durante a pendência do processo de insolvência, o administrador da insolvência tem exclusiva legitimidade para propor e fazer seguir:

- a) As ações de responsabilidade que legalmente couberem, em favor do próprio devedor, contra os fundadores, administradores de direito e de facto, membros do órgão de fiscalização do devedor e sócios, associados ou membros, independentemente do acordo do devedor ou dos seus órgãos sociais, sócios, associados ou membros;
- b) As ações destinadas à indemnização dos prejuízos causados à generalidade dos credores da insolvência pela diminuição do património integrante da massa insolvente, tanto anteriormente como posteriormente à declaração de insolvência;
- c) As ações contra os responsáveis legais pelas dívidas do insolvente.»

Resulta claro que o que no n.º 4 do art. 78 do CSC é (era) a atribuição de legitimidade concorrente, nas alíneas a) e b) do art. 82, n.º 2, CIRE é atribuição de legitimidade exclusiva. O mesmo é dizer que o n.º 4 do art. 78 do CSC está derogado⁶⁹.

⁶⁸ Note-se que estão de fora os casos do art. 79 CSC.

⁶⁹ Neste sentido, v. MARIA ELISABETE RAMOS, «Insolvência da Sociedade e Efectivação da Responsabilidade Civil dos Administradores» in BFDUC, vol. LXXXIII, 2007 (mas 2008), p. 471, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a «Desconsideração da Personalidade Jurídica»*, cit., pp. 480 e ss., J. M. COUTINHO DE ABREU e MARIA ELISABETE RAMOS na já citada anotação ao art. 78 do CSC que consta do vol. I do *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* sob coordenação de JORGE M. COUTINHO DE ABREU, Almedina, 2010, p.

Coloca-se uma dúvida importante: têm os credores legitimidade para exigir (sem a «mediação» do administrador da insolvência) indemnizações aos administradores fora do âmbito do incidente de qualificação ou se a insolvência for qualificada como fortuita?⁷⁰

A minha resposta é afirmativa para os casos de o incidente de qualificação da insolvência não ser desencadeado e de a insolvência ser qualificada como fortuita: tais factos não podem ter o efeito de isentar os administradores de responsabilidade (pela via da retirada de legitimidade aos credores para os acionarem). Estando o incidente de qualificação da insolvência pendente, creio que o administrador terá o monopólio que lhe é conferido pelo art. 82, n.º 3, do CIRE.

14.2. As especialidades dos pressupostos da responsabilidade dos administradores considerados «pessoas afetadas» para com os credores no quadro da insolvência culposa da sociedade

Outra área em que a responsabilidade dos administradores quando suscitada em «ambiente insolvencial» oferece particularidades é a dos próprios pressupostos da responsabilidade para com os credores.

O art. 189 do CIRE determina que, se a insolvência for qualificada como culposa, na própria sentença em que faça essa qualificação, o juiz condene as «pessoas afetadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos respetivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afetados».

Assim, os pressupostos da responsabilidade dos administradores em tal caso podem ser assim enunciados:

- A declaração de insolvência da sociedade em causa;
- A qualificação da insolvência como culposa no âmbito do incidente de qualificação (art. 189, n.ºs 1 e 2, proémio);
- A sua qualificação como «pessoas afetadas»⁷¹ no âmbito do mesmo incidente (art. 189, n.º 2, alíneas a) e e) CIRE).

901, e ADELAIDE MENEZES LEITÃO, «Insolvência Culposa e Responsabilidade dos Administradores na Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril», cit., p. 281.

⁷⁰ Para uma síntese das posições doutrinárias, v. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de Governo das Sociedades*, Almedina, 2017, p. 275

⁷¹ Expressão esta cuja infelicidade (para usar um eufemismo) sublinho, reiterando o que já afirmei mais do que uma vez.

Como já ficou referido, nesse caso, fica afastada a possibilidade de os credores responsabilizarem os administradores fora do processo de insolvência (art. 82, n.º 3, alínea b).

Para compreender o todo do regime da responsabilidade no âmbito da insolvência e poder compará-lo com o do CSC, há que ter presentes os regimes da qualificação da insolvência como culposa no âmbito do incidente de qualificação e da qualificação como «pessoa afetada» no âmbito do mesmo incidente – regimes que não é possível expor no âmbito deste escrito⁷².

Fevereiro de 2017

⁷² Remeto para ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *Um Curso de Direito da Insolvência*, 2.º ed., Almedina, 2016, pp. 415 e ss., e para o que escrevi em «Responsabilidade dos Administradores: Coordenação dos Regimes do CSC e do CIRE», cit., pp. 159 e ss.