

CATÓLICA LAW REVIEW

VOLUME II
n.º 2
mai. 2018

DIREITO PRIVADO

Paulo de Tarso Domingues

Pedro Múrias

Pedro Romano Martinez

Rui Pinto Duarte

Tanmayi Sharma

Vasiliki Fasoula

José Carlos Brandão Proença

Victor Hugo Ventura



CATÓLICA

RESEARCH CENTRE
FOR THE FUTURE OF LAW

LISBOA · PORTO

Os Deveres dos Administradores das Sociedades Comerciais

Rui Pinto Duarte

Professor Catedrático Convidado

Escola de Lisboa da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

SUMÁRIO

1. Considerações gerais
 2. Elenco de deveres concretos no CSC
 - 2.1. Deveres de zelar pelo cumprimento dos deveres da sociedade e pelo exercício dos direitos da sociedade
 - 2.2. Deveres expressamente previstos na lei
 3. Os deveres gerais
 - 3.1. Notas gerais
 - 3.2. O dever de cuidado e a *business judgment rule*
 - 3.3. O dever de lealdade
 4. O dever de gestão e a responsabilidade por «má gestão»
 5. Os deveres e a responsabilidade dos administradores não executivos
- Bibliografia

1. Considerações gerais

A imposição pela lei de deveres aos administradores (adiante «administradores», num sentido amplo, abrangendo os titulares dos órgãos de administração dos vários tipos de sociedades) de «sociedades de responsabilidade limitada» é tão antiga quanto a regulação das mesmas.

Alguns dos deveres legais dos administradores surgem expressamente referidos nas leis. Outros resultam de regras que se referem à responsabilidade dos administradores, pressupondo deveres não consagrados expressamente, e outros ainda da recondução da relação de administração a figuras jurídicas a que sejam inerentes deveres (classicamente ao mandato).

As tentativas de ordenação dos deveres dos administradores que conheço não me parecem muito úteis para a exposição dos regimes atuais, nomeadamente do português. Valha como exemplo a apresentada – há já muitos anos – por Paul Pic e Jean Kréher¹ consistente em dividi-los nos seguintes três grupos: «gérer en bon père de famille», «rendre compte de leur gestion» e «se conformer aux multiples prescriptions légales ayant pour objectif commun la sauvegarde du patrimoine social».

Para dar um panorama dos deveres em causa, julgo vantajoso arrancar da constatação de que eles surgem em vários patamares de generalidade (ou de concretização, como se preferir): uns são deveres bastante determinados (por exemplo, o dever de elaborar o relatório de gestão, as contas de exercício e os demais documentos de prestação de contas) e outros têm conteúdos pouco determinados (por exemplo, o dever de diligência e o dever de lealdade). Os deveres do segundo tipo, muitas vezes, não são deveres autónomos, mas meros parâmetros do cumprimento dos primeiros.

Por comodidade de exposição, embora a terminologia não seja perfeita, designarei, seguindo outros autores, os deveres do primeiro tipo *deveres concretos ou específicos* e os do segundo tipo *deveres gerais*.

No centro dos deveres dos administradores situa-se o dever de gestão² (em sentido estrito), que tem características dos deveres concretos e dos deveres gerais: por um lado, tem por conteúdo prestações (no sentido de comportamentos), não sendo um parâmetro do cumprimento de outros deveres; por outro lado, tem um conteúdo altamente indeterminado, até por ser uma «obrigação de meios» e não uma «obrigação de resultado».

1 (1948), pp. 541 e ss.

2 Também designado «dever de administração».

Adiante abordarei esse dever mais detidamente, limitando-me, por agora, a expressar o entendimento de que o conteúdo do dever de gestão (em tal sentido estrito) consiste (apenas) no dever de promover a atividade da sociedade na medida em que a mesma não esteja determinada pela lei, pelos estatutos ou por atos anteriores da sociedade – não entrando, pois, nele o cumprimento de outros deveres legais, estatutários ou contratuais.

Sobre os conteúdos dos deveres, há ainda a chamar a atenção para que os mesmos são também concretizados pelas deliberações do órgão de administração, designadamente as que, nos termos do art. 407 do Código das Sociedades Comerciais (aplicável às sociedades anónimas de modelo «clássico» e de modelo «anglo-americano»), atribuem pelouros ou deleguem poderes – sendo de adiantar que, como também adiante mais detidamente abordarei, os deveres dos chamados «administradores não executivos» são parcialmente diversos dos deveres dos chamados «administradores executivos».

Por outro lado, cabe esclarecer que os administradores não têm deveres apenas para com as sociedades, mas também para com os credores, os sócios e outros terceiros – como resulta claramente do modo como o Código das Sociedades Comerciais (adiante «CSC») organiza as regras sobre responsabilidade dos administradores, a saber:

- Responsabilidade para com a sociedade (arts. 72 a 77);
- Responsabilidade para com os credores (art. 78);
- Responsabilidade para com os sócios e (outros) terceiros (art. 79).

É de sublinhar que esse modo de organização não resulta sobretudo de uma preocupação classificatória, mas sim de os pressupostos da responsabilidade dos administradores (incluindo os deveres cuja violação é pressuposta) não serem iguais nas três situações-tipo, como veremos. Por outras palavras: os administradores têm deveres (desiguais) para com a sociedade, para com os credores e para com os sócios e (outros) terceiros.

Vale ainda a pena fazer referência ao facto de os deveres dos administradores serem, por influência anglo-americana, frequentemente qualificados como fiduciários, para traduzir a ideia de que os bens cuja gestão lhes cabe são alheios e de que essa incumbência é pautada pelo dever de prossecução dos interesses de quem lhes confia a gestão dos seus bens, à semelhança do que sucede nos *trusts*³ – acrescentando à qualificação a ideia de que «fiduciary duties are at the heart of corporate law»⁴. Essa nota ficaria, porém, incompleta se não

3 Citando um livro muito divulgado, «These duties are generally referred to as “fiduciary duties”, and directors are sometimes referred to as “fiduciaries” and their duties are analogized to those of a trustee of a trust» [ROBERT W. HAMILTON (2000), p. 444].

4 CLAIRE A. HILL e BRETT H. McDONNELL, a abrir o capítulo de que são autores em obra coletiva de que são *editors* (2012), p. 133.

fosse acompanhada de que, em contraponto, no espaço anglo-americano, é bem compreendido que a tarefa de administrar implica correr riscos. Na síntese de Ben Pettet:

«The law looks at a director's functions from two angles. He is entrepreneur and he is trustee. He must therefore take risks to make gain but subject to that he must conserve the company's property which is in his hands. The result in legal terms is a blend of judicial attitudes which looks too lax on the one hand, and too strict on the other. At 'common law' a director as entrepreneur must exhibit a surprisingly low degree of care and skill. But as trustee he owes extensive fiduciary duties, their severity deriving from the attitude of the Courts of Chancery (or 'Equity') to trustees in the strict sense.»⁵

Aproveito para, enquadrando o que escreverei adiante, sublinhar que dizer isto é o mesmo que notar, como certos autores fazem⁶, que alguns dos deveres dos administradores são conflitantes entre si: desenvolver negócios, por um lado, e tentar proteger os interesses de todos os *stakeholders* e ser minucioso no cumprimento de todas as regras, por outro lado, é quase como fazer habilidades circenses com ovos...

Finalmente, esclareço que tenho em vista os deveres a que estão vinculados os administradores da generalidade das sociedades comerciais, sem ter em consideração os deveres adicionais que respeitam a subtipos de sociedades, como é caso das sociedades abertas, em especial das sociedades emittentes de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado.

2. Elenco de deveres concretos no CSC

Não é viável – pelo menos, num texto com a dimensão deste – fazer um elenco exaustivo dos deveres concretos, mas vale a pena enunciar alguns dos que surgem no CSC.

5 (1996), n.º 291, p. 163.

6 V., por exemplo, GÜNTHER H. ROTH e PETER KINDLER (2013), p. 98.

2.1. Deveres de zelar pelo cumprimento dos deveres da sociedade e pelo exercício dos direitos da sociedade

Antes de mais, parecem-me de referir o dever de zelar pelo cumprimento pela sociedade dos seus deveres, legais ou contratuais, e o dever de zelar pelo exercício pela sociedade dos seus direitos, legais ou contratuais⁷.

Tais deveres não estão expressamente consagrados com generalidade⁸, mas resultam da natureza da função de administração, que, na visão largamente dominante da doutrina portuguesa, é o exercício de poderes-deveres atribuídos a um órgão⁹. Competindo ao órgão de administração representar a sociedade, é a ele que compete cumprir os deveres e exercer os direitos da sociedade – o que é levado a cabo pelos titulares do órgão, sendo tal tarefa um dever funcional.

2.2. Deveres expressamente previstos na lei

Eis alguns exemplos de deveres expressamente previstos na lei:

- Dever de participar nas reuniões do órgão de administração (arts. 410 e 393, n.º 1);
- Dever de elaborar o relatório de gestão, as contas de exercício e os demais documentos de prestação de contas (art. 65)¹⁰;
- Dever de apresentar os documentos de prestação de contas ao órgão de fiscalização e ao revisor oficial de contas (arts. 65, n.º 1, 451, n.º 1, e 453, n.º 1);
- Dever de não concorrência (art. 254 e 398, n.ºs 3 a 5);
- Dever de convocar (os gerentes) a assembleia geral ou de requerer (os administradores das sociedades anónimas) a sua convocação, a fim de nela

7 Sobre a existência de um «dever de legalidade», v. MANUEL CARNEIRO DA FRADA (2012), pp. 65 e ss., e (2016), pp. 17 e ss.

8 Há, porém, casos em que a lei é explícita. Sirva de exemplo o art. 19 do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas, que determina «a iniciativa da apresentação à insolvência [das pessoas coletivas em situação fáctica de insolvência, às quais o art. 18 do mesmo diploma impõe o dever de requerer a declaração judicial de insolvência] cabe ao órgão social incumbido da sua administração, ou, se não for o caso, a qualquer um dos seus administradores».

9 Na referida visão largamente dominante da doutrina portuguesa atual, os administradores são titulares de órgãos e é nessa medida que (podem e) devem exercer os poderes que a lei atribui aos órgãos – v., entre muitos, PEDRO CAETANO NUNES (2001), pp. 131 e ss. (Autor que recusa a existência de órgão em situações de atuação singular ou conjunta, mas reconhece que mesmo nesses casos a atuação se dá ao abrigo de poderes de representação orgânica), e JOSÉ FERREIRA GOMES (2015), pp. 697 e ss.

10 É de frisar que este dever se desenvolve numa miríade de outros, relativos ao tratamento da informação em causa.

- serem informados os sócios da situação e de estes poderem tomar as medidas julgadas convenientes, sempre que das contas de exercício ou de contas intercalares resultar que metade do capital social se encontra perdido, ou havendo em qualquer momento fundadas razões para admitir que essa perda se verifica (art. 35, n.º 1);
- Dever de não executar deliberações dos sócios que determinem distribuições de bens em violação de regras legais (art. 31, n.ºs 2 a 4);
 - Dever de praticar os atos necessários à dar plena eficácia das deliberações de alteração dos estatutos, no caso de tal eficácia implicar a outorga de outro documento além da ata da deliberação (art. 85, n.º 5);
 - Dever de, uma vez deliberada uma fusão, inscrevê-la no registo comercial, após o decurso do prazo previsto no artigo 101-A ou, no caso de ter sido deduzida oposição à fusão, após se ter verificado algum dos factos referidos no n.º 1 do artigo 101-B (art. 111);
 - Dever de estar presente nas reuniões da assembleia geral (art. 379, n.º 4);
 - Nas sociedades anónimas, dever de não efetuar negócios com a sociedade, salvo com observância de regras de controlo ou em casos de evidente ausência de conflito de interesses (art. 397);
 - Nas sociedades anónimas, dever de prestar informação à sociedade sobre a titularidade de ações e de obrigações da sociedade e sobre negócios que tenham por objeto ações e obrigações da sociedade e de sociedades com as quais ela esteja em relação de domínio ou de grupo, devendo a informação abranger ações e obrigações de certas pessoas especialmente relacionadas com o administrador (art. 447);
 - Nas sociedades anónimas, dever de não usar o conhecimento de factos relativos à sociedade aos quais não tenha sido dada publicidade e sejam suscetíveis de influenciar o valor dos títulos por ela emitidos para adquirir ou alienar ações ou obrigações da sociedade ou de outra que com ela esteja em relação de domínio ou de grupo (art. 449, n.º 1);
 - Nas sociedades anónimas, dever de guardar segredo sobre factos relativos à sociedade aos quais não tenha sido dada publicidade e sejam suscetíveis de influenciar o valor de ações ou obrigações emitidas por ela ou por outra que com ela esteja em relação de domínio ou de grupo (art. 449, n.º 2);
 - Nas sociedades anónimas, dever de caucionar o exercício das funções – salvo quanto aos administradores não executivos não remunerados (art. 396)¹¹.

11 Para outro elenco, v. o que escreve RICARDO COSTA, in RICARDO COSTA e GABRIELA FIGUEIREDO DIAS (2017), pp. 768 a 770.

3. Os deveres gerais¹²

3.1. Notas gerais

No CSC, o artigo mais relevante quanto aos deveres gerais dos administradores é o 64 (cuja epígrafe é «deveres fundamentais»), que, desde 2006¹³, 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.»¹⁴

Até ao diploma de 2006 que lhe deu tal redação, o art. 64 do CSC dispunha:

«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.»¹⁵

12 Neste número e nos seguintes, utilizo, com modificações, alguns passos do que escrevi no meu texto «A Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Desportivas», inserido na obra coletiva *Direito do Desporto* (coordenador José Manuel Meirim), Lisboa, Universidade Católica Editora, 2017, pp. 47 e ss. Friso, porém, que o que agora escrevo é distinto do que então escrevi, pois, embora os problemas abordados sejam em parte os mesmos, as perspetivas por que o são divergem: agora, a dos deveres, então a da responsabilidade.

13 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 referida no texto 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.

14 Por facilidade de escrita e para facilidade de leitura, atualizo a grafia de todos os textos legais (e demais trechos dos jornais oficiais) que cito.

15 A palavra «diretores» designava então os membros do órgão de administração das sociedades anónimas do «modelo germânico».

Antes do CSC vigorava o Dec.-Lei 49.381, de 15 de novembro de 1969¹⁶, cujo art. 17, n.º 1, estabelecia:

«Os administradores da sociedade são obrigados a empregar a diligência de um gestor criterioso e ordenado.»

Se mais se recuar – indo até à lei de 22 de junho de 1867, que permitiu a constituição de sociedades anónimas sem autorização estatal – encontrar-se-ão outros preceitos que permitiam sustentar a existência de deveres gerais dos administradores.

O citado n.º 1 do art. 17 do Dec.-Lei 49.381, de 15 de novembro de 1969, inspirou-se na lei alemã sobre sociedades por ações¹⁷, que estabelecia¹⁸ que os membros da direção¹⁹ têm, na gestão, de empregar o cuidado (ou diligência²⁰) de um gestor ordenado e consciencioso²¹.

A versão primitiva do art. 64 do CSC manteve tal inspiração, tendo acrescentado a referência de que a atuação dos administradores deve orientar-se pelo «interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores» – visando receber parte do que constava do n.º 2 do art. 10 a) da proposta de 5.ª diretiva em matéria de sociedades de 1983²², nunca apro-

16 O *Diário do Governo* sumariou o Dec.-Lei 49.381, de 15 de novembro de 1969 com as seguintes palavras: «Promulga o regime jurídico de fiscalização das sociedades anónimas». No entanto, o diploma também alterou o regime de responsabilidade dos administradores, dedicando à matéria preceitos inseridos na sua secção I, intitulada «responsabilidade dos administradores», do seu capítulo II, intitulado «responsabilidade civil».

17 A inspiração ficou espelhada no estudo preparatório do diploma em causa e no comentário ao mesmo da autoria de RAÚL VENTURA e LUÍS BRITO CORREIA (1970) – v., em especial, pp. 97 e 411.

18 No n.º 1 do § 93 da lei sobre sociedades por ações de 1965 (*Aktiengesetz*), que entretanto foi modificado, mas continua a começar pela proposição em causa – sendo de notar que já a lei sobre sociedades por ações de 1937 continha uma tal proposição e que a lei das sociedades por quotas (usando a terminologia portuguesa) de 1892 determinava (e determina) que os gerentes de empregar nos assuntos da sociedade o cuidado (ou diligência) de um homem de negócios ordenado («Die Geschäftsführer haben in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlich Geschäftsmannes anzuwenden»). Sobre a evolução do direito alemão na matéria em causa, na literatura portuguesa, v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (2006), pp. 448 e ss.

19 Usando a palavra que a versão primitiva do CSC usava para designar o órgão de administração das sociedades anónimas de «modelo germânico» (desde 2006 denominado «conselho de administração executivo»).

20 Sobre a tradução de *Sorgfalt* por diligência, v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (2006), p. 448.

21 «Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden».

22 Mais exatamente, na versão francesa: «Tous les membres des organes de direction et de surveillance exercent leurs fonctions dans l'intérêt de la société, compte tenu des intérêts des actionnaires et des travailleurs» (v. o *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* n.º C 240, de 9.9.83, p. 12).

vada²³. A definição de «interesse da sociedade» e a do modo de ter «em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores» nessa definição deu origem a divergências, opondo leituras «institucionalistas» a leituras «contratualistas»²⁴.

O texto atual somou ao que vinha de trás conceitos e terminologia originária dos EUA, cuja literatura refere quase uniformemente que os administradores estão vinculados a um *duty of care* – compreendendo vários subdeveres²⁵ – e a um *duty of loyalty* ou *of fair dealing*²⁶. No entanto, a meu ver, os aditamentos nada acrescentaram: o correspondente na linguagem jurídica portuguesa à expressão inglesa «*duty of care*» é «dever de diligência», o que significa haver redundância entre os deveres de cuidado e o dever de empregar a diligência de um gestor criterioso e ordenado²⁷; no padrão de gestor criterioso (consciencioso), obrigado a orientar-se pelos interesses da sociedade²⁸, não poderia deixar de se incluir o dever de lealdade²⁹.

De resto, o legislador deixou intocados outros dois preceitos em que recorria e recorre à expressão «diligência de um gestor criterioso e ordenado» para definir o padrão do comportamento exigível a gestores: o art. 114, n.º 1, do CSC (sobre fusão de sociedades) e o art. 26, n.º 1, alínea a) do Dec.-Lei 231/81, de 28 de julho (sobre associação em participação).

Em todo o caso, atualmente, o modo talvez mais consensual de enunciar os deveres gerais em causa é referi-los como «dever de cuidado» e como «dever de lealdade».

Mais algumas palavras são obrigatórias acerca de cada um deles.

23 Sobre as propostas de 5.ª Diretiva, v. RUI PINTO DUARTE (2008), pp. 195 e 196.

24 Sobre o «institucionalismo» e «contratualismo» no Direito das Sociedades, v. RUI PINTO DUARTE (2008), pp. 53 e ss. Sobre essas correntes e as divergências na definição de «interesse da sociedade» e no modo de ter «em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores» nessa definição, v. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS (2006), pp. 315 e ss.

25 Numa das formulações mais citadas, o *duty to monitor or oversee*, o *duty of inquiry*, o *duty to employ a reasonable decisionmaking process* e o *duty to make treasonable decisions* – v., por exemplo, MELVIN A. EISENBERG (1989), em especial p. 948.

26 V., como exemplo, ROBERT W. HAMILTON (2000), p. 444. Na literatura portuguesa que expõe a americana, v., por exemplo, PEDRO CAETANO NUNES (2001), pp. 19 e ss., e (2012), pp. 248 e ss., e BRUNO FERREIRA (2009), pp. 684 e ss.

27 Substancialmente neste sentido, v. JOSÉ FERREIRA GOMES (2015), p. 770. Em (2016), p. 462, o Autor escreve que os «deveres de cuidado» do art. 64 são «concretizações em tipos intermédios entre a proposição mais geral, i.e., a obrigação de diligente administração/fiscalização, e a norma de conduta no caso concreto» (itálico no original).

28 Como sublinhou J. M. COUTINHO DE ABREU (2007), pp. 18 e 19.

29 Em livro dedicado à comparação do direito das sociedades na Alemanha, no Reino Unido e nos Estados Unidos da América, ANDREAS CAHN e DAVID C. DONALD (2010), p. 332, escrevem: «Each of the jurisdictions requires that managers act in accordance with the standard of due care (“duty of care” or *Sorgpflicht*) and loyally (duty of loyalty” or *Treupflicht*)». Para uma síntese das formulações do (omnipresente) *due care principle* dos administradores em vários direitos, v. THEIS KLAUSBERG (2013), p. 58.

3.2. O dever de cuidado e a *business judgment rule*

Com relevo para a concretização do dever de cuidado (mas também para a concretização dos demais deveres), a reforma do CSC de 2006 introduziu no art. 72 um novo n.º 2, do seguinte teor:

«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».

Com tal preceito, terá o legislador procurado transpor para o direito português 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 a que os administradores estão obrigados³⁰.

A transposição em causa terá sido, de resto, complementar da consagração das ideias ínsitas na fórmula «deveres de cuidado» (e, menos acentuadamente, na fórmula «deveres de lealdade»), pois no direito dos EUA é a *business judgment rule* que serve de travão à fácil responsabilização dos administradores com fundamento na violação do *duty of care*.

Adiante, a propósito da concretização do dever de gestão, retomarei a análise do sentido da consagração portuguesa da *business judgment rule*.

30 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 (1985), pp. 167 e ss., e DAVID A. SKEEL JR. (2007), em especial pp. 27 e ss. Na formulação de ROBERT W. HAMILTON (2000), p. 453: «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». Numa das explicitações que fazem do alcance da regra, ROBERT A. G. MONKS e NELL MINOW (2011, p. 268) escrevem que «Unless a decision made by directors and managers is clearly self-dealing or negligent, the court will not challenge it, whether or not it was a “good” decision in light of subsequent developments».

3.3. O dever de lealdade

Antes disso, porém, há que dedicar mais alguma atenção ao dever de lealdade³¹.

Em primeiro lugar, manifesto a posição de que não há vantagem em procurar radicar o dever em causa num qualquer princípio, nomeadamente no princípio da confiança³². Lealdade (*fairness*) significa honestidade, probidade e correção, sendo algo de diverso de confiança, pois esta tem uma forte dimensão subjetiva, ligada à ideia de expectativa (clara na expressão «frustrar a confiança»)³³, ausente ou muito menos presente na ideia de lealdade. Os juízos sobre a honestidade, a probidade ou a correção de comportamentos (de gestão) podem ser feitos independentemente de averiguações sobre as expectativas de interessados, o que não acontece com os juízos sobre o respeito pela confiança.

Em segundo lugar, julgo que deve ser sublinhado que há deveres específicos que parecem ser manifestações de um dever de lealdade dos administradores para com a sociedade. Serão os casos, já referidos, de:

- Dever de não concorrência (arts. 254 e 398, n.ºs 3 a 5);
- Nas sociedades anónimas, dever de não efetuar negócios com a sociedade, salvo com observância de regras de controlo ou em casos de evidente ausência de conflito de interesses (art. 397);
- Nas sociedades anónimas, dever de prestar informação à sociedade sobre a titularidade de ações e de obrigações da sociedade e sobre negócios que tenham por objeto ações e obrigações da sociedade e de sociedades com as quais ela esteja em relação de domínio ou de grupo, devendo a informação abranger ações e obrigações de certas pessoas especialmente relacionadas com o administrador (art. 447);
- Nas sociedades anónimas, dever de não usar o conhecimento de factos relativos à sociedade aos quais não tenha sido dada publicidade e sejam suscetíveis de influenciar o valor dos títulos por ela emitidos para adquirir ou alienar ações ou obrigações da sociedade ou de outra que com ela esteja em relação de domínio ou de grupo (art. 449, n.º 1);

31 Sobre o dever de lealdade em geral, v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (2006 b), pp. 1033 e ss., e ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA (2012), *passim*, em especial pp. 241 e ss.

32 Como fez o Supremo Tribunal de Justiça em acórdãos de 30.9.2014 (www.dgsi.pt, processo 1195/08.0TYLSB.L1.S1) e 26.9.2017 (www.dgsi.pt, processo 178/11.8T2AVR.P1.S2).

33 Sobre a ideia de confiança e o modo de ela relevar juridicamente, v. MANUEL CARNEIRO DA FRADA (2004) – cujo pensamento me parece demonstrar o que escrevo sobre a dimensão subjetiva do conceito, ligada à ideia de expectativa (v., em especial as páginas iniciais, as finais e 369 e ss.).

- Nas sociedades anónimas, dever de guardar segredo sobre factos relativos à sociedade aos quais não tenha sido dada publicidade e sejam suscetíveis de influenciar o valor dos títulos emitidos por ela ou por outra que com ela esteja em relação de domínio ou de grupo (art. 449, n.º 2).

Passando ao teor da parte relevante do n.º 1 do art. 64, parece de enfatizar que:

- O dever de lealdade é definido primacialmente pelo interesse da sociedade;
- No entanto, nessa definição têm de ser atendidos os interesses de longo prazo dos sócios e ponderados os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.

A meu ver, as referências aos interesses de longo prazo dos sócios e aos interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade não são «disposições legais destinadas a proteger interesses alheios» para efeitos do n.º 1 do art. 483 do Código Civil (adiante «CC»), isto é, disposições cuja violação origine responsabilidade civil. São, antes, meros elementos a ter em conta na definição do interesse da sociedade, devendo a consideração que prestam aos interesses em causa ser tida como proteção meramente reflexa e, portanto, não relevante para efeitos do n.º 1 do art. 483 do CC³⁴.

O mesmo é afirmar, noutra perspetiva, que tais referências não são, só por si, fontes de deveres para os administradores para com os sócios e os «outros sujeitos relevantes» – o que, porém, não significa que os administradores não tenham deveres para com os sócios e os «outros sujeitos relevantes» provenientes de outras normas ou que não existam normas que se destinem a proteger diretamente tais círculos de *stakeholders*. Que tais deveres e tais normas existem resulta do n.º 1 do art. 78 e do n.º 1 do art. 79, que preveem a responsabilidade dos administradores, respetivamente, para com os credores sociais e para com os sócios e (outros) terceiros.

Em conclusão: o n.º 1 do art. 64 só impõe aos administradores um dever de lealdade para com a sociedade, não também para com os sócios e os «outros

34 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 (1996), p. 559, inspirada em Josef Esser, é necessário «Que o dano se tenha registado no círculo de interesses privados que a lei visa tutelar». Na formulação de RIBEIRO DE FARIA (1990), p. 419, também influenciada pela literatura alemã, no caso de «interesses “reflexamente” protegidos», «não há qualquer direito a indemnização por parte dos particulares “*uti singuli*”». 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 (2009), pp. 246 e ss. Sobre a origem do segmento do n.º 1 do art. 483 do CC que considera como fonte de responsabilidade a violação de «qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios», v. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, (2010), pp. 448 e ss.

sujeitos relevantes», embora os interesses de tais *stakeholders* tenham de ser tidos em conta na definição do interesse da sociedade.

Esclarecida a questão (de saber a quem é devida lealdade), há que dizer que a doutrina portuguesa quase limita os casos de projeção do dever de lealdade (além dos deveres específicos que acima apontados como manifestações do mesmo) ao dever de aproveitar as oportunidades de negócio em benefício da sociedade (e não em benefício próprio). No entanto, é claro que a natureza aberta do dever em causa possibilita a sua aplicação a outras situações³⁵.

4. O dever de gestão e a responsabilidade por «má gestão»

Como ficou atrás referido, os administradores têm o dever de gerir³⁶ – entenda-se, o dever de promover as atividades da sociedade, não se limitando ao cumprimento de outros deveres ou ao exercício de direitos.

A matéria é normalmente vista pelo prisma da patologia, ou seja, o das consequências da «má gestão», isto é, o prisma da responsabilidade.

No entanto, há que começar por caracterizar o dever em causa, pois os pressupostos da responsabilidade dependem dos tipos de deveres.

A primeira nota de tal caracterização é a de que a gestão implica discricionariedade – se se quiser discricionariedade empresarial, para traduzir à letra a expressão alemã *unternehmerisches Ermessen*³⁷, que equivale à *business judgment rule*.

É claro que o exercício dessa discricionariedade é pautado pelos deveres gerais consagrados no art. 64. Repisando o que atrás consta, ao cumprir o dever de gestão, os administradores têm, em consequência, de observar:

- Um dever geral de cuidado – o que passa por ter disponibilidade, competência técnica e conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções e por empregar o grau de diligência de um «gestor criterioso e ordenado»; e
- Um dever geral de lealdade – a concretizar em função, em primeiro lugar, do interesse da sociedade, mas em cuja definição também há que atender aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderar os interesses

35 Sobre os casos de projeção do dever de lealdade dos administradores no direito português, v., entre outros, J. M. COUTINHO DE ABREU (2007), pp. 22 e ss., NUNO TIAGO TRIGO DOS REIS, (2009), pp. 369 e ss., SÓNIA DAS NEVES SERAFIM (2011), pp. 575 e ss., PEDRO CAETANO NUNES (2012), pp. 181 e ss., MARISA LARGUINHO (2013), pp. 187 e ss., MAFALDA DOS SANTOS MONDIM (2013), pp. 69 e ss., A. BARRETO MENEZES CORDEIRO (2014), pp. 281 e ss., HUGO LUZ DOS SANTOS (2015), pp. 146 e ss. e (2016), pp. 906 e 907.

36 Sobre o dever de gestão dos administradores, v. BRUNO FERREIRA (2009), pp. 707 e ss., PEDRO CAETANO NUNES (2012), em especial pp. 469 e ss., e DIOGO COSTA GONÇALVES (2015), pp. 855 e ss.

37 Sobre o conceito, julgo ávultar ANDREA LOHSE (2005).

dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.

No entanto, a meu ver, o ponto determinante da caracterização do dever de gestão é a sua qualificação como «obrigação de meios», no sentido em que este conceito se opõe ao de «obrigação de resultado», conceitos esses que se podem resumir nas seguintes palavras de um Autor que muito pensou sobre a matéria: «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»³⁸.

O critério e o alcance da distinção são polémicos³⁹, 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 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

38 JORGE LEITE AREIAS RIBEIRO DE FARIA (2009), p. 202.

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

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*...»⁴⁰ – 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.

Contra o que acabo de escrever, argumentar-se-á com a parte final do n.º 1 do art. 72 do CSC, que estabelece:

«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».

Creio, no entanto, que não é possível aplicar tal regra (a que atribui aos administradores o ónus de provarem que agiram sem culpa) a casos de responsabilidade fundada em má gestão, porque a própria «causação de danos» – a provar por quem alega ser lesado – envolve necessariamente um juízo sobre a diligência do administrador. Aquele que imputar esse comportamento a um administrador está forçado, pela natureza da imputação, a alegar e a provar factos que permitam afirmar a culpa do administrador.

Noutras poucas palavras (na minha opinião, que sei controversa), 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.

No juízo sobre a gestão, tem é claro papel relevante o atrás referido n.º 2 do art. 72 do CSC, 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.»

A volumosa discussão doutrinária que tal preceito originou demonstra, por um lado, que o mesmo ocupa lugar central na matéria da responsabilidade dos administradores e, por outro, que o modo por que o legislador o inseriu no CSC não foi feliz.

40 (1995), pp. 5 e ss., em especial pp. 17 e ss., constando as palavras transcritas da p. 20.

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 judgement 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 judgement 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 72º 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 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.»⁴¹

Passando ao anunciado resumo da discussão a que o n.º 2 do art. 72 tem dado ocasião, recordarei que, entre muitas opiniões⁴², há quem entenda que ele consagra uma regra de exclusão de ilicitude⁴³, quem entenda que ele consagra uma presunção de ilicitude⁴⁴, quem entenda que ele consagra uma regra de

41 *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).

42 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 (2006 a), pp. 443 e ss., GABRIELA FIGUEIREDO DIAS (2006), pp. 74 e ss., e (2007), pp. 310 e ss., MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, (2007), pp. 61 e ss., RICARDO COSTA (2007), pp. 49 e ss., PEDRO PAIS DE VASCONCELOS (2009), pp. 41 e ss., ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA (2011), pp. 359 e ss., SÓNIA DAS NEVES SERAFIM (2011), pp. 546 e ss., PEDRO CAETANO NUNES (2012), pp. 515 e ss., GABRIEL FREIRE SILVA RAMOS (2013), pp. 837 e ss., NUNO CALAIM LOURENÇO (2011), MANUEL FRAGOSO MENDES (2014), pp. 809 e ss., JOSÉ FERREIRA GOMES (2015), pp. 883 e ss., e DIOGO COSTA GONÇALVES (2015), pp. 859 e ss.

43 Por exemplo, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS (2006), pp. 74 e ss., e (2007), p. 312, nota 66, SÓNIA DAS NEVES SERAFIM (2011), pp. 565 e 574, MANUEL FRAGOSO MENDES (2014), p. 829, e ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA (2017), pp. 266 e ss.

44 PEDRO PAIS DE VASCONCELOS (2009), pp. 54 e ss.

exclusão de culpa⁴⁵, quem entenda que ele atua «ao mesmo tempo sobre a ilicitude do facto e a culpa do agente»⁴⁶, quem entenda que ele consagra uma regra de limitação de responsabilidade⁴⁷ e quem entenda que ele é «uma fonte normativa que concorre para a determinação» da obrigação de gestão⁴⁸.

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 das decisões de gestão dos administradores, ao passo que na lei portuguesa há uma proposição (o segmento do n.º 2 art. 72 que determina que a responsabilidade é excluída se o administrador provar que atuou segundo critérios de racionalidade empresarial) que põe a cargo dos administradores demonstrar essa correção⁴⁹.

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 a 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

45 Por exemplo, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (2006 a), pp. 451 e 452.

46 V. RICARDO COSTA (2007), p. 77.

47 PEDRO CAETANO NUNES, (2012) pp. 515 e ss.

48 DIOGO COSTA GONÇALVES, (2015), pp. 862 e 863.

49 MANUEL CARNEIRO DA FRADA (2007), p. 85, 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 (1), da *Aktiengesetz* parece conduzir a resultados semelhantes.

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. 72⁵⁰.

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. Donald⁵¹:

«In an ordinary negligence action under a standard of this type⁵² 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)⁵³, courts presume that disinterested directors making business decisions in good faith met their duty of care absent egregious mismanagement».

Preciso 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

50 Subscrevo assim, embora com fundamentação algo diferente, o essencial das posições de ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, (2011), pp. 368 e ss., JOSÉ FERREIRA GOMES (2015), pp. 913 e ss., e DIOGO COSTA GONÇALVES (2015), pp. 862 e 863.

51 (2010), p. 370.

52 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».

53 Em passo posterior, 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 (p. 372).

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.

Muito menos concordo, é claro, com as vozes – nacionais e estrangeiras – que clamam contra uma alegada brandura das regras sobre responsabilidade dos administradores resultante da indeterminação do dever de gestão e propõem a instituição de novos deveres⁵⁴. Se, nomeadamente em Portugal, alguma falta de responsabilização tem havido, isso não se deve às normas, mas sim a fatores de outras naturezas, que não cabe tratar neste texto.

5. Os deveres e a responsabilidade dos administradores não executivos

No tocante às sociedades anónimas (salvo as do modelo germânico⁵⁵), o CSC admite que os estatutos autorizem o conselho de administração a delegar num ou mais administradores ou numa comissão executiva a gestão corrente da sociedade⁵⁶ (art. 407, n.ºs 3 a 8) – originando assim uma divisão entre administradores («executivos» e «não executivos»), sem prejuízo de a delegação em causa não privar o conselho de administração da competência para «tomar resoluções» sobre as matérias objeto de delegação (palavras iniciais do n.º 8 do art. 407).

Por força de não intervirem na gestão corrente, os administradores não executivos das sociedades anónimas têm, parcialmente, deveres diferentes dos administradores executivos. Isso resulta claramente 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».

54 Na literatura jurídica, sirva de exemplo dessas vozes SORAYA MESSAI-BAHRI (2009), em especial, pp. 31, 32 e 443 e ss.

55 V., por exemplo, ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS (2007), pp. 247 e 248.

56 Sobre a noção de gestão corrente, v. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS (2013), pp. 431 e ss.

Tal preceito torna claro que a responsabilidade dos administradores não executivos das sociedades anónimas se funda na violação do dever de vigilância – que é, portanto, o principal dever desses administradores⁵⁷.

No entanto, alguns dos deveres concretos dos administradores que deixei referidos aplicam-se aos não executivos – sendo exemplos óbvios o de participar nas reuniões do órgão de administração e na elaboração dos relatórios e contas anuais.

A terminar, por tal ter relevância para a definição em concreto dos deveres dos administradores, sublinho que – apesar de isso não ser frequentemente notado – a distinção entre «executivos» e «não executivos» (além de não apreender o caso dos administradores membros da comissão de auditoria, no modelo anglo-americano⁵⁸) é suscetível de graus, pois a delegação de poderes, mesmo abrangendo toda a «gestão corrente», pode levar a situações híbridas: os administradores a quem não caiba a gestão corrente podem ser incumbidos de tratar de matérias que originem deveres que não sejam de mera vigilância.

Março de 2018

Bibliografia

- ABREU, J. M. Coutinho de – «Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social» in *Reformas do Código das Sociedades* (obra coletiva), Almedina/IDET (n.º 3 da coleção Colóquios), 2007, pp. 15-47.
- ALMEIDA, António Pereira de – «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. 359-372.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de – «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. 5-21.
- BARBOSA, Nuno – «Delegação Orgânica: as Relações entre Administradores “Executivos” e “Não Executivos”», in *E Depois do Código das Sociedades em Comentário* (obra coletiva), Almedina/IDET (n.º 6 da coleção Colóquios), 2016, pp. 255-264.

57 Para desenvolvimentos, v. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS (2011), pp. 77 e ss., JOÃO CALVÃO DA SILVA (2007), pp. 103 e ss., MARIA ISABEL LOPES HEITOR (2013), pp. 949 e ss., JOSÉ FERREIRA GOMES, (2015), pp. 176 e ss., e NUNO BARBOSA (2016), pp. 262 e ss.

58 Sobre os deveres e a responsabilidade dos membros da comissão de auditoria, v., por exemplo, ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS (2011), p. 109, JOÃO CALVÃO DA SILVA, (2007), pp. 121 e ss., e JOSÉ FERREIRA GOMES, (2015), em especial pp. 673 e ss.

- CORDEIRO, A. Barreto Menezes – «Doutrina das Oportunidades Societárias Objetivas, Bons Costumes e Dever de Lealdade» (anotação ao acórdão do STJ de 6 de março de 2014), in *Revista de Direito das Sociedades*, ano VI (2014), n.º 1, pp. 296-301.
- CORDEIRO, António Menezes (2006 a) – «Os Deveres Fundamentais dos Administradores das Sociedades (Artigo 64.º/1 do CSC)», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66, II, setembro 2006, pp. 443-488 [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), Almedina, 2007].
- , (2006 b) – «A Lealdade no Direito das Sociedades», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66, III, Lisboa, dezembro 2006, pp. 1033-1065.
- , *Tratado de Direito Civil Português II Direito das Obrigações tomo III*, Almedina, 2010.
- COSTA, Ricardo – «Responsabilidade dos Administradores e *Business Judgment Rule*», in *Reformas do Código das Sociedades* (obra coletiva), Almedina/IDET (n.º 3 da coleção Colóquios), 2007, pp. 49-86.
- COSTA, Ricardo, e DIAS, Gabriela Figueiredo – Anotação ao art. 64 do *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, (coord. Jorge M. Coutinho de Abreu), vol. I, 2.ª ed., 2017, pp. 757-808.
- DIAS, Gabriela Figueiredo – *Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil (Após a Reforma do Código das Sociedades Comerciais)*, Coimbra Editora, 2006.
- , «A Fiscalização Societária Redesenhada; Independência, Exclusão de Responsabilidade e Caução Obrigatória dos Fiscalizadores», in *Reformas do Código das Sociedades* (obra coletiva), Almedina/IDET (n.º 3 da coleção Colóquios), 2007, pp. 277-334.
- DUARTE, Rui Pinto – *Escritos sobre Direito das Sociedades*, Coimbra Editora, 2008.
- EISENBERG, Melvin A. – «The Duty of Care of Corporate Directors and Officers», in *University of Pittsburgh Law Review*, vol. 51, 1989, pp. 945-972 (in <http://scholarship.law.berkeley.edu/facpubs>, consultado em 18 de maio de 2017).
- FARIA, Jorge Leite Areias Ribeiro de – «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, pp. 201-295 [publicado primitivamente na *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, vol. I].
- FARIA, Ribeiro de – *Direito das Obrigações*, vol. I, Almedina, 1990.
- FERREIRA, Bruno – «Os Deveres de Cuidado dos Administradores e Gerentes (Análise dos Deveres de Cuidado em Portugal e nos Estados Unidos da

- América fora das Situações de Disputa sobre o Controlo Societário)» in *Revista de Direito das Sociedades*, ano I (2009), n.º 3, pp. 681-737.
- FRADA, Manuel Carneiro da – «O Dever de Legalidade: um Novo (e não Escrito) Dever Fundamental dos Administradores?», in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 4, vol. 8, outubro 2012, pp. 65-74.
- FRADA, Manuel Carneiro da – «Dever de Legalidade dos Administradores e Responsabilidade Civil Societária», in *IV Congresso Direito das Sociedades em Revista* (coord. Pedro Pais de Vasconcelos, J. M. Coutinho de Abreu e Rui Pinto Duarte), Almedina, 2016, pp. 17-27 [publicado também in *Congresso Comemorativo dos 30 Anos do Código das Sociedades Comerciais* (obra coletiva coord. Paulo de Tarso Domingues), Almedina, 2017].
- FRADA, Manuel A. Carneiro da – «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* (coord. António Menezes Cordeiro e Paulo Câmara), Almedina, 2007, pp. 61-102 [publicado também in *Jornadas Sociedades Abertas, Valores Mobiliários e Intermediação Financeira* (obra coletiva), Almedina, 2007, in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 67, I, janeiro 2007, 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].
- GOMES, José Ferreira – *Da Administração à Fiscalização das Sociedades A Obrigação de Vigilância dos Órgãos da Sociedade Anónima*, Almedina, 2015.
- GONÇALVES, Diogo Costa – *Pessoa Coletiva e Sociedades Comerciais*, Almedina, 2015.
- HAMILTON, Robert W. *The Law of Corporations in a Nutshell*, 5.ª ed., West Group, 2000.
- HEITOR, Maria Isabel Lopes – «A Responsabilidade Civil, em Relação à Sociedade, dos Administradores Executivos e não Executivos nas Sociedades Anónimas de Modelo Monista», in *Revista de Direito das Sociedades*, ano V, (2013), n.º 4, pp. 939-955.
- HILL, Claire A., e McDONNELL, Brett H. – «Fiduciary Duties: The Emerging Jurisprudence», in Hill, Claire A. e Brett H. McDonnell (edited by), *Research Handbook on the Economics of Corporate Law*, Edward Elgar, 2012, pp. 133-151.
- KLAUSBERG, Theis – «General Case on Directors' Duties», in Mathias Siems e David Cabrelli (edited by), *Comparative Company Law A Case-Based Approach*, Hart Publishing, 2013, pp. 27-60.

- LARGUINHO, Marisa – «O Dever de Lealdade: Concretizações e Situações de Conflito Resultantes da Cumulação de Funções de Administração», in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 5, vol. 9, março 2013, pp. 187-213.
- LEITÃO, Adelaide Menezes – *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, Almedina, 2009.
- LOHSE, Andrea – *Unternehmerisches Ermessen: zu den Aufgaben und Pflichten von Vorstand und Aufsichtsrat*, Mohr Siebeck, 2005.
- LOURENÇO, Nuno Calaim – *Os Deveres de Administração e a Business Judgment Rule*, Almedina, 2011.
- MARTINS, Alexandre de Soveral – *Administradores Delegados e Comissões Executivas Algumas Considerações*, 2.^a ed., Coimbra, IDET/Almedina (n.º 7 da coleção Cadernos), 2011 [1.^a ed. sob o título *Os Administradores Delegados das Sociedades Anónimas Algumas Considerações*, Coimbra, Fora do Texto, 1998].
- , Anotação ao art. 407 do *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, (coord. Jorge M. Coutinho de Abreu), vol. VI, Almedina, 2013, pp. 421-440.
- , «Comissão Executiva, Comissão de Auditoria e Outras Comissões na Administração», in *Reformas do Código das Sociedades* (obra coletiva), Almedina/IDET (n.º 3 da coleção Colóquios), 2007, pp. 243-275.
- MENDES, Manuel Fragoso – «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. 809-832.
- MESSAI-BAHRI, Soraya – *La Responsabilité Civile des Dirigeants Sociaux*, IRJS Editions, 2009.
- MONDIM, Mafalda dos Santos – «O Dever de Lealdade dos Administradores e o Desvio de Oportunidades de Negócio Societárias», in *Questões de Tutela de Credores e de Sócios das Sociedades Comerciais* (coord. Maria de Fátima Ribeiro), Almedina, 2013, pp. 69-107.
- MONKS, Robert A. G., e MINOW, Nell – *Corporate Governance*, 5.^a ed., John Wiley & Sons, 2011.
- NUNES, Pedro Caetano – *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Almedina, 2012.
- , «Jurisprudência sobre o Dever de Lealdade dos Administradores», in *II Congresso Direito das Sociedades em Revista* (coord. Pedro Pais de Vasconcelos, J. M. Coutinho de Abreu e Rui Pinto Duarte), Almedina, 2012, pp. 181-224.
- , *Responsabilidade Civil dos Administradores perante os Accionistas*, Almedina, 2001.

- OLIVEIRA, Ana Perestrelo de – *Manual de Governo das Sociedades*, Almedina, 2017.
- PETTET, Ben – *United Kingdom in International Encyclopaedia of Laws – Corporations and Partnerships*, Kluwer Law International, 1996 (data da secção em causa).
- PIC, Paul, e KRÉHER, Jean – *Des Sociétés Commerciales*, 3.^a ed., tomo II, Paris, Rousseau & Cie, 1948.
- RAMOS, Gabriel Freire Silva – «A Business Judgement 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. 837-858.
- REIS, Nuno Tiago Trigo dos – «Os Deveres de Lealdade dos Administradores de Sociedades Comerciais», in *Temas de Direito Comercial, Cadernos O Direito*, n.º 4, Almedina, 2009, pp. 279-419.
- RIBEIRO, Ricardo Lucas – *Obrigações de Meios e Obrigações de Resultado*, Coimbra Editora, 2010.
- ROTH, Günther H., e KINDLER, Peter – *The Spirit of Corporate Law Core Principles of Corporate Law in Continental Europe*, C. H. Beck, Hart, Nomos, 2013.
- SANTOS, Hugo Luz dos – «O Dever de Lealdade dos Administradores das Sociedades Comerciais na Região Administrativa Especial de Macau e em Portugal (Algumas Notas Mais ou Menos Desenvolvidas)», in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 7, vol. 14, outubro 2015, pp. 133-160.
- , «A Perda da Qualidade de Sociedade Aberta (*Delisting* de Participações Sociais): a Tutela dos Sócios Minoritários, o Direito de Propriedade, e o Dever de Lealdade dos Administradores das Sociedades Comerciais (com uma Breve Paragem em Macau e em Hong Kong)», in *Revista de Direito das Sociedades*, ano VIII (2016), n.º 4, pp. 893-929.
- SCHAEFFER, Michele M. – «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, janeiro 1985, pp. 167-173 (in http://openscholarship.wustl.edu/law_lawreview/63/iss1/9, consultado em 18 de maio de 2017).
- SERAFIM, Sónia das Neves – «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. 495-596.
- SILVA, João Calvão da – «Responsabilidade Civil dos Administradores não Executivos, da Comissão de Auditoria e do Conselho Geral e de Supervisão», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 67, I, janeiro 2007, pp. 103-158 [publicado também in *O Direito*, ano 139, III, 2007, pp. 555 e ss., e in *A Re-*

- forma do Código das Sociedades Comerciais Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raul Ventura* (coord. António Menezes Cordeiro e Paulo Câmara), Almedina, 2007].
- SKEEL JR., David A. – «The Accidental Elegance of *Aronson v. Lewis*» (2007). *Faculty Scholarship*. Paper 182, pp. 1-34 (in http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/182, consultado em 26 de dezembro de 2017).
- VARELA, João de Matos Antunes – *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 9.^a ed., Almedina, 1996.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de – «*Business Judgment Rule*, Deveres de Cuidado e de Lealdade e Culpa e o Artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais», in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 1, vol. 2, outubro 2009, pp. 41-79.
- , *A Participação Social nas Sociedades Comerciais*, 2.^a ed., Almedina, 2006.
- VENTURA, Raúl, e CORREIA, Luís Brito – *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Anónimas e dos Gerentes de Sociedades por Quotas*, Lisboa, 1970 (separata do *Boletim do Ministério da Justiça*, n.ºs 192 a 195).