

ISCTE  **IUL**
Instituto Universitário de Lisboa

Escola de Ciências Sociais e Humanas

Departamento de Economia Política

A Responsabilidade dos Administradores e os Deveres de Cuidado
na Atividade de Distribuição da Energia Elétrica
e do Gás Natural

Sofia Beatriz da Ressurreição Morgado

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de

Mestre em Direito das Empresas

Orientador:

Professor Doutor António Pereira de Almeida
ISCTE – Instituto Universitário de Lisboa

setembro, 2015

*Ao meu Pai, pelo amor e pela amizade e
à memória da minha Avó.*

ABREVIATURAS

AT – Alta Tensão

BJR – *Business Judgement Rule*

BT – Baixa Tensão

BTN – Baixa Tensão Normal

C.C. – Código Civil

CMVM – Câmara dos Mercados e Valores Mobiliários

C.S.C. – Código das Sociedades Comerciais

DGEG – Direção-Geral de Energia e Geologia

EDP – Eletricidade de Portugal (Grupo Empresarial)

ERSE – Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos

FER – Fontes de Energia Renovável

GNL – Gás Natural Liquefeito

MAT – Muito Alta Tensão

MT – Média Tensão

MBCA – *Model Business Corporations Act*

MIBEL – Mercado Ibérico da Eletricidade

MIBGÁS – Mercado Ibérico do Gás Natural

PCG – *Principles of Corporate Governance*

REN – Rede Elétrica Nacional

REORTE – Rede Europeia de Operadores de Rede de Transporte de Eletricidade

RND – Rede Nacional de Distribuição

RNDGN – Rede Nacional de Distribuição de Gás Natural

RNT – Rede Nacional de Transporte

RNTGN – Rede Nacional de Transporte de Gás Natural

SEN – Sistema Elétrico Nacional

SNGN – Sistema Nacional de Gás Natural

RESUMO

Palavras-chave: Administradores; Deveres de Cuidado; BJR; Direito da Energia
(*JEL Classification System: K: Law and Economics; K2: Regulation and Business Law*).

A Reforma do Direito das Sociedades de 2006 alterou, significativamente, o regime da responsabilidade dos administradores. Das novidades introduzidas pelo Decreto-Lei 76.^o-A/2006, de 15 de março, destacamos a nova redação do artigo 64.^o C.S.C., assim como a introdução da BJR no ordenamento jurídico interno. A operatividade e a sistematização destes preceitos no atual quadro legal, constituem um contínuo desafio para os intérpretes aplicadores do direito, que se deparam com disposições inspiradas além-mar, culturalmente distintas. Aplicadas ao setor da atividade de distribuição da energia elétrica e do gás natural, constatamos que a riqueza do regime geral se coordena e sustenta as especificidades do regime da responsabilidade dos administradores desse setor perante a Sociedade, mas também perante terceiros e a Entidade Reguladora.

Abstract

Key words: Administrators; Duties of Care; BJR; Energy Law

The 2006 Portuguese Company Law reform changed significantly, the administrators responsibility regime. Of the novelties introduced by the Decree-Law 76-A/2006 of March 15, we highlight the new wording of the article 64 of the Commercial Companies Code, as well the introduction of the BJR in the internal juridical planning. The operability and systematization of these precepts in the actual legal frame, builds a permanent challenge to the interpreters law appliers, who confront themselves with oversees dispositions, culturally apart. Applied to the electric energy and natural gas distribution activity sector, we find that the general regime wealth, coordinates and bears the specificities of that sector administrators responsibility regime towards the Company, but also towards third parts and the Regulatory Authority.

ÍNDICE

I.	INTRODUÇÃO	1
II.	OS DEVERES FUNDAMENTAIS DOS ADMINISTRADORES.....	7
	1. Direito vigente	7
	2. A experiência norte-americana	7
	3. A experiência portuguesa: o gestor criterioso e ordenado e a referência aos interesses	10
	4. O Decreto-lei nº 76-A/2006 de 15 de março.....	11
III.	OS DEVERES DE CUIDADO	15
	1. Deveres de cuidado: associados à gestão corrente da sociedade	16
	1.1. O Dever de vigilância.....	16
	1.2. O Dever de investigação	17
	2. Deveres de cuidado: associados ao processo decisório.....	17
	2.1. O Dever de preparar adequadamente as decisões.....	17
	2.2. O Dever de tomar decisões racionais.....	17
	2.3. O Dever de tomar decisões razoáveis.....	18
IV.	A BUSINESS JUDGEMENT RULE (BJR)	19
V.	BJR: PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO	23
VI.	BJR: NATUREZA JURÍDICA.....	25
VII.	RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES PARA COM TERCEIROS	27
VIII.	DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA E DO GÁS NATURAL.....	31
	1. O setor elétrico.....	32
	1.1. Evolução histórica.....	32
	1.2. O Sistema Elétrico Nacional	35
	1.2.1. A Produção.....	35
	1.2.2. O Transporte e a Distribuição	35
	1.2.3. O Transporte	36
	1.2.4. A Distribuição	37
	1.2.5. A Comercialização	38
	2. O Setor do Gás Natural	38
	2.1. Evolução Histórica	39
	2.2. O Sistema Nacional de Gás Natural.....	42
	2.2.1. A Produção.....	42
	2.2.2. O Transporte	43
	2.2.3. A Distribuição	44
	2.2.4. A Comercialização	45
IX.	A REGULAÇÃO: A ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS ENERGÉTICOS (ERSE).....	45
X.	OS DEVERES DE CUIDADO DOS ADMINISTRADORES DO SETOR DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA E DO GÁS NATURAL.....	49
XI.	A RESPONSABILIDADE PELO RISCO	51
XII.	A RESPONSABILIDADE PELO RISCO: O ARTIGO 509 CC.....	51
XIII.	DA RESPONSABILIDADE PELO RISCO NO APURAMENTO DA RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES	53
XIV.	O REGIME SANCIONATÓRIO DA ERSE	55
	1. Contraordenações e Sanções da ERSE	57
	1.1. No âmbito do SEN	57
	1.2. No âmbito do SNGN	57
XV.	MANUAIS DE PROCEDIMENTOS.....	59
	1. Manual de Procedimentos da Qualidade de Serviço do Setor Elétrico (2013)	59
XVI.	DIREITO COMPARADO	61
	1. Chile.....	62
	2. Bulgária.....	63
	3. Reino Unido	63
	4. Estados Unidos.....	64
XVII.	CONCLUSÃO	65
XVIII.	BIBLIOGRAFIA	69

I. INTRODUÇÃO

Como tema para a dissertação do mestrado de Direito das Empresas, na especialização em Direito das Sociedades Comerciais, escolhemos a responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade e a responsabilidade dos administradores no âmbito dos setores especiais da distribuição da energia elétrica e do gás natural.

Iremos delimitar a nossa exposição aos deveres de cuidado, de forma que os deveres de lealdade serão referidos para distinguir aqueles de outras figuras, seja dos próprios deveres de lealdade, seja da figura da diligência do gestor criterioso e ordenado.

Consequentemente iremos abordar a BJR, corrente jurisprudencial dos tribunais do Estado norte-americano de Delaware, que foi introduzida no nosso ordenamento jurídico com a Reforma de 2006 do Direito Societário, através do Decreto-Lei n.º 76-A/2006 de 29 de março. A forma como a BJR foi consagrada no CSC não foi pacificamente aceite pela doutrina, subsistindo profundas divergências doutrinárias relativamente à natureza daquela regra no direito português. Enunciaremos as várias posições doutrinárias existentes e os seus argumentos, sendo que também nós assumiremos posição na querela.

Após esta exposição, uma vez munidos dos conhecimentos de âmbito geral, analisaremos o regime da responsabilidade dos administradores nos setores específicos da distribuição da energia elétrica e do gás natural.

A fim de procedermos ao enquadramento legal, iremos apresentar a organização do SEN e do SNGN, através da exposição da sua evolução histórico-legislativa e assim como dos seus intervenientes.

À semelhança do que fizemos na primeira parte, iremos concretizar neste setor os deveres de cuidado a observar pelos administradores, tal como as condutas que podem consubstanciar violação desses deveres.

A violação dos deveres de cuidado, desde que verificados cumulativamente os restantes pressupostos da responsabilidade civil (dano e nexo de causalidade), poderá responsabilizar os administradores pelos danos sofridos pela sociedade, por terceiros e ainda, no caso específico do setor da distribuição da energia elétrica e do gás natural, perante a Entidade Reguladora. Assim, iremos abordar o regime da responsabilidade dos administradores para com terceiros, nos termos do artigo 79.º C.S.C. e a sua eventual aplicação no âmbito da responsabilidade contraordenacional dos administradores para com a Entidade Reguladora.

Neste âmbito, faremos especial menção ao regime previsto no artigo 509.º CC. É certo que o preceito consagra uma responsabilidade objetiva, pelo risco, pelos danos causados pela *utilização efetiva* de instalação destinada à condução de energia elétrica e de gás natural, o que leva a imputação a ser objetiva. Sendo impossível criar um juízo de valor sobre a culpa na criação dos danos, não restará espaço nestes casos para a responsabilidade subjetiva dos administradores.

Contudo, a atividade de distribuição de energia elétrica e de gás natural consubstancia uma

atividade de risco. Por este motivo, o seu exercício (dentro dos limites da razoabilidade e da bitola do esforço exigível) exige a observância de um dever de cuidado mais intenso do que o expectável em outras áreas de atividade, nomeadamente, na adoção de procedimentos aptos a evitar danos ou resultados prejudiciais, os quais, ainda que provocados por causas de força maior ou casos fortuitos, poderiam em alguns casos ter sido mais ou menos previsíveis, ou influenciados pela conduta mais ou menos diligente dos administradores.

De facto, aos administradores incumbe acautelar e prevenir essas situações. A análise da responsabilidade objetiva consagrada no artigo 509.º C.C. merece especial menção pelo facto de ser um preceito recorrente e de extrema importância prática no quotidiano jurídico das empresas que exercem esta atividade de distribuição.¹

A reforçar este entendimento, temos a lei a impor aos operadores da rede de distribuição obrigações de serviço público², conforme o disposto nos artigos 5.º da Lei n.º 29/2006 de 15 de fevereiro e da Lei 30/2006 de 15 de fevereiro, que aprovou a lei de bases do SEN e a lei de bases do SNGN, respetivamente, o que demonstra que existem interesses difusos associados ao cabal funcionamento das referidas atividades e à segurança das suas instalações.

Também o disposto no artigo 6.º do mesmo diploma, que consagra a proteção dos consumidores, e cujos direitos estão constitucionalmente consagrados no artigo 60.º CRP, sustenta este entendimento.

Por fim, analisaremos os estatutos da ERSE e seu regime sancionatório.

Só após a análise do enquadramento legal é que estaremos em condições de concluir a nossa exposição e sugerir uma posição sobre como se concretizam os deveres de cuidado na responsabilidade dos administradores no setor específico da atividade de distribuição de energia elétrica e do gás natural.

A análise dos Estatutos da ERSE e do regime sancionatório será um momento muito importante na presente dissertação. Ora, o setor da distribuição da energia elétrica e do gás natural é fortemente vinculado pela regulação, o que por sua vez, se reflete no regime da responsabilidade dos seus administradores.

Sendo uma atividade de risco, a distribuição de energia elétrica e de gás natural implica especiais deveres de cuidado pela natureza do bem transacionável, mas também deveres de cuidado específicos a fim de cumprir os imperativos da Regulação, que têm a sua génese na necessidade de harmonização das legislações europeias e na implementação de um mercado interno de energia.

Tal tarefa, implicará da nossa parte um esforço interpretativo na concretização dos deveres de cuidado em função dos bens e dos interesses que as normas aplicáveis visam proteger, sendo certo

¹ Veja-se a título de exemplo o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 12-06-2012 (processo 651/09.8TBMLD.C1; relator Moreira do Carmo).

² O que encontra a sua justificação por um lado, na natureza pública do serviço antes do processo de privatização das empresas do setor, assim como pela natureza essencial do serviço prestado. De fato, a alínea b) do artigo 1.º do Decreto-Lei 23/96 – diploma que consagra a Lei dos serviços públicos essenciais – estipula que o serviço de fornecimento de energia elétrica é um *serviço público essencial*, regendo-se pelas normas aí expressamente previstas, de proteção do utente.

que à tradicional e possível responsabilidade civil para com a sociedade e para com terceiros, pode cumular-se uma responsabilidade contraordenacional para com a entidade reguladora, pela violação de deveres cujo fundamento decorre da regulação da atividade de distribuição da energia elétrica e do gás natural. De forma particular, referimos os deveres de independência dos administradores e de separação jurídica e contabilística dos intervenientes no SEN, consagrados no artigo 36º do Decreto-Lei n.º 29/2006 de 15 de fevereiro, diploma que estabelece as bases do sistema elétrico nacional, e que transpôs para o ordenamento jurídico nacional a Diretiva n.º 2009/72/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho, que estabelece regras comuns para o mercado interno da eletricidade e que revoga a Diretiva n.º 2003/54/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho.

Para enquadramento, faremos referência ao processo de liberalização a que se assistiu no setor elétrico nacional a partir de finais dos anos oitenta, mas que até hoje no nosso ordenamento jurídico, não logrou ser senão meramente parcial, não obstante os passos que foram sendo dados à introdução de efetiva concorrência. Por sua vez, apenas em finais da década de 80 o gás natural começou a ser regulamentado como fonte de energia no ordenamento jurídico português.#

70 processo de liberalização do setor elétrico foi como se referiu “*meramente parcial*”, ou nas palavras de PEDRO GONÇALVES, *é de âmbito circunscrito*.³ De facto, não só a atividade de distribuição de energia elétrica continuou a ser exercida em regime de concessão de serviço público, em exclusivo, mediante a exploração da RND e das redes de BT, mas também o setor apresenta uma particularidade fundamental, que radica na circunstância de estarmos perante um sistema fechado e muito dependente de razões técnicas, o que limita a introdução (natural) da efetiva concorrência e dá clara vantagem às empresas que operam no setor e conhecem essas limitações técnicas, criando as condições para a existência de monopólios naturais.⁴

É devido a este facto, e para contrariar os aspetos negativos que podem advir da criação (natural) desses monopólios, que a regulação assume uma enorme importância na garantia dos direitos de todos os que operam no mercado e dos próprios utentes face às dificuldades que o poder judicial enfrenta no momento de julgar estas matérias.⁵

Aqui chegados, comparando o regime geral da responsabilidade dos administradores para com a sociedade por violação de deveres de cuidado, nos termos dos artigos 64.º/1, a) e 72.º/2,

³ *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações, Estudos de Direito Administrativo da Regulação*, pág. 79.

⁴ Sublinhe-se que em sede de regulação e liberalização, os diversos setores se encontram em circunstâncias que não são equiparáveis. O setor das telecomunicações, por exemplo, nada tem a ver com o setor da energia, no que concerne ao grau de liberalização, sendo que no primeiro, pouco resta, atualmente, dos antigos monopólios naturais. No outro lado do espectro encontra-se o setor das águas, o qual praticamente não registou qualquer evolução. O setor da energia situa-se num ponto intermédio.

⁵ Neste ponto, existe uma certa convergência com o fundamento da própria BJR, o qual consiste em determinar uma fronteira entre a área de liberdade do administrador nas decisões de gestão e a área de sindicabilidade por parte dos tribunais do conteúdo dessas decisões. De facto, será muito difícil ao juiz avaliar o mérito de uma decisão de gestão, ainda para mais quando a mesma causasse danos à sociedade, porquanto *à posteriori*, seria sempre muito fácil imputar os maus resultados à decisão do administrador. Por maioria de razão, não podemos deixar de considerar – e salvo melhor opinião – que será ainda mais difícil avaliar judicialmente o mérito de uma decisão de gestão no âmbito destes setores.

C.S.C, com o regime específico dos setores da distribuição da energia elétrica e do gás natural, indagamos neste último, se os deveres de cuidado se refletem e concretizam da mesma forma, e se porventura, existe espaço para a BJR operar e, em caso afirmativo, como.

O tema é desafiante, tendo em conta que a doutrina e jurisprudência maioritárias entendem que a BJR só se aplica à responsabilidade civil dos administradores, por i) violação dos deveres (gerais) de cuidado e ii) apenas para com a sociedade.

O objetivo principal da presente dissertação consiste em analisar se os regimes de responsabilidade visados se complementam e em concretizar os deveres de cuidado dos administradores das empresas que operam no setor da distribuição de energia elétrica e do gás natural, para com a sociedade, para com terceiros (tanto nos termos do artigo 79.º C.S.C., assim como no caso específico da responsabilidade objetiva do artigo 509.º C.C.) e para com a ERSE.

O nosso ponto de partida serão os artigos 64.º/1, a) e 72.º/2, C.S.C, que dão o quadro geral dos deveres fundamentais dos administradores e que consagram a BJR, respetivamente. Na parte geral iremos adotar a terminologia que autonomiza os deveres de cuidado específicos, que densificam o dever geral de cuidado consagrado no artigo 64.º/1, a), C.S.C. nos seguintes termos: Dever de vigilância e dever de investigação, ambos associados ao dever geral de cuidado no âmbito da gestão corrente da sociedade; dever de preparar adequadamente as decisões, dever de tomar decisões racionais e o dever de tomar decisões razoáveis, os três associados ao dever geral de cuidado no âmbito do processo decisório.

Por sua vez, no setor específico da distribuição da energia elétrica e do gás natural, sugerimos a seguinte autonomização de deveres de cuidado: i) os relativos ao cumprimento das normas de implementação do mercado interno de energia elétrica e de gás natural (onde se inserem os deveres de independência dos administradores daquelas empresas e da separação jurídica e contabilística das atividades) e ii) os relativos ao exercício seguro da atividade, através do cumprimento das regras técnicas, a fim de evitar danos a terceiros, desde logo os consumidores finais.

Esta será uma tarefa criativa, tendo em conta as especificidades das obrigações de separação jurídica da atividades, devidos por imposição da entidade reguladora, por razões de mercado, concorrência e não discriminação dos consumidores.

Por fim, e após a concretização dos deveres de cuidado nas várias vertentes supra mencionadas, o objetivo final da nossa dissertação é caracterizar a relação que se estabelece entre o regime geral desses deveres previstos nos artigos 64.º e 72.º C.S.C. e o regime específico aplicável aos administradores dos setores da distribuição da energia elétrica e do gás natural. Veremos se são regimes diferentes ou harmonizáveis e se poderá o regime geral da responsabilidade dos administradores para com a sociedade por violação dos deveres de cuidado, prevista no C.S.C., ser considerado em relação à atividade dos administradores das empresas que operam naqueles setores como uma exigência de mínimos, à qual acrescem as especiais exigências decorrentes da regulação e as especificidades da atividade perante a qual nos encontramos.

A presente dissertação está dividida em duas partes: A primeira parte terá como objeto, a responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade, por violação dos deveres de cuidado, consagrados no artigo 64.º/1, a) C.S.C; a segunda parte terá como objeto o estudo da responsabilidade dos administradores por violação de deveres de cuidado na atividade de distribuição de energia elétrica e do gás natural.

Na primeira parte referimos o dever de lealdade, também consagrado como dever fundamental no artigo 64.º/1, b), C.S.C., para delimitação dos deveres de cuidado e distinção das várias figuras entre si.

Na segunda parte, para além da responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade, pela violação de deveres gerais de cuidado, estudamos essa responsabilidade perante terceiros (nos termos do artigo 79.º C.S.C. e nos termos do artigo 509.º C.C.), assim como o regime da responsabilidade contraordenacional perante a ERSE.

Assim, iremos demonstrar que além de terem de observar o regime geral que resulta dos artigos 64.º e 72.º C.S.C., os administradores das empresas de distribuição de energia elétrica e do gás natural, estão ainda adstritos ao cumprimento de deveres de cuidado específicos no âmbito daquelas atividades e que visam, alguns deles, proteger outros interesses para além do interesse da sociedade *stricto sensu*. Pelo que à possibilidade de serem responsáveis civilmente perante a sociedade por violação dos deveres de cuidado (nos termos dos artigos 64.º/1, a) e 72.º/2, C.S.C.) ou perante terceiros, pelos danos que diretamente lhes tenham causado (artigo 79.º C.S.C.), poderão ainda os administradores ser responsáveis perante a entidade reguladora.

Noutro plano, mas igualmente relacionado com o setor específico da atividade de distribuição de energia elétrica e do gás natural, surge o artigo 509.º, C.C., sobre o qual também nos iremos debruçar na segunda parte da dissertação.

Para concretizar as condutas que podem consubstanciar violação dos referidos deveres, iremos recorrer à legislação vigente e a outros elementos, nomeadamente, aos manuais de procedimentos das referidas empresas.

Por fim, no final da dissertação, tomaremos posição sobre que relação existe entre o regime geral da responsabilidade dos administradores para a com a sociedade por violação dos deveres de cuidado previsto no C.S.C. e o regime da responsabilidade no setor específico da distribuição da energia elétrica e do gás natural, nas várias vertentes mencionadas.

Para delimitar o objeto da dissertação, notamos que não iremos focar as dicotomias *administração de facto* e de *direito*, *administradores executivos* e *não executivos*, *sociedades por quotas* e *anónimas*; mas antes analisar os deveres fundamentais dos administradores, numa aplicação geral e universal à globalidade dos administradores, independentemente da sua nomeação ou título. Assim, iremos analisar os deveres sem nos reportarmos a nenhuma daquelas situações em exclusivo, com exceção dos casos em que por força da lei e da natureza das coisas, seja imperativo distinguir as situações de uns e de outros.

II. OS DEVERES FUNDAMENTAIS DOS ADMINISTRADORES

1. Direito vigente

Os deveres fundamentais dos administradores estão consagrados no artigo 64º C.S.C. A atual redação do artigo, resultou das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei 76º-A/2006 de 15 de março, aquando da reforma do direito societário de 2006.

Conforme refere MENEZES CORDEIRO, "*o artigo 64º tem uma história movimentada: diz muito sobre várias experiências europeias...*"⁶. De facto, o preceito reflete as suas inúmeras e ricas influências; consequentemente apresenta-se como um preceito complexo, de uma densidade técnica e jurídica elevada.

De seguida iremos apresentar a evolução histórica do regime dos deveres fundamentais dos administradores no direito norte-americano e no direito português; no primeiro caso devido à influência na concretização dos deveres de cuidado e devido à origem da BJR; no segundo, pela necessidade de conhecer todas as influências do preceito, a fim de compreender toda a sua densidade e riqueza dogmática.

2. A experiência norte-americana

A origem dos deveres de cuidado pode ser encontrada nos *duties of care* na *negligence law*, considerada esta como homóloga da responsabilidade civil delitual; a *tort* poderá ser caracterizada como qualquer ilícito civil que não seja o incumprimento de um contrato.

Não obstante cada estado federado tenha a sua legislação societária, não é menos certo que existe um denominador comum à regulamentação societária norte-americana, constituída pelo MBCA, os PCG do American Law Institute e as leis do Estado de Delaware.

A secção 8.30 do MBCA, com o título "*Standards of Conduct for Directors*", estabelece que os administradores, no desempenho das suas funções deverão atuar i) de boa-fé e ii) da forma que razoavelmente considerem estar de acordo com os melhores interesses da sociedade. Refere ainda que iii) sempre que estejam informados no âmbito de processos decisórios ou sempre que estejam a desempenhar funções de supervisão (*oversight*), os administradores deverão desempenhar as respetivas funções com o cuidado que uma pessoa semelhante considerasse razoavelmente como apropriada em circunstâncias semelhantes.

Por sua vez, a Secção 4.01 dos PCG determina que um administrador tem o dever para com a sociedade de desempenhar as respetivas funções com boa-fé, de forma que razoavelmente considere estar de acordo com os melhores interesses da sociedade e com o cuidado que seria

⁶ (2007). *Manual de Direito das Sociedades Comerciais*, I Volume (das Sociedades em Geral). 2ª Edição. Coimbra. Edições Almedina S.A, p. 801.

razoável de esperar de uma pessoa normalmente prudente, numa posição semelhante e em circunstâncias semelhantes.

No direito norte-americano, o objetivo não é o de estabelecer regras concretas para os administradores, mas antes, estabelecer um modelo de conduta geral e objetiva. Estes delimitam o cuidado com que os administradores devem desempenhar as suas funções, mas sempre em virtude das circunstâncias particulares de cada sociedade e do caso concreto.

A Jurisprudência teve um peso significativo na experiência do direito norte-americano. Podemos apontar como as principais decisões na determinação do *duty of care* os casos *Francis V. United Jersey Bank* do Supreme Court of New Jersey (1981) e *Smith V. Van Gorkom* do Supreme Court of Delaware (1985).

No primeiro caso, estava em causa a responsabilidade de um administrador cuja designação era meramente formal. O tribunal considerou que o administrador havia violado o respetivo *duty of care* porque, independentemente de ter uma nomeação meramente formal, tinha obrigação de se manter informado sobre as atividades da sociedade.

No segundo, estava em causa a decisão do conselho de administração em aprovar um projeto de fusão e, saber se foi ou não, uma decisão informada. O tribunal acabou por considerar que os administradores atuaram com *gross negligence* no processo de avaliação de uma proposta de fusão, ao aprovarem-na e recomendarem que a mesma fosse aprovada pelos acionistas. Terá ficado provado que a reunião na qual se tomou essa decisão, além de apresentar vícios procedimentais (a ordem de trabalhos da convocatória não mencionava o assunto), apenas terá durado duas horas e que os administradores não terão sequer lido o acordo de fusão, nem questionado a forma como o preço terá sido calculado.

Também foi no direito norte-americano que surgiu a BJR. Terá sido com o caso *Percy V. Millaudon* (1829), em que o Louisiana Supreme Court fixou a primeira decisão que estabeleceu a BJR no âmbito dos deveres de cuidado dos administradores. Neste caso, o *Planters'Bank* processou três dos seus diretores por alegadas perdas resultantes de empréstimos indevidos ao presidente do Banco e à caixa. O tribunal, focando-se na análise dos deveres a que está adstrito o agente perante as circunstâncias do caso concreto, observou que não é expectável que os diretores dedicassem todo o seu tempo e atenção ao que se passava na instituição, tendo ainda concluído que em última instância, não existia responsabilidade dos mesmos pelos factos invocados pela sociedade, porquanto não se logrou provar que os danos sofridos pela empresa, tenham sido provocados pelos alegados atos dos diretores.

Com efeito, no direito norte-americano, a BJR foi consagrada como uma regra de limitação à sindicabilidade das decisões de gestão dos administradores; dito de outra forma, como o reconhecimento das prerrogativas de gestão dos administradores, que precisam de uma área considerável de liberdade e discricionariedade para desenvolver a sua atividade.

Contudo, a BJR apresenta diferentes formas nos vários estados norte-americanos. Na formulação dos PCG do American Law Institute, esta regra é estabelecida como um *safe harbour*, cuja demonstração é uma forma de *complete defence* contra uma alegada violação de padrão de conduta; já para a jurisprudência do Delaware ela é considerada uma presunção de atuação correta

do administrador.

De facto, na formulação dos PCG, o administrador ou gestor que tome uma decisão de gestão de boa-fé, cumpre o dever de cuidado se i) não tiver um conflito de interesses relativamente à decisão de gestão; ii) se estiver informado relativamente ao tema da decisão de gestão, ao ponto de considerar razoavelmente que a mesma seja apropriada para a circunstância e iii) acreditar racionalmente que a decisão de gestão é tomada no melhor interesse para a sociedade.

Não sendo feita prova destes pressupostos ou estando provado o seu incumprimento e afastada a presunção, haverá lugar à análise da bondade, razoabilidade ou equidade da decisão de gestão.

Os deveres de cuidado são considerados de natureza procedimental, pelo que obrigam apenas à ponderação de todos os fatores relevantes, à tomada da decisão, independentemente do seu resultado.

O século XXI trouxe um conjunto de eventos que marcaram de forma muito relevante o ordenamento jurídico norte-americano. Com a ocorrência de escândalos financeiros de grande dimensão, tais como o ENRON⁷, WorldCom, Tyco e Adelphia, tornou-se premente a importância das questões relacionadas com o *Corporate Governance* e da sua prioridade no quadro legal.

A resposta legislativa surgiu pouco tempo depois de dezembro de 2001, através da aprovação do *Sarbanes-Oxley Act* de 2002, assinado a 31 de Julho de 2002, no qual se estabeleceu a adoção de medidas de controlo interno, através da instituição de comités de auditoria interna às empresas, compostos exclusivamente por membros independentes, proibição de empréstimos a administradores, entre outras. Os principais destinatários destas normas são os auditores externos e os administradores e gestores executivos das *public companies*. Das medidas aprovadas pelo e na sequência do *Sarbanes-Oxley Act*, têm-se destacado como as mais relevantes na conformação dos deveres de cuidado dos administradores, aquelas relativas aos mecanismos de controlo interno.

De seguida iremos analisar a experiência portuguesa e, ver de que forma e em que medida, a mesma se apresenta permeável à influência norte-americana.

⁷ A *Enron Corporation* era uma companhia de energia, localizada em Houston, Texas. Foi uma das companhias líderes no mundo em distribuição de energia (nos setores da eletricidade e do gás natural) e comunicações. O seu ativo atingia 101 bilhões de dólares em 2000, pouco antes do escândalo financeiro que provocou a sua falência. De facto, foram denunciadas fraudes contabilísticas e fiscais no seio da empresa. Na época, as investigações revelaram que a Enron havia manipulado os seus balanços financeiros, com a ajuda de empresas e bancos, e escondeu dívidas de 25 bilhões de dólares, por dois anos consecutivos, tendo conseguido inflacionar artificialmente os seus lucros. O governo dos Estados Unidos abriu dezenas de investigações criminais contra executivos da Enron. A Enron foi processada pelos lesados. De acordo com os investigadores, os executivos e contabilistas, assim como instituições financeiras e escritórios de advocacia, que à época trabalhavam para a companhia, foram, de alguma forma e em diferentes graus, responsáveis pelo colapso da empresa. Em razão de uma série de escândalos financeiros corporativos, como o da Enron, é que foi redigida a lei *Sarbanes-Oxley*, em 2002 (*in* <http://pt.wikipedia.org/wiki/Enron>).

3. A experiência portuguesa: o gestor criterioso e ordenado e a referência aos interesses

A primeira disposição sobre os deveres fundamentais dos administradores no ordenamento jurídico português, surge no Decreto-Lei n.º 49.381 de 15 de novembro de 1969, que estabelecia como critério de avaliação de conduta dos administradores a figura do *"gestor criterioso e ordenado"*. Tal disposição remonta à fórmula alemã, que no §93 do Aktiengesetz (doravante aktG) estabelecia que *"Os membros da direção têm de empregar na sua gestão o cuidado (ou diligência) de um gerente ordenado e consciencioso"*⁸ e já então, a doutrina da época defendia que a responsabilização dos administradores em função dos resultados levaria a soluções injustas.

Na versão originária, o artigo 64º C.S.C. apontava para a diligência como o grau de esforço exigível⁹ ao administrador criterioso e ordenado, modelo cuja concretização passava pelo papel da jurisprudência, visto que lhe caberia a tarefa de determinar o leque de deveres que, enquadrados por diversos e variáveis parâmetros, tais como a dimensão da sociedade, o nível de complexidade da decisão ou o tempo e a informação disponível para tomar a decisão, a que estariam os administradores adstritos.

No direito alemão a diligência do gestor criterioso e ordenado corresponde a uma bitola de culpa e regra de conduta, que é por sua vez concretizada casuisticamente através do modelo objetivo do gestor criterioso e ordenado. Contudo, quando adotada pelo direito português, a diligência do gestor criterioso e ordenado é transposta como uma norma orientadora de conduta, cuja violação seria fonte de ilicitude.

MENEZES CORDEIRO define a diligência como *"o grau de esforço exigível para determinar e executar a conduta que integra o cumprimento de um dever"*.¹⁰ Ora, para encontrar a medida concreta de esforço exigível aos administradores, será necessário tomar mão de outras normas que complementem aquele comando genérico e abstrato, destituído de conteúdo autónomo próprio. Com efeito, a diligência nunca pode ser entendida em abstrato, devendo ser reportada ao cumprimento de outros deveres, não deixando no entanto, de ser entendida como uma regra de conduta, cuja valoração é independente do juízo da culpa.

Foi pelo critério da diligência do gestor criterioso e ordenado, que esta matéria se regeu até à entrada em vigor do código das sociedades comerciais em 1986. Nesse momento, à diligência do gestor criterioso e ordenado, o legislador acrescenta a referência aos interesses da sociedade, dos sócios e dos trabalhadores. Assim, para além de atuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, o administrador tinha de atuar no interesse daqueles. Passou a ser exigido ao administrador que no exercício das suas funções tomasse em linha de conta os interesses daqueles sujeitos, para além do interesse da sociedade.

A matéria seguiu esta orientação até à reforma de 2006, que alterou profundamente o regime

⁸ (2010). *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*. p. 15.

⁹ Cordeiro, António Menezes (2006). "Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades (art. 64º/1, CSC)". *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 66, Vol. II.

¹⁰ (2006). "Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades (artigo 64º/1, CSC)", *Revista da Ordem dos Advogados*.

dos deveres fundamentais dos administradores, como veremos de seguida.

4. O Decreto-lei nº 76-A/2006 de 15 de março

A reforma de 2006 introduziu profundas alterações na matéria dos deveres fundamentais dos administradores, trazendo maior complexidade técnica e sistemática à matéria da responsabilidade civil daqueles.

Começando por alterar aspetos formais, tais como a epígrafe do artigo (de “dever de vigilância” para “deveres fundamentais”) e a alteração do título do capítulo V (de “Administração” para “Administração e Fiscalização”), a reforma de 2006 alterou substancialmente o artigo 64.º C.S.C.

Com efeito, a reforma veio explicitar os deveres fundamentais a que estão adstritos os administradores, a saber, os deveres de cuidado na al. a) do artigo 64.º, n.º1, CSC e o dever de lealdade na al. b) do artigo 64.º, n.º1, CSC, tornado possível a identificação e a autonomização dos deveres específicos de cuidado, tais como: o dever de vigilância e o dever de investigação; o dever de disponibilidade; o dever de preparar adequadamente as decisões de gestão; o dever de tomar decisões racionais e o dever de tomar decisões de gestão razoáveis. A par da introdução da BJR no artigo 72.º/2 CSC (ainda que a sua redação tenha sido alvo de críticas e controvérsias no seio da doutrina nacional), a reforma introduziu um n.º2 ao artigo 64.º C.S.C., relativo aos deveres dos membros dos órgãos de fiscalização.

Não obstante as críticas que foram dirigidas às alterações introduzidas com a reforma, existem, e salvo melhor opinião, aspetos positivos a serem ressaltados. Porque ainda que tenha trazido maior complexidade na interpretação e aplicação dos preceitos, a reforma teve como ponto positivo o enriquecimento doutrinário e científico da matéria, criando terreno fértil ao seu estudo e análise.

É com a reforma do direito de societário de 2006, que surge o Decreto-Lei 76º-A/2006, de 15 de março¹¹, que emprega ao artigo 64º, C.S.C. a sua atual redação. Numa técnica característica dos sistemas anglo-saxónicos¹² surgem em alíneas separadas os deveres de cuidado e os deveres de lealdade, passando a diligência do gestor criterioso e ordenado a estar associada aos primeiros.

Para além disso, aos interesses da sociedade, dos sócios e dos trabalhadores, é acrescentada a referência aos interesses dos credores e de terceiros, sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, sendo a referência aos interesses dos sócios enriquecida, uma vez que com a redação dada pelo Decreto-Lei n.º 76º-A/2006 de 15 de março, é exigido ao administrador que podere os interesses a *longo prazo* daqueles.

A CMVM teve um peso significativo no impulso desta reforma. Contudo, na sua ante-proposta

¹¹ Diploma que atualiza e flexibiliza os modelos de governo das sociedades anónimas, adota medidas de simplificação e eliminação de atos e procedimentos notariais e registais e aprova o novo regime jurídico de dissolução e da liquidação das entidades comerciais.

¹² Além da influência do sistema anglo-saxónico, a reforma de 2006 traduziu uma intensificação dos fatores já conhecidos, como a mobilização e a europeização (Cordeiro, António Menezes. (2007). *Manual de Direito das Sociedades Comerciais, Parte I, Das Sociedades em Geral*, págs. 207-208).

de alteração ao C.S.C. não previa alterações tão profundas ao artigo 64.º C.S.C. como as que se acabaram por verificar. Para além da introdução de um n.º2 relativo aos titulares dos órgãos sociais com funções de fiscalização, apenas era proposta a inclusão da referência à necessidade de atuação com lealdade.¹³ A CMVM referia que com esta alteração se propunha levar a cabo a explicitação do dever de lealdade, o qual serviria como complemento dos deveres de diligência (*duties of care*), a que estariam já vinculados os administradores. Como vemos, já existia aqui uma referência ao universo dos *duties of care* de matriz norte-americana.

De igual forma, os fenómenos que se passavam além-mar, no direito norte-americano, serviram de modelo de inspiração aos ordenamentos europeus. Devido aos grandes escândalos económicos (nomeadamente, o caso ENRON) envolvendo grandes sociedades cotadas em Bolsa, o sistema começou por reagir adotando mecanismos que protegessem os administradores de serem confrontados com uma ação judicial, qualquer que fosse a sua conduta na gestão da empresa. Num primeiro momento transferiu-se a responsabilidade para as seguradoras; num segundo momento, e visto a insustentabilidade do primeiro sistema, pensou-se em criar mecanismos jurídicos que protegessem os administradores. Veja-se o *Sarbanes-Oxley Act*, já supra mencionado.

Na União Europeia assistiu-se igualmente a um processo de normatização da matéria do governo das sociedades. De facto, achou-se por bem colocar o direito interno nacional português em consonância com o que se realizava além-fronteiras.

Como anteriormente referido, a CMVM teve um papel importante nesta tarefa¹⁴, pois mediante as suas recomendações, atos infra legislativos, ia tomando em consideração particularidades do direito nacional, e assumiu uma posição através da qual, ainda que não descurando os códigos de boa conduta aplicáveis aos órgãos de administração e fiscalização, conferiu à lei a função primordial de *"recortar um núcleo mínimo dos deveres dos administradores (...) para permitir a efetivação aplicativa das previsões normativas decorrentes do incumprimento dos deveres societários"*.

Com a atual redação do artigo 64.º, C.S.C., não só a diligência do gestor criterioso e ordenado passa a estar associada aos deveres de cuidado, como também a referência aos interesses da sociedade, dos sócios e dos trabalhadores passa a estar associada aos deveres de lealdade, ao que ainda é acrescentada a referência aos interesses dos credores de terceiros interessados.

Para interpretar o artigo 64.º, C.S.C. após as alterações introduzidas, há que ver que a diligência do gestor criterioso e ordenado, durante muito tempo critério único de avaliação da conduta dos administradores no cumprimento dos deveres fundamentais, está no quadro legal atual, a par dos deveres de lealdade e dos deveres de cuidado.

De facto, a diligência do gestor criterioso e ordenado, antes da redação de 2006, era o centro do preceito. Agora passa a estar associado aos deveres de cuidado, ao passo que a referência aos interesses é colocada em relação aos deveres de lealdade.

¹³ A proposta inicial da CMVM para a redação do artigo 64.º era a seguinte: *"Os gerentes ou administradores da sociedade devem atuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado e com lealdade, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores."*

¹⁴ Governo das Sociedades Anónimas: Proposta de Alteração ao Código das Sociedades Comerciais – Processo de Consulta Pública n.º 1/2006, disponível em www.cmvm.pt.

É sabido o não acolhimento pacífico da redação do artigo 64º, C.S.C. pela doutrina. Com a redação dada pelo Decreto-Lei 76º-A/2006, de 15 de março, o preceito ficou denso e coloca questões de sistematização e de difícil operacionalização.

Como principal crítica podemos apontar a perda de primazia da diligência do gestor criterioso e ordenado no quadro do cumprimento dos deveres dos administradores.

A redação do artigo 64º C.S.C. é igualmente criticada, por não permitir apreender o verdadeiro conteúdo da obrigação típica do administrador. Como ensina CARNEIRO DA FRADA¹⁵, o dever principal do administrador é o dever de administrar. É essa a obrigação típica da relação de administração. É um conceito amplo, decomponível em diversos deveres e que jamais poderá ser traduzido em meros deveres de cuidado, porquanto se apresenta como uma posição jurídica complexa. Por sua vez, aqueles outros deveres plasmados no artigo 64º C.S.C. deverão ser entendidos como a forma de cumprir aquele dever geral e principal da relação de administração. Podemos encontrar referências a este dever principal de gerir e administrar a sociedade nos artigos 252.º, 259.º, 405.º e 431.º C.S.C.

Assim, são dois os vetores que percorrem a situação jurídica dos administradores: a representação e a administração *stricto sensu* da sociedade.

A noção jurídica de administração pode ser considerada como o conjunto de atuações materiais e jurídicas, imputáveis a uma sociedade que não estejam, por lei, reservadas a outros órgãos, cabendo à administração a competência genérica e residual para agir pela sociedade. Essas atuações pretendem desenvolver o objeto social e, em última análise, obter lucro. Dentro deste dever de administrar a sociedade e para levar a cabo o conjunto de atos que tem de realizar, ao administrador é conferida uma área de liberdade e uma larga margem de discricionariedade. Ora, assim, o dever principal de administrar consubstancia-se como um poder-dever.

Outra das críticas dirigida à sistematização do preceito pós reforma, foi a referência a tantos interesses, na alínea reservada ao dever de lealdade. A referência a tantos sujeitos pode gerar problemas de compatibilização entre esses mesmos interesses. Como diz MENEZES CORDEIRO, o administrador não pode ser leal para com todos, pois acabaria por ser desleal para com toda a gente.¹⁶ Assim, a referência àqueles interesses deverá ser ponderada em sede dos deveres de cuidado na alínea a), e não na lealdade.

A lealdade é uma referência comportamental e intrínseca ao sujeito. Assim, o administrador terá de ser leal, mas apenas para com a sociedade, no sentido de prosseguir de forma exclusiva o interesse daquela e não se aproveitar da sua posição, para se beneficiar em detrimento da sociedade. A referência aos restantes interesses deverá ser entendida da seguinte forma: o administrador tem de os ter em conta, mas no tocante às decisões a tomar no interesse da sociedade, ou seja, no âmbito dos deveres de cuidado relativamente ao processo decisório.

De facto a sociedade não é auto-suficiente; na órbita daquela entidade gravitam outros

¹⁵ (2007). "A Business Judgement Rule no quadro dos deveres gerais dos administradores". *Revista da Ordem dos Advogados*. Vol. I. 67.

¹⁶ (2006). "Os Deveres Fundamentais dos Administradores das Sociedades (artigo 64º/1, CSC)", *Revista da Ordem dos Advogados*, p. 9/23.

interesses que são relevantes e importantes para a vida da mesma. São os interesses dos credores, dos financiadores, dos investidores, e de outros terceiros (*stakeholders*).

Assim, no panorama pós reforma, temos um preceito complexo, mas ao mesmo tempo apresenta a vantagem de clarificar em que consistem os deveres fundamentais dos administradores, no âmbito da sua obrigação principal, que é o poder-dever de (bem) administrar. Porque se é certo que da anterior versão do preceito resultava a essencialidade da figura da diligência do gestor criterioso e ordenado, não é menos verdade que o mesmo era omissivo quanto à concretização e configuração explícita desses mesmos deveres.

Não obstante a relevância da Jurisprudência na tarefa de concretizar os preceitos, bem como das normas recomendatórias da CMVM, somos de opinião com SÓNIA ALEXANDRA DAS NEVES SERAFIM¹⁷, de que é importante que a lei assuma também o papel de instrumento de definição daqueles deveres fundamentais, os quais na qualidade de princípios reguladores de padrões de comportamento, devem apresentar um conteúdo inequívoco, claro e objetivo.

Quanto à diligência sugerimos, seguindo a boa doutrina, o seu reposicionamento no enquadramento legal atual, porque embora a figura do gestor criterioso e ordenado continue a ter um papel de destaque na definição no modo de atuação dos administradores, conforme resulta do enquadramento histórico, é óbvio que o tratamento que lhe é dado antes e depois da reforma é diferente. No essencial, o seu papel mantém-se, uma vez que define o modo de atuação dos administradores, devendo ser conjugada com as restantes figuras. Os administradores deverão cumprir os deveres fundamentais a que estão adstritos com a diligência de um gestor *criterioso e ordenado*, bitola mais exigente que a do *bonus pater familiae*, uma vez que constitui uma bitola objetiva de conduta, que uma vez violada, a diligência do gestor criterioso e ordenado deve ser fonte de ilicitude e não de culpa.

Ademais, o entendimento literal e restritivo, de que a diligência se refira apenas aos deveres de cuidado deverá ser afastada, porquanto a diligência do gestor criterioso e ordenado será cumprida sempre que no exercício da sua função, o administrador manifeste, efetivamente, a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento adequado ao exercício da atividade.

A diligência é portanto uma forma de atuação, perante todo e qualquer dever a que o administrador esteja adstrito.¹⁸ Assim é, tendo em conta que a função administrativa é uma função de meios. Como veremos, a consequência de tal aspeto é o facto de o administrador não poder ser responsabilizado pelos resultados das suas decisões. Não será responsabilizado se, não obstante tenha provocado danos, a tomada da decisão respeitou os deveres fundamentais previstos no artigo 64º C.S.C., em especial, os deveres de cuidado, deveres de cariz procedimental.

Com BRUNO FERREIRA¹⁹ na esteira de MENEZES CORDEIRO, também somos da opinião

¹⁷ Serafim, Sónia Alexandra das Neves. 2010. p. 19.

¹⁸ Sem prejuízo de a exata medida do esforço ser determinável casuisticamente, pois a situação jurídica do administrador é complexa e o grau de esforço exigível varia consoante as circunstâncias do caso concreto (por exemplo, o tipo de sociedade, a dimensão da sociedade, o tipo de atividade desenvolvida pela sociedade, a maior ou menor experiência do administrador...).

¹⁹ (2009). “Os deveres de cuidado dos administradores e gerentes (Análise dos deveres de cuidado em Portugal

de que a diligência do gestor criterioso e ordenado tem uma função claramente diferente dos deveres de cuidado, sendo-lhe atribuída a função que anteriormente já lhe era cometida, como “*medida objetiva e normativa de esforço exigível*”. Podemos também afirmar que a par da diligência do gestor criterioso e ordenado, terão sido incluídos critérios adicionais de determinação do padrão de atuação, através da referência a “*adequados às suas funções*” e à “*competência técnica*”.

Uma vez reposicionada a diligência do gestor criterioso e ordenado, vamos agora proceder à concretização dos deveres de cuidado e analisar a BJR.

III. OS DEVERES DE CUIDADO

A alínea a) do artigo 64^º/1, C.S.C. enuncia os deveres de cuidado dos administradores, referindo que eles exigem a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade. Esta inovadora formulação é fruto da reforma de 2006.

A melhor doutrina é a que vê naquelas expressões, formas de execução do dever fundamental de cuidado dos administradores. Na verdade, as condutas que perseguem o cumprimento dos deveres de cuidado não estão expressamente consagradas na lei, competindo mais uma vez ao intérprete aplicador do direito concretiza-las casuisticamente. No entanto, a definição dos deveres concretos pelos quais se manifeste o respeito pelo dever geral de cuidado, deverá utilizar como critérios orientadores os elementos fornecidos pela alínea a) do artigo 64^º/1, C.S.C.

De facto, há que densificar o conteúdo normativo específico dos deveres de cuidado, porquanto dizer que o administrador deve atuar *com cuidado*, não é suficiente para concretizar o que ele deve ou não deve fazer. É necessário que exista clareza na aplicação dos referidos preceitos, manifestando-se esta atividade dogmática necessária por forma a evitar a existência de comandos contraditórios, paralisantes da atividade social.

Diretamente relacionado com os deveres de cuidado surge a BJR, consagrada no direito português no artigo 72^º/2, C.S.C. A BJR apresenta uma grande proximidade com o processo decisório e que contribui para uma completa perspetiva dos deveres de cuidado.

Sem prejuízo de existirem várias terminologias, iremos adotar a que decompõe os deveres de cuidado, em deveres de cuidado relacionados com a gestão corrente e aqueles outros relacionados com o processo decisório.

Os primeiros manifestam-se no dever de vigilância e no dever de investigação, ao passo que os segundos se manifestam no dever de preparar adequadamente as decisões, no dever de tomar decisões racionais e por fim, como simbiose dos dois últimos, o dever de tomar decisões razoáveis.

e nos Estados Unidos da América fora das situações de disputa sobre o controlo societário)”. *Revista de Direito das Sociedades*. I. 3

1. Deveres de cuidado: associados à gestão corrente da sociedade

1.1. O Dever de vigilância

O dever de vigilância (*duty of monitor*) concretiza-se na obrigação do administrador manter um controlo e conhecimento efetivo sobre a atividade da sociedade.

No que diz respeito ao dever de vigilância, podemos identificar como premissas a necessidade dos administradores se informarem relativamente à evolução económico-financeira da sociedade e de acompanharem o desempenho daqueles que têm funções de gestão, e não apenas de administradores executivos ou delegados, mas de todos aqueles com funções de gestão e chefia, e até mesmo dos trabalhadores.

No entanto, o conhecimento e controlo sobre a atividade da sociedade variará consoante os fatores relevantes e de acordo com as circunstâncias do caso concreto. Por exemplo, quanto maior for a dimensão da sociedade, mais dificuldade terá o administrador em obter a informação e o conhecimento direto de todos os setores da empresa que gere.

Em empresas de grandes dimensões, o cumprimento deste dever passará sobretudo pela obtenção de informação adequada a um cabal conhecimento e controlo dos destinos da sociedade.

Não sendo possível ao administrador estar a par de todos os aspetos da sociedade, compete-lhe ainda estabelecer mecanismos de controlo para que tenha acesso à informação relevante de forma eficaz. A obtenção de informação assume-se como o principal instrumento de cumprimento do dever de vigilância.

Assim, podemos definir o dever de vigilância como o dever do administrador, por si ou por intermédio de mecanismos criados para o efeito, em obter a informação que entenda necessária para atingir aquele nível de conhecimento. No entanto a obtenção de informação tem limites, cabendo ao administrador encontrar o equilíbrio entre a informação que considera necessária obter para manter um conhecimento adequado e os custos ou encargos excessivos que essa obtenção acarreta.

Como supra referido, o dever de vigilância aplica-se não só aos administradores executivos para com a sociedade e entre si, mas também aos administradores não executivos. Nos termos do artigo 407/8, C.S.C., os administradores a quem não foram delegados poderes de gestão ou que não pertençam à comissão executiva, *“são responsáveis, nos termos da lei, pela vigilância geral da atuação do administrador ou administradores delegados e 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 necessárias.”*

Em suma, o dever de vigilância consubstancia-se não apenas na atuação do administrador, mas no acompanhamento devido e no conhecimento efetivo possível, que o administrador deve ter sobre a atividade da sociedade em geral, sendo esse conhecimento fulcral sobretudo a nível económico-financeiro, efetivado através da implementação de procedimentos de recolha de informação e da sua cuidada análise.

1.2. O Dever de investigação

No âmbito do dever de vigilância, a informação recolhida ou conhecida pelo administrador, não obriga a investigar os factos que compõem essa mesma informação. Mas uma vez desconfiando da sua veracidade, ou existindo fundadas dúvidas sobre a regularidade de uma situação, o administrador deve investigar os factos e esclarecer a informação de que dispõe ou que lhe foi remetida.

Na medida em que lhes é exigível a obrigação de conhecimento efetivo da atividade da sociedade, é claro que recai sobre os administradores o dever de investigar situações relativamente às quais existam sinais ou evidências de atuação incorreta ou de que lhes foi fornecida informação errada. Nesse caso, os administradores e gerentes estão obrigados a investigar.

Desta perspetiva, o dever de investigação é uma consequência lógica do dever de vigilância.

2. Deveres de cuidado: associados ao processo decisório

2.1. O Dever de preparar adequadamente as decisões

Este dever é de conteúdo exclusivamente procedimental e precede a decisão em si.

Neste momento, é suposto o administrador, recolher e tratar a informação disponível na qual assentará a decisão.

Mais uma vez, o esforço exigível ao administrador será determinado em função das circunstâncias do caso concreto, como seja a complexidade da decisão, o tempo que o administrador dispõe para decidir, o custo em obter a informação, considerando as alternativas possíveis, tendo em conta a sua experiência e preparação.

A exigibilidade de preparar adequadamente as decisões será tanto maior, quanto maior for a experiência e a preparação do administrador. Por sua vez, quanto maior for o grau de complexidade da decisão, maior será a necessidade de apoio técnico à tomada de decisão, nomeadamente através da necessidade de recorrer a consultores e a serviços de auditoria.

O dever de preparar adequadamente as decisões surge, por natureza, como um dever instrumental ao dever principal de tomar as decisões.

Enfim, o administrador, inserido num processo que culmina com a imposição de decidir, deverá proceder de acordo com as exigências que decorrem do dever de preparar adequadamente as decisões, sendo que a exigência dessa preparação será condicionada em função de uma série de fatores, determináveis de forma casuística.

2.2. O Dever de tomar decisões racionais

À semelhança do que acontece com o dever de preparar adequadamente as decisões, também o dever de tomar decisões racionais é instrumental ao dever principal de tomar decisões (razoáveis).

Este dever é cumprido quando o administrador toma uma decisão coerente, lógica e sensata. Uma decisão é racional quando se consegue explicar e fundamentar em argumentos lógicos; uma decisão cujo sentido seja compreensível.

A decisão racional é aquela tomada com recurso ou com base em critérios de *racionalidade empresarial*. A decisão irracional será sempre uma decisão irrazoável. Já o inverso não será sempre e necessariamente verdadeiro.

2.3. O Dever de tomar decisões razoáveis

Somatório dos dois anteriores, o dever de tomar decisões razoáveis é aquele que expressa o conteúdo substancial da decisão.

A decisão razoável é aquela que, dentro das alternativas de decisões possíveis, mais ou menos arriscadas, melhor serve os interesses da sociedade.

Segundo COUTINHO DE ABREU²⁰, deste dever de tomar decisões razoáveis poderão ser retiradas a obrigação de não dissipar (ou esbanjar) o património social e de evitar riscos desmedidos. Como exemplo da primeira, não devem dos administradores adquirir onerosamente para a sociedade uma patente inútil ou participações sociais sem valor. Por outro lado, no âmbito da obrigação de evitar riscos desmedidos, inserem-se aquelas situações em que os destinos da sociedade não devem ficar dependentes de uma só decisão de gestão, devendo o administrador tentar prever o pior desenlace (*worst case scenario*).

Note-se que o administrador tem uma área de discricionariedade, que aliás, é característica da própria função administrativa. Isto é, com exceção das obrigações legais imperativas e dos deveres de atuação vinculada, os administradores não são obrigados a seguir uma certa conduta ou um certo caminho. Ou seja, dentro dos parâmetros definidos pelos deveres fundamentais, os administradores ainda possuem uma área de liberdade. Fica ao critério do administrador a escolha da decisão que considerar mais conveniente aos interesses da sociedade, dentro daquelas que se apresentam possíveis, e entenda-se, dentro dos limites daquelas que se apresentam razoáveis.

Tal significa que entre várias possibilidades, algumas razoáveis, outras menos, outras ainda não razoáveis, se o administrador opta pela não razoável em detrimento das razoáveis, então o administrador incumpriu o seu dever.

Segundo BRUNO FERREIRA, dentro do leque de escolhas possíveis, existe um conjunto de decisões que são aptas a serem consideradas razoáveis, isto é, “decisões que são suscetíveis de serem tomadas pelo gestor criterioso e ordenado.”²¹

Em suma, o administrador é livre de escolher a decisão que se apresenta como mais apta e oportuna à realização do interesse pessoal, desde que a mesma se insira no conjunto de decisões

²⁰ (2010). *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*.

²¹ (2009). “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)”. *Revista de Direito das Sociedades*. I. 3

razoáveis que tinha à escolha, e ainda que todas elas apresentem um fator de risco empresarial.

Também aqui, os fatores que condicionam o esforço exigível ao administrador variam consoante as circunstâncias do caso concreto. Isto é, a par dos deveres de cuidado, haverá que definir quais os padrões que determinam o comportamento dos administradores. Para além da bitola do gestor criterioso e ordenado, deve ser tida em linha de conta a posição do gerente ou do administrador em concreto, nomeadamente enquanto responsável pelo exercício de funções de gestão corrente, os chamados administradores executivos ou delegados (membros de uma eventual comissão executiva), enquanto membros do conselho de administração executivo ou do conselho geral e de supervisão. É neste âmbito que a referência à expressão “*adequados às suas funções*” constante do artigo 64.^o/1, a), CSC, ganha toda a sua relevância.

Outros critérios devem ser tomados em consideração, como seja a dimensão da sociedade, a maior ou menor relevância da decisão de gestão em causa, a urgência da tomada de decisão, a atividade da sociedade (por exemplo, numa instituição de crédito o dever de vigilância e o controlo assumirá uma maior preponderância do que numa consultora), entre outros.

Por fim, tanto no âmbito dos deveres de cuidado associados à gestão corrente da sociedade, tais como o dever de vigilância e o dever de investigação, como no âmbito dos deveres de cuidado associados ao processo decisório, temos a competência técnica, que traduz a conveniência de que toda e qualquer pessoa que tenha sido designada para o cargo de administrador, mas sem que detenha as aptidões necessárias para exercer o cargo, deve-o recusar; se a incompetência técnica – a falta de aptidões e capacidades para exercer o cargo – apenas se revelar no decurso do tempo, já após a nomeação, então deve o administrador renunciar ao cargo nos termos da lei. Assim, a competência técnica deve ser entendida como a necessidade de todo aquele que é nomeado para o cargo de administrador, dever manter-se apto para exercer o cargo, nem que isso signifique recorrer a formação (quando a área da atividade da sociedade seja demasiado específica) ou a serviços externos (tais como consultores) no apoio à tomada de decisões.

IV. A BUSINESS JUDGEMENT RULE (BJR)

Diretamente relacionada com os deveres de cuidado surge a BJR, corrente jurisprudencial com origem nos tribunais norte-americanos do Estado de Delaware.

Ainda que a relutância em sindicat as decisões dos administradores possa já ser encontrada numa célebre sentença dos tribunais ingleses, datada de 1742, no caso *Charitable Corporation V. Sutton*²², a BJR tem sido identificada com a jurisprudência dos Estados Unidos da América, sendo o

²² A *Charitable Corporation* era a empresa que realizava empréstimos aos carenciados e à camada mais pobre da sociedade, a fim de evitar que os mesmos fossem alvo de usura. Os diretores foram acusados de não vigiar (*duty of monitor*) adequadamente os procedimentos de empréstimos adotados, tendo sofrido prejuízos estimados em £350.000 (trezentas e cinquenta mil libras). Apenas um depositário foi responsável por realizar empréstimos não garantidos e apenas cinco administradores estiveram ativamente envolvidos. Contudo, foi alegado que o fracasso dos restantes em manter uma supervisão adequada os tornou solidariamente responsáveis, com *gross*

início do seu estabelecimento identificado numa decisão de 1829 do *Louisiana Supreme Court* no caso *Percy V. Millaudon*.²³

São diversos os fundamentos apresentados para justificar a existência da BJR. Entre eles, o reconhecimento de que, mesmo administradores livres de conflitos de interesses, bem-intencionados e informados, podem tomar decisões que, analisadas em data posterior, são consideradas imprudentes e causam prejuízos elevados à sociedade. O reconhecimento desta falibilidade da atuação de gestão, visa encorajar a aceitação de cargos de administração por indivíduos competentes, que, de outra forma, poderiam recusar desempenhar tais funções por receios relativamente à responsabilidade pelos seus atos.

Costuma ainda ser apontado que com a BJR se pretende encorajar os administradores a desenvolver atividades com elevado potencial lucrativo, mas que envolvem frequentemente riscos e incertezas.

A BJR também visa ainda impedir o poder judicial de se imiscuir na análise de complexas decisões de gestão, tarefa para a qual não estaria preparado, uma vez que a análise das decisões de gestão *a posteriori*, é considerado um mecanismo imperfeito de avaliação das decisões de gestão, tendo em conta a dificuldade de reproduzir as circunstâncias que rodearam e motivaram a decisão, levando aquele a decidir que os danos sofridos pela sociedade, teriam como causa a decisão em julgamento.

Ao garantir uma área de liberdade e discricionariedade aos administradores, a BJR pretende

negligence (in https://en.wikipedia.org/wiki/The_Charitable_Corp_v_Sutton).

²³ Num célebre caso que envolveu a responsabilidade do Banco, que sofreu perdas decorrentes de desfalques realizados pelos diretores a favor do seu Presidente e da Caixa. Num discurso tão relevante hoje, como o era na altura, o tribunal articulou o que nós agora geralmente concebemos como a regra de julgamento do negócio, o que passamos a transcrever: «*It is no doubt true that if the business to be transacted presupposes the exercise of a particular kind of knowledge, a person who would accept the office of mandatory, totally ignorant of the subject, could not excuse himself on the ground that he discharged his trust with fidelity and care.... But when the person who was appointed attorney-in-fact, has the qualifications necessary for the discharge of the ordinary duties of the trust imposed, we are of opinion that on the occurrence of difficulties, in the exercise of it, which offer only a choice of measures, the adoption of a course from which loss ensues cannot make the agent responsible, if the error was one into which a prudent man might have fallen. The contrary doctrine seems to us to suppose the possession, and require the exercise of perfect wisdom in fallible beings. No man would undertake to render a service to another on such severe conditions. The reason given for the rule, namely, that if the mandatory had not accepted the office, a person capable of discharging the duty correctly would have been found, is quite unsatisfactory. The person who would have accepted, no matter who he might be, must have shared in common with him who did the imperfections of our nature, and consequently must be presumed just as liable to have mistaken the correct course. The test of responsibility, therefore, should be, not the certainty of wisdom in others, but the possession of ordinary knowledge; and by showing that the error of the agent is of so gross a kind that a man of common sense, and ordinary attention, would not have fallen into it. The rule which fixes responsibility, because men of unerring sagacity are supposed to exist, and would have been found by the principal, appears to us essentially erroneous.*» (Arsh, S.Samuel (1979). "The Business Judgment Rule Revisited". *Hofstra Law Review*, Volume 8 | Issue 1, Article 6)

assegurar que são estes, e não os acionistas, que gerem a sociedade. Se assim não fosse, qualquer um poderia a qualquer altura, questionar as decisões dos administradores e com isso comprometer as sociedades administradas.

A BJR é vista como uma limitação à sindicabilidade das decisões de gestão dos administradores. Como afirma SONIA ALEXANDRA DAS NEVES SERAFIM, a BJR é uma regra que assume uma função limitativa da responsabilidade dos administradores²⁴, porquanto que impede os tribunais de apreciar o mérito da decisão, uma vez verificados certos requisitos.

Para ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA²⁵, de acordo com a génese da regra no direito norte-americano, a BJR consagra uma *presumption* não no sentido técnico jurídico, mas como intenção válida de que os administradores que atuem e tomem decisões com base na recolha de uma informação adequada, de boa-fé e acreditando que estão a agir nos melhores interesses para a empresa, não são responsáveis pelos danos sofridos pela sociedade; exceto se o demandante, isto é, a sociedade lesada, provar que o administrador quando tomou a decisão, na verdade violou algum daqueles critérios.

Na sua génese, a BJR implica que o ónus da prova se encontre sempre na esfera jurídica da sociedade lesada.

Tem como fundamento o interesse dos acionistas, que os administradores não se abstenham de tomar decisões arriscadas, com receio de virem a ser responsabilizados pelos resultados das mesmas, caso esses resultados sejam prejudiciais.

A BJR surge para proteger os administradores da responsabilidade por danos sofridos pelas empresas, ainda que em consequência de boas decisões, os resultados das mesmas tenham sido prejudiciais para a sociedade. Ou seja, a BJR visa impedir uma administração receosa, que na ótica do mercado, seria prejudicial para o incentivo económico e para o sucesso da empresa. Nessa medida, prevalece o entendimento que os acionistas terão maiores lucros quando os administradores sabem que podem tomar decisões arriscadas, sem que venham a ser responsabilizados e quando as tomam sem medos e receios de virem a ser prejudicados ou alvo de ações judiciais.

É sabido que no mercado altamente competitivo de hoje, não raras são as ocasiões em que os melhores resultados se obtêm com decisões arriscadas, tomadas sob pressão, sujeitas ainda a fatores concorrenciais e contextuais incertos.

Assim, é perceptível que a BJR tenta encontrar um ponto de equilíbrio entre os deveres e as exigências impostas aos administradores e ao seu espaço de discricionariedade, ao permitir-lhes agirem libertos, e tomarem decisões arriscadas, sem terem de passar pelo escrutínio de uma ação judicial.

A BJR constitui assim uma zona de conforto (*safe harbour*), que limita a ingerência dos tribunais na apreciação de decisões de gestão, ao mesmo tempo que traduz a manutenção do espaço de discricionariedade e autonomia dos administradores, sem que isso implique a total ausência de controlo dessas mesmas decisões.

Com a BJR, o mérito das decisões dos administradores é salvaguardado, sendo contudo, o

²⁴ Serafim, Sónia Alexandra das Neves. 2010. p. 40.

²⁵ s.a., "A Business Judgment Rule".

cumprimento dos procedimentos a adotar na tomada de uma decisão, sindicáveis pelo tribunal.

É certo que o mérito da decisão dos administradores nunca poderá ser apreciado, mas apenas o processo decisório, assim como não poderão nunca os administradores ser julgados em função dos resultados das suas decisões, porquanto, e como já defendia a doutrina alemã, tal poderia levar a resultados injustos.

De facto, os resultados negativos de uma decisão seriam fácil e injustamente imputáveis ao administrador, porquanto no momento em que a decisão é tomada o administrador tem o contexto do momento da decisão, mas não detém todos os fatores. Nesse momento não se conhecem todas as externalidades²⁶, nem as reações do mercado, nem da concorrência, que são aspetos, estão fora do controlo e da vontade dos administradores.

Como refere ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, a BJR não escrutina a substância das decisões dos administradores, não tem subjacente qualquer regra ética ou moral, correspondendo apenas a um *utilitarismo economicista*.²⁷ Na BJR, o que está em causa não é o mérito da decisão (mesmo que esta conduza a resultados prejudiciais para a empresa), mas antes o cumprimento do processo decisório.

Assim o administrador só será responsável por danos sofridos pela sociedade, quando se prove que não cumpriu os deveres procedimentais para a tomada da decisão. Os resultados prejudiciais que a decisão implique, são irrelevantes para responsabilizar o administrador, exceto em casos de fraude à lei ou nas situações em que os administradores atuem de forma deliberada e consciente em proveito próprio, com detrimento do interesse da sociedade.²⁸

A BJR é uma corrente jurisprudencial de origem norte americana dos tribunais do Estado de Delaware, tendo sido seguida e desenvolvida pelos restantes direitos norte-americanos.

Os sistemas europeus, não obstante alguma doutrina já defendesse a sua aplicação, só mais tarde a adotam em textos legais e a consagram expressamente.²⁹

Entre nós, ilustres vozes da doutrina já defendiam a aplicação da BJR antes da sua consagração; CARNEIRO DA FRADA, por exemplo, já antevia e defendia a aplicação da regra, face à redação que os artigos 64º e 72º vieram a ter com a entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 76-A/2006,

²⁶ O conceito de externalidades é um conceito económico que manifesta os efeitos laterais de uma decisão sobre aqueles que não participaram dela. Existe uma externalidade quando há consequências para terceiros que não são tomadas em consideração e não era possível serem tomadas em consideração, por quem tomou a decisão, no momento em que a tomou. As externalidades podem ter natureza negativa, quando geram custos para os demais agentes, ou natureza positiva quando os demais agentes, involuntariamente, acabam por ser beneficiados.

²⁷ s.a., “A Business Judgment Rule”.

²⁸ O que se insere no âmbito dos deveres de lealdade e a BJR não cobre as situações de violação dos deveres de lealdade.

²⁹ No Reino Unido a matéria ficou regulada no artigo 178º do *Companies Act* 2006; na Alemanha encontra-se no §93º, I, 2, 1ª parte da *Aktiengesetz*. No direito francês e no direito italiano, por sua vez, não encontramos disposições semelhantes àquelas. Todavia, a não consagração expressa na lei, não significa que os princípios da BJR não sejam adotados pelos tribunais desses ordenamentos jurídicos, como acontece desde logo no direito norte-americano, onde a BJR sempre vigorou como corrente jurisprudencial.

de 15 de março.

Porém, a forma como foi consagrada no direito português não foi pacificamente acolhida pela doutrina.

Várias críticas foram dirigidas ao preceito, do ponto de vista substantivo e sistemático. De facto, é-lhe apontada a redação ambígua, que levanta dificuldades a nível da sistematização com os restantes preceitos legais, nomeadamente com o artigo 64^o, C.S.C.

Não obstante a redação problemática da BJR no direito português, o certo é que o seu fundamento foi postulado e prosseguido pelos tribunais, que têm sido avessos a sindicar o mérito das decisões dos administradores.³⁰

Vejamos de seguida os principais aspetos a considerar na BJR. Nesta análise não seremos indiferentes às divergências doutrinárias que se levantam sobre a sua natureza, sobre a qual tomaremos posição.

V. BJR: PRESSUPOSTOS DE APLICAÇÃO

Essencialmente a BJR pode ser encarada por duas formas: i) como norma de avaliação de conduta dos administradores, mas limitativa do poder de jurisdição dos tribunais ou ii) como critério de licitude.

Independentemente da posição que se tome, certo é que a BJR impede a apreciação do mérito das decisões dos administradores, porquanto limita a responsabilidade dos administradores às situações em que se verifique um incumprimento da racionalidade que deve pautar o processo de decisão. Assim, tem como efeito prático impedir a apreciação do mérito e a substância das decisões de gestão, as quais verificados os pressupostos de aplicação da BJR, fazem presumir aquelas decisões dotadas de razoabilidade.

Desta forma, a possibilidade do mérito substancial de um ato de gestão ser sindicado judicialmente, é circunscrita às situações de irracionalidade e incumprimento do procedimento decisório, conferindo aos administradores um amplo espaço de discricionariedade e liberdade na adoção de medidas inovadoras e arriscadas, as quais ainda que se venham a revelar prejudiciais para a empresa, serão salvaguardadas de uma avaliação judicial, desde que suportadas numa escolha adequadamente ponderada e norteada por critérios de racionalidade empresarial.

Os pressupostos de aplicação da BJR são os seguintes: i) A tomada de uma decisão; ii) que seja livre de um interesse exclusivo do administrador ou qualquer interesse pessoal (financeiro ou de qualquer outra ordem); e iii) que obedeça a um critério de racionalidade empresarial.

Em primeiro lugar é necessário que exista um facto, ou seja, que efetivamente seja tomada

³⁰ Não obstante esta matéria seja praticamente oca na Jurisprudência dos tribunais portugueses; apenas existe um afloramento jurisprudencial na sentença da 3^a Vara Cível de Lisboa de 27.10.2003, o que no entanto demonstra que a responsabilidade dos administradores por decisões de gestão danosas e os limites da sindicabilidade judicial dessas decisões, já era discutida na ordem jurídica portuguesa antes da Reforma de 2006.

uma decisão, ainda que a mesma seja no sentido negativo, isto é, um *non facere*, ou seja, que o administrador tenha tomado a decisão, no caso concreto, de nada fazer.

Em segundo lugar, é necessário que essa decisão seja tomada no interesse da sociedade, com exclusão de qualquer outro, prosseguido em detrimento do da sociedade. Ou seja, a decisão tem de ser livre de qualquer intenção de apropriação ou obtenção de vantagens pessoais, ou que favoreçam terceiros, em detrimento da sociedade. É este pressuposto que afasta o âmbito de aplicação da BJR dos deveres de lealdade. Com efeito, a prossecução de vantagens pessoais em detrimento do interesse da sociedade por parte do administrador, tem tratamento em sede própria, que no caso do direito português se encontra expressamente consagrado³¹.

Por fim, o terceiro pressuposto, pedra angular da BJR, mas também o de mais difícil interpretação e aplicação: o critério da *racionalidade empresarial*.

A racionalidade empresarial existirá, sempre que a decisão for coerente, sensata e compreensível. A decisão dotada de racionalidade empresarial assenta na convicção de que é a melhor decisão, dentro das possíveis e a mais eficaz com vista ao cumprimento do interesse social.

Existindo uma decisão precedida de um procedimento diligente, com vista a sua documentação e fundamentação e dirigindo-se única e exclusivamente à prossecução da realização do interesse social, a BJR, juntamente com os restantes pressupostos de aplicação encontrará espaço para operar, impedindo a apreciação judicial da decisão de gestão danosa.

A maior vantagem da aplicação da BJR decorre da impossibilidade de sindicar o mérito de uma decisão de gestão, uma vez feita prova de que os procedimentos de preparação da mesma foram respeitados. Tudo dependerá das circunstâncias do caso concreto e dos fatores que condicionaram a tomada da decisão.

Em suma, os deveres de cuidado constituem normas de conduta dirigidas aos administradores e gerentes, sendo estes de responsabilizar civilmente em caso de violação (dolosa ou negligente) dos requisitos referidos no artigo 72.º/2 CSC. Em paralelo com estes deveres, manteve o legislador a referência à “*diligência do gestor criterioso e ordenado*”, que deverá continuar a ser interpretada como um padrão de conduta, ao qual se acrescenta a referência às funções e à competência técnica, também estas critérios de determinação do padrão da conduta.

³¹ *Vide*, a título de exemplo os artigos 398º/3 e 428º, C.S.C.

VI. BJR: NATUREZA JURÍDICA

Na sequência da consagração da BJR no direito português, no artigo 72.º/2 C.S.C., surgiram várias posições na doutrina sobre a sua natureza.

Se lermos o preceito temos: “*A responsabilidade 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 segunda parte do preceito não oferece dúvidas; estamos perante a enunciação dos pressupostos de aplicação da BJR. Mas que dizer relativamente à primeira parte?

De facto o legislador empregou a expressão “*A responsabilidade é excluída...*”. Esse aspeto criou muitas divergências, porque levou alguns setores da doutrina a considerar a BJR como causa de exclusão da responsabilidade.

Para compreender qual a natureza da BJR no direito português temos de atender ao preceito na fonte. Como supra mencionado, a BJR é uma corrente jurisprudencial de origem norte-americana, que consagra-a como regra de avaliação de conduta dos administradores, em que se presume, salvo prova em contrário, que os mesmo atuaram no interesse da empresa e com respeito aos procedimentos exigíveis.

Quando transposta para o direito português, ela é consagrada como causa de exclusão da responsabilidade, na sequência da expressão constante do preceito “*a responsabilidade é excluída*”. Dizer que a responsabilidade é excluída coloca a seguinte questão: Do ponto de vista lógico, em algum momento (mas com certeza em momento anterior à exclusão), essa responsabilidade se presumiu.

Ora, seguindo as melhores doutrinas, não podemos deixar de constatar que as formulações linguísticas não são irrelevantes do ponto de vista semântico, porquanto todas as palavras empregam sentido à realidade a que são dirigidas.

Na doutrina portuguesa as divergências nesta matéria são intensas. No entendimento da CMVM, a BJR deverá ser entendida como causa de exclusão da responsabilidade. Também MENEZES CORDEIRO apresenta o mesmo entendimento, contanto que seja por via da exclusão da ilicitude.³²

Em coordenadas opostas temos ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, para o qual a BJR consagra uma mera regra de avaliação de conduta dos administradores, sem presumir qualquer responsabilidade, nem inverter qualquer ónus da prova, o que “*corresponderia a uma subversão total do regime de responsabilidade civil*”³³, no qual o ónus da prova da ilicitude compete sempre ao demandante.

Por fim, CARNEIRO DA FRADA, adota uma posição mitigada³⁴, defendendo que à lesada

³² (2006). “Os Deveres Fundamentais dos Administradores das Sociedades (artigo 64º/1, CSC)”, *Revista da Ordem dos Advogados*, p. 4/23.

³³ s.a., “A Business Judgment Rule”.

³⁴ (2007). “A Business Judgment Rule no quadro dos deveres gerais dos administradores”. *Revista da Ordem*

bastará fazer prova indiciária dos factos de onde resultam o não cumprimento dos deveres de cuidado do administrador, competindo àquele afastar esses elementos, a fim de com isso afastar a presunção de ilicitude (sem com isso entender que existe uma inversão do ónus da prova).

VII. RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES PARA COM TERCEIROS

Nos termos do artigo 79.º C.S.C., “*Os gerentes ou administradores, respondem também, nos termos gerais, para com sócios e terceiros pelos danos que diretamente lhes causarem no exercício das suas funções*”.

Os “sócios” são aqui visados enquanto titulares de participação social, não enquanto terceiros, titulares de direitos de crédito ou reais derivados de negócios jurídicos, por eles celebrados com a sociedade.

“Terceiros” são os sujeitos que não a sociedade, nem os seus administradores ou sócios. Para efeitos de aplicação deste artigo, terceiros serão os trabalhadores daquela sociedade, os fornecedores, clientes e consumidores finais, credores sociais (que não beneficiem do artigo 78.º, C.S.C.), sócios e o Estado.

A responsabilidade em causa resulta de factos (ilícitos, culposos e danosos) praticados pelos administradores “no exercício das suas funções”, isto é, *durante e por causa* da atividade de gestão e/ou representação social. Neste sentido, é também uma responsabilidade “orgânica”: do titular de órgão social no desempenho das respetivas funções.

Evidentemente, pode o administrador praticar atos fora do exercício das suas funções (sem ligação funcional à administração social) que o responsabilizem perante terceiros. Tal responsabilidade porém fica inteiramente sujeita ao regime comum da responsabilidade civil, alheia às especificidades jurídico-societárias da responsabilidade.

A responsabilidade dos administradores para com terceiros passa pela delimitação rigorosa dos seus pressupostos. Assim, os administradores não respondem para com terceiros por quaisquer danos sofridos por aqueles; respondem somente “*pelos danos que diretamente lhes causarem*” no exercício das suas funções. Assim, para haver dano o prejuízo terá de incidir *diretamente* no património do sócio ou de terceiro.

Não releva o dano meramente reflexo, derivado de dano sofrido diretamente pela sociedade. Se resulta um dano para a sociedade de um comportamento indevido do administrador, podem os sócios e terceiros sofrer (indiretamente) prejuízos também. Por exemplo, os sócios deixam de receber ou recebem menos lucros e veem diminuir o valor das suas participações sociais, os credores sociais deparam-se com o enfraquecimento da garantia patrimonial do seu crédito. Nestes casos, contudo, terão cabimento as ações sociais de responsabilidade, nos termos do disposto no artigo 75.º C.S.C. e, eventualmente as ações de credores sociais nos termos do artigo 78.º, C.S.C., mas as ações individuais de sócios ou terceiros (artigo 79.º C.S.C.): o administrador responderá tão-só para com a sociedade.

Contudo, um mesmo ato de administração pode causar danos distintos à sociedade, por um lado, e a sócios e a terceiros por outro. Por exemplo, a elaboração e apresentação de documentos de prestação de contas anuais falsas, leva à distribuição de lucros fictícios (dano patrimonial social), à aquisição de novas e sobreavaliadas quotas ou ações por sócios (dano aos sócios) e à concessão de créditos (dano a terceiros). Em casos tais, há lugar tanto para as ações sociais de responsabilidade como para as ações individuais dos sócios e terceiros.

Esta conceção dos danos “diretamente” causados, tem sido afirmada generalizadamente. No entanto, uma outra conceção tem sido avançada – quer em jeito de complemento àquela, quer como alternativa, na qual “diretamente” causado significaria que o administrador responde para os sócios ou terceiros somente por condutas dolosas ou particularmente reprováveis. COUTINHO DE ABREU critica esta posição referindo que “diretamente” se refere ao pressuposto dano e não ao pressuposto culpa³⁵.

Pelos danos diretamente causados a sócios ou terceiros, os administradores respondem “nos termos gerais”, segundo a formulação do n.º1 do artigo 79º C.S.C.

A conduta dos administradores terá portanto de ser ilícita. Tal sucede nas seguintes situações: i) quando os administradores violem direitos (absolutos) dos sócios ou terceiros; ii) quando violem normas legais de proteção de uns e ou de outros e iii) quando violem certos deveres específicos.

Ao que interessa na presente dissertação, iremos focar-nos na responsabilidade civil dos administradores perante terceiros *strictu sensu*, isto é, terceiros que correspondam apenas a clientes e consumidores finais.

Assim a responsabilidade dos administradores perante terceiros poderá concretizar-se: i) Por violação de direitos (absolutos) de terceiros: COUTINHO DE ABREU apresenta como exemplos³⁶, o caso em que um administrador dirige pessoalmente o bar da sociedade, resultando da exploração do mesmo ruído e fumo, que ofendem o direito geral de personalidade e o direito à saúde de quem habita no andar de cima³⁷; o caso em que o administrador vende o automóvel que o proprietário havia confiado à sociedade para reparação; o caso em que por iniciativa ou consentimento dos administradores, a sociedade utiliza sem licença patente ou marca de outrem; ii) por violação de normas legais de proteção de terceiros: o caso em que o administrador mediante elaboração e apresentação de relatório de gestão e balanço (ou outros elementos de escrituração social) não verdadeiros induzem terceiros a adquirir participações sociais por preço excessivo ou a conceder crédito depois não satisfeito; iii) por violação de deveres jurídicos: o caso em que num armazém desativado da sociedade, não vigiado e com as portas mal fechadas, entram crianças que ficam feridas por caírem em alçapão não sinalizado e com a tampa descolada.

Estes dois últimos exemplos, inserem-se no controverso campo da responsabilidade por omissões e ofensas mediatas a direitos de terceiros. Parece contudo, que os administradores devem ser responsabilizados somente quando violem deveres no tráfico a que pessoalmente estejam obrigados – quando desrespeitem o dever jurídico de atuar sobre aspetos da organização ou do funcionamento empresarial-societário que constituam fontes especiais de riscos para terceiros. Este entendimento, ser-nos-á muito útil num ponto mais adiantado da nossa tese, quando falarmos sobre a responsabilidade dos administradores para com terceiros no sector específico da atividade de distribuição da energia elétrica e do gás natural, nomeadamente, no artigo 509º C.C., que consagra uma responsabilidade objetiva pelos danos causados pelo risco da atividade, a qual pode encontrar uma zona de coexistência ou de convergência com a responsabilidade dos administradores para com

³⁵ (2010). *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*.

³⁶ (2010). *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*. p. 87 a 90.

³⁷ Vide o Acórdão da Relação de Lisboa de 30 de Março de 1995, t. II, p. 98.

a sociedade, pela violação de deveres de cuidado relativos à segurança das instalações elétricas e de gás natural e do cumprimento das regras técnicas do seu funcionamento.

Numa palavra, os administradores não serão responsabilizados perante terceiros, por toda e qualquer deficiência organizativo-funcional da sociedade geradora de danos, como se tivessem uma posição de garantes dos terceiros. Em regra, os deveres organizativo-funcionais dos administradores são para com a sociedade, não para com terceiros; conseqüentemente, quem responde perante estes pelos danos provocados por deficiente organização ou funcionamento societário é a sociedade e/ou os trabalhadores que causem imediatamente o prejuízo. Assim por exemplo, se a sociedade por iniciativa de diretor de produção – sem conhecimento dos administradores – causa danos a terceiros, responderão pelos danos causados esse diretor e a sociedade (artigo 500.º C.C.).

Para além do dano e da ilicitude, outro pressuposto da responsabilidade dos administradores para com sócios e terceiros, é nos termos gerais, a culpa, que será graduada consoante for mais intensa ou menos intensa (dolo ou negligência).

Salvo presunção legal de culpa (que inverta o ónus da prova), é aos sócios ou terceiros lesados que incumbe provar a culpa dos administradores, nos termos gerais. Assim é, uma vez que o artigo 79.º, n.º2, C.S.C. não remete para o artigo 72.º, n.º1, C.S.C.

Tal como se discute a natureza da BJR, tem-se discutido a natureza da responsabilidade dos administradores para com terceiros. As opiniões são as mais variadas: Trata-se para MENEZES CORDEIRO de uma responsabilidade obrigacional³⁸; para ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA de uma responsabilidade delitual, “*dado que não existe qualquer relação contratual funcional entre os administradores e os sócios ou terceiros*”.³⁹ e para COUTINHO DE ABREU de uma responsabilidade delitual, porque não existe, normalmente, prévia relação jurídica entre os prejudicados e os administradores enquanto tais.⁴⁰ Defende igualmente que relativamente aos sócios se trata de responsabilidade obrigacional. Contudo, ainda nesse caso, é aplicável o regime da responsabilidade extra-obrigacional nos termos do disposto no artigo 485.º, n.º2 do C.C., pelo que incumbe aos sócios lesados provar a culpa dos administradores.

Em nossa opinião, encontramos a melhor doutrina nas posições que defendem a natureza delitual da responsabilidade dos administradores perante terceiros.

Quanto à remissão feita para o artigo 72.º, n.º2 C.S.C, para COUTINHO DE ABREU ela não faz sentido, pois perante os sócios e terceiros, os administradores não terão qualquer margem de atuação discricionária, estando antes vinculados a fazer ou não fazer algo determinado.⁴¹ Assim, deverá o artigo 79.º, n.º2 C.S.C. ser interpretado restritivamente, de modo a desatender-se a remissão para o n.º5 do artigo 72.º C.S.C, já que este se refere à exclusão de responsabilidade para com a sociedade, ao invés do artigo 79.º C.S.C., que trata da responsabilidade para com os sócios e

³⁸ Cordeiro, António Menezes. *Da responsabilidade dos administradores...*, pp. 101-102. Porém em *Da responsabilidade civil...*, p. 496 o Autor afirma tão-só a qualificação de delitual.

³⁹ 2013. *Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários, Instrumentos Financeiros e Mercados*. Vol. I, 7ª Edição, pp. 331.

⁴⁰ (2010). *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*.

⁴¹ (2010). *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*.

terceiros. Entendimento semelhante apresenta também ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA⁴².

Por fim, pelos atos dos administradores que causem danos diretamente aos sócios e terceiros, também poderá a sociedade ser responsável. Na doutrina, porém, os entendimentos sobre como se conjugam as duas responsabilidades tem variado.

Sublinhamos que este é também um aspeto relevante na análise do regime da responsabilidade dos administradores na parte específica do setor de distribuição de energia elétrica e do gás natural, uma vez que questionamos a validade da hipótese de em caso de responsabilidade objetiva da sociedade pelo risco da atividade, nos termos do artigo 509.º C.C., poder a sociedade intentar uma ação de responsabilidade contra os administradores, devido a considerar que os danos (aparentemente) causados por causas exteriores a um juízo de valor subjetivo que imputasse a responsabilidade a alguém, na verdade poderiam ter sido evitados se os procedimentos previstos no artigo 72.º/2, C.S.C. tivessem sido observados.

Retomando o debate sobre como as duas responsabilidades acima mencionadas se conjugam, tomamos em consideração as principais linhas de pensamento que se formaram a respeito. Assim: i) uma considera que a sociedade, por ser insuscetível de culpa, ela não é responsável⁴³ uma vez que os poderes conferidos aos seus órgãos são circunscritos a atos lícitos; outra que ii) a Sociedade responde com os administradores.

Numa primeira corrente deste segundo entendimento, só a sociedade responde para com terceiros e sócios. Sendo os órgãos parte componente da sociedade, os atos e omissões daqueles são factos desta. Os administradores responderiam eventualmente apenas para com a sociedade – ressarcindo o dano social derivado da obrigação de indemnização perante terceiros e sócios.

Numa segunda corrente só a sociedade responde diretamente ou por facto próprio. Mas sobretudo para reforçar a tutela de terceiros e sócios, também os administradores respondem diretamente para com eles.

Uma terceira corrente entende que a sociedade responde, mas em termos de responsabilidade objetiva por facto de outrem. E os administradores respondem diretamente. Esta última solução é a consagrada no direito português, no artigo 79.º C.S.C., quanto aos administradores, e no artigo 6.º n.º5 relativamente à sociedade, que determina que “*A sociedade responde civilmente pelos atos ou omissões de quem os legalmente a represente, nos termos em que os comitentes respondem pelos atos ou omissões dos comissários.*” Ora, tal regime é no fundo o que já resulta do disposto no artigo 500.º C.C., do regime da responsabilidade do comitente. Nesse caso, sendo os administradores responsáveis para com sócios ou terceiros, também a sociedade responderá solidariamente.

⁴² 2013. *Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários, Instrumentos Financeiros e Mercados*. Vol. I, 7ª Edição. pp. 315.

⁴³ Para a exposição e crítica destas concepções v. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, Vol. I – *Sujeitos e Objeto*, 3ª reimpr., Almedina, Coimbra, 1972, pp. 131, ss. e RAUL VENTURA/BRITO CORREIA, ob. Cit., BMJ n.º 194, pp. 15, ss.

VIII. DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA E DO GÁS NATURAL

O setor energético foi desde a década de 90, sob influência decisiva do direito comunitário, alvo de reformas legislativas com grande impacto no seu enquadramento legal e económico.

Com efeito, a maior dessas reformas foi a que encetou o abolicionismo dos monopólios públicos em favor de um processo de liberalização, com o objetivo de criação de um mercado interno, aberto à concorrência.

A existência de um mercado interno concorrencial de eletricidade e de gás natural, traduz-se na possibilidade de os consumidores escolherem livremente os seus fornecedores e de estes poderem abastecer sem quaisquer obstáculos os seus clientes. E é a existência desse mercado interno, o principal desígnio da política europeia da energia, como decorre do disposto nas Diretivas n.ºs 2003/54/CE e 2003/55/CE, ambas do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2003.

É da liberalização que surge a necessidade de regulação das atividades que constituem o SEN e o SNGN, com fundamento de que os excessos da liberalização não podem pôr em causa interesses públicos.⁴⁴

Foi com a Diretiva 96/92, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de dezembro de 1996, em matéria de eletricidade e a Diretiva 98/30, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de Junho de 1998, no domínio do gás natural, que o intervencionismo estadual foi substituído por um novo paradigma assente na existência de um mercado concorrencial.

No entanto, o processo de liberalização, em especial do mercado da eletricidade, apenas foi concluído no ano de 2006, com a publicação da Lei n.º 26/2006 de 15 de fevereiro, que estabelece as Bases Gerais da Organização e Funcionamento do SEN e do Decreto-Lei n.º 172/2006 de 23 de Agosto, que consagra o regime jurídico das Atividades de Produção, Transporte, Distribuição, Comercialização de Eletricidade e Operação Logística de Mudança de Comercializador. Com esta legislação chegava ao seu termo um caminho, iniciado na década de 90, percorrido com o objetivo de converter a energia elétrica num “bem de mercado”, e assim romper com a histórica ligação da eletricidade aos conceitos de monopólio público e direitos exclusivos.

Por sua vez, foi apenas em inícios da década de 90 que o gás natural começou a ser

⁴⁴ Historicamente, as atividades elétricas (produção, transporte e distribuição) apareciam organizadas segundo um modelo de integração, tendo sido desenvolvidas em sistema de monopólio vertical, por uma mesma empresa, que atuava nas várias fases ou estádios do ciclo elétrico. Esta visão unicista e agregada do setor teve como consequência, a submissão de todas as atividades que o integram aos mesmos princípios jurídicos e à mesma organização: o monopólio público, a ideia de serviço público e a técnica concessória. Não obstante o paradigma tenha sido alterado e estejamos atualmente perante um modelo liberalizado e concorrencial, somos da opinião – salvo melhor entendimento – que a referência ao interesse público é indispensável nesta matéria, porque de facto o modelo atual de organização dos setores, contempla ainda uma exigência de funcionamento do sistema segundo “padrões de serviço público” (nomeadamente de acordo com o artigo 5º do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de Fevereiro, que estabelece as bases gerais da organização e funcionamento do SEN).

regulado no nosso ordenamento jurídico, pelo que relativamente a esta fonte de energia, o processo de liberalização assumiu contornos ligeiramente diferentes.

1. O setor elétrico

A atual organização do SEN resulta de um processo de harmonização europeia dos regimes jurídicos, tendente à implementação de um mercado elétrico único na Europa.

Trata-se de um setor especial, com problemas próprios, que resultam em grande medida do facto de a eletricidade constituir um produto energético secundário⁴⁵, produzido a partir de fontes primárias e de ser um bem não armazenável em quantidades significativas, o que obriga que em cada momento, seja necessário garantir um bom nível de harmonização entre a produção e o consumo.

Estas questões técnicas, como se verá mais à frente, fazem parte das questões primordiais, na lista de prioridades dos administradores destes setores.

1.1. Evolução histórica

As primeiras normas relativas à indústria elétrica em Portugal constam da Lei da Organização dos Correios, Telégrafos, Telefones e Fiscalização das Indústrias Elétricas, de 24 de maio de 1911, diploma que surge como primeiro documento normativo oficial sobre a produção e fornecimento de energia elétrica no nosso país.

Mais tarde, a Lei de Eletrificação do País, a Lei n.º 2002, de 26 de dezembro de 1944, veio aprovar as bases em que assentaria o setor elétrico nacional. Em 1960, foram introduzidas modificações neste regime, através do Decreto-Lei n.º 43 335, de 19 de novembro de 1960, que visava explicitar os princípios e regras fundamentais relativos à produção e transporte da eletricidade, consagrando ainda normas relativas a colisões de direitos (entre o interesse público e os direitos de privados), com previsão de indemnizações aos proprietários de terrenos sobre os quais se achesse uma linha elétrica, da qual resulte *“redução de rendimento, diminuição de área das propriedades ou quaisquer prejuízos provenientes da construção das linhas”*.⁴⁶

Em 1975, com a nacionalização das empresas de energia elétrica (Decreto-Lei n.º 205-G/75, de 16 de abril), são transferidos para o Estado todos os serviços e instalações existentes em território nacional, o que determina o fim do modelo radicado nas concessões de serviço público, passando a vigorar entre nós um regime de monopólio cometido a uma empresa pública (a Eletricidade de Portugal – E.P., criada pelo Decreto-Lei n.º 502/76, de 30 de Junho), em regime de exclusivo, como viria a ser confirmado pela Lei n.º 46/77, de 8 de Julho. É nesta fase que se assiste a um diferendo entre o Estado e os Municípios no que respeita à organização da distribuição da energia elétrica em

⁴⁵ Produto energético secundário é todo aquele que resulta da transformação de um produto energético primário. São produtos energéticos primários o carvão, o petróleo e o gás natural.

⁴⁶ Cfr. artigo 37.º do Decreto-Lei 43 335 de 19 de novembro de 1960.

BT, uma vez que era necessário compatibilizar o regime jurídico de monopólio público de empresa pública com os direitos das autarquias locais, as quais tinham a seu cargo há vários anos a atividade de distribuição em BT, investindo na construção das respetivas redes. Um diferendo que culminou com a instituição de uma solução de compromisso: a concessão legal da atividade à EDP pelos municípios segundo um regime jurídico definido pelo legislador nacional, incluindo o contrato-tipo. Assim, a Resolução do Conselho de Ministros n.º 112/82 de 14 de Julho, aprovada na sequência do disposto na resolução do conselho de ministros n.º 213-A/80 de 9 de Junho, apontava para a concessão, pelas autarquias, dos serviços de distribuição à EDP.

O decreto-lei 344-B/82, de 1 de setembro,⁴⁷ viria a dar execução ao disposto nas mencionadas resoluções, estipulando, em termos gerais, as condições que a deveriam obedecer os contratos de concessão.

Por sua vez, no que respeita à exploração do serviço elétrico nas regiões autónomas, rege o disposto no decreto-lei n.º 315/80 de 20 de Agosto.

A organização do SEN viria a sofrer grandes transformações na década de 90, quando teve início o denominado processo de privatizações e liberalização do setor elétrico. Embora a primeira iniciativa legislativa nesse sentido remonte a 1991, com a aprovação do Decreto-Lei n.º 99/91, de 2 de março, a mesma nunca chegou a ser efetivamente aplicada, pelo que o marco histórico fundamental se deve apenas ao pacote legislativo de 1995, onde se incluíam: o Decreto-Lei n.º 182/95, de 27 de Julho, que estabelecia as bases da organização do SEN; o Decreto-Lei n.º 183/95, de 27 de Julho, que disciplinava o regime jurídico de produção de energia elétrica, o Decreto-lei 184/95, de 27 de Julho que regulava a distribuição da energia elétrica; o Decreto-Lei n.º 185/95 de 27 de Julho, respeitante ao transporte de energia elétrica; o Decreto-Lei n.º 186/95, de 27 de Julho, que disciplinava a co-geração; o Decreto-Lei n.º 187/95, de 27 de Julho, que criou a entidade reguladora do setor elétrico (a atual ERSE) e o Decreto-lei n.º 188/95 de 27 de Julho, que estatuiu a Entidade de Planeamento do Sistema Eletroprodutor.

Em termos económicos, esta passagem dos setores públicos tradicionais (monopólios naturais) para o mercado, implicou não só o levantamento das barreiras jurídicas à iniciativa privada, mas também uma atividade reguladora complementar, à qual se exigia não apenas a garantia do bom funcionamento do mercado, mas antes o próprio desmantelamento efetivo dos monopólios naturais.

Nesta fase é publicado no plano europeu, o denominado primeiro pacote de liberalização dos setores energéticos, no qual se inclui a Diretiva 96/92/CE, de 19 de dezembro. As suas principais preocupações eram as de garantir a separação (*unbundling*) contabilística e jurídica das atividades (o que levou à fragmentação dos monopólios tradicionais, assentes em empresas verticalmente integradas, sem prejuízo de um grupo de empresas poder continuar a atuar em todas as atividades), o acesso de terceiros à rede (*essential facilities*) e a criação de um sistema de autorizações para novas instalações de produção.

Portugal, que contava apenas com a EDP como operador no setor elétrico, tomou a dianteira e optou por separar daquela empresa a propriedade da rede de transporte de eletricidade, concessionando-a a uma empresa juridicamente distinta da EDP – a REN – constituída *ex novo* para

⁴⁷ Diploma que veio a ser revogado pela lei 29/2006 de 15 de Fevereiro.

o efeito, abrindo assim o caminho para a separação da gestão da rede das restantes atividades do setor.

As Diretrizes Europeias do primeiro pacote obrigaram a uma revisão dos diplomas que faziam parte do pacote legislativo de 1995, o que aconteceu com a aprovação do Decreto-Lei n.º 56/97 de 14 de março, que introduziu alterações nos Decretos-Lei 182/95, Decreto-lei 183/95, Decreto-lei 184/95 e revogou o Decreto-lei n.º 188/95, de forma a adaptar a legislação nacional ao conteúdo da diretiva 96/92/CE.

O regime jurídico do setor elétrico sofreria depois modificações importantes, no início dos anos 2000, por força da implementação do MIBEL. Entre os principais diplomas legais que integraram esta fase de transição contam-se: o Decreto-Lei n.º 184/2003 de 20 de Agosto, que definiu as condições de exercício, em regime de mercado, das atividades de comercialização e de importação e exportação da energia elétrica; o decreto-lei n.º 185/2003 da mesma data, que estabeleceu as regras gerais para a criação de um mercado livre e concorrencial de energia elétrica; o Decreto-Lei n.º 36/2004 de 26 de fevereiro, que alargou o conceito de elegibilidade dos consumidores de energia elétrica; o Decreto-Lei n.º 192/2004, de 17 de Agosto, que estendeu a elegibilidade aos consumidores de energia elétrica de BTN e o Decreto-Lei n.º 240/2004, de 27 de dezembro, que aprovou o regime jurídico de manutenção do equilíbrio contratual.

Em 2003 foi aprovado o segundo pacote europeu em matéria de energia. Tratava-se de um conjunto de alterações que começaram a ser preparadas na década de 90 e por isso revelam uma grande influência dos movimentos ambientais, cujo papel entretanto se reforçara (conferência do Rio em 1992 e Quioto em 1997), bem como o reflexo das dificuldades no acesso às fontes energéticas primárias.

Estas influências determinaram a consagração de duas linhas de ação complementares na política energética. Por um lado, a necessidade de promover o desenvolvimento do uso de Fontes de Energia Renovável (FER) na produção de eletricidade (Diretiva 2001/77/CE, de 27 de setembro), bem como a divulgação dos processos de co-geração (Diretiva 2004/8/CE), ao mesmo tempo que se procurava acelerar a implementação dos mercados dos produtos energéticos e das respetivas trocas transfronteiriças, de modo a torna-los mais eficientes e a otimizar as capacidades de produção elétrica no território dos estados-membros – Diretiva 2003/54/CE, de 23 de Junho, para o setor da eletricidade, que apostou no aprofundamento do *unbundling*, na liberalização da produção, na designação de um fornecedor de último recurso, que garantisse o serviço essencial e no acesso regulado à rede através de tarifas. Deste pacote fazem ainda parte os Regulamentos Europeus relativos às condições de acesso às redes de transportes, ou seja, o Regulamento (CE) 1228/2003, de 26 de Junho de 2003, relativo ao comércio transfronteiriço de eletricidade.

Estas Diretrizes apenas foram transpostas para o ordenamento jurídico nacional em 2006, através da aprovação do Decreto-Lei n.º 29/2006 de 15 de fevereiro, que estabelece os princípios gerais em matéria de organização e funcionamento do SEN, bem como o exercício das atividades de produção, transporte, distribuição e comercialização de eletricidade e de organização dos mercados de eletricidade, complementado pelo Decreto-Lei n.º 172/2006 de 23 de Agosto, diploma que desenvolve aqueles princípios.

Estes diplomas, ainda que com algumas alterações, constituem a base normativa do SEM e foram sendo atualizados para dar transposição ao terceiro pacote europeu, em matéria de energia, que incluiu a Diretiva 2009/72/CE, de 13 de Julho, que revê a Diretiva 2003/54/CE, insistindo no aprofundamento do *unbundling* e contemplando algumas medidas de proteção à produção local, bem como à proteção de clientes vulneráveis; o Regulamento (CE) 713/2009, de 13 de Julho de 2009, que institui a Agência de Cooperação dos Reguladores de Energia e o Regulamento CE/714/2009, de 13 de Julho de 2009, que estabelece as condições de acesso à rede para o comércio transfronteiriço e institui a Rede Europeia de Operadores da Rede de Transporte de eletricidade (REORT – eletricidade).

As alterações mais recentes aos diplomas legais em vigor foram aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 78/2011, de 20 de Junho, que modificou diversas disposições do Decreto-Lei n.º 29/2006, procedendo também à sua republicação e pelo Decreto-Lei 178/2015 de 27 de Agosto, que procedeu à sexta alteração do Decreto-Lei n.º 29/2006 no que concerne ao regime do artigo 73.º-A, relativo à repercussão dos sobrecustos com a aquisição de energia a produtores em regime especial.

1.2. O Sistema Elétrico Nacional

Nos termos do artigo 10º da Lei 29/2006 de 15 de fevereiro, o SEN é «*o conjunto de princípios, organizações e agentes instalações elétricas, relacionados com as atividades abrangidas pelo presente decreto-lei no território nacional.*»

O SEN é composto pelas atividades de produção; transporte, distribuição, comercialização, operação de mercados de eletricidade e operação logística de mudança de comercializador, nos termos do disposto no artigo 13º do Decreto-Lei n.º 29/2006, de 15 de fevereiro.

1.2.1. A Produção

A lei distingue dois regimes de produção de eletricidade: a produção em regime ordinário e a produção em regime especial, nos termos do artigo 17º do Decreto-Lei n.º29/2006.

O exercício da atividade de produção de energia processa-se em regime de livre concorrência, ficando sujeito a obtenção de licença pela DGEG.

A atividade de produção de eletricidade encontra-se sujeita a um regime jurídico especial, quando se trate de geração a partir de fontes renováveis, de resíduos e co-geração. Também neste caso o exercício da atividade de produção de energia continua a depender de licença (ou de autorização de exploração), a atribuir pela DGEG.

1.2.2. O Transporte e a Distribuição

Tão importante como gerar energia é conduzi-la até ao ponto de consumo que dela necessita.

É às atividades de transporte e distribuição, através das redes, que compete essa função de transmitir ou veicular a eletricidade entre vários pontos.

No entanto, as atividades não se equivalem, e embora com funções à primeira vista semelhantes, elas são exercidas por diferentes entidades e apresentam âmbitos e regimes diferentes.

É o que veremos de seguida, fazendo a distinção técnica e jurídica entre a atividade de transporte a atividade de distribuição.

1.2.3. O Transporte

O Transporte da energia elétrica consiste na transmissão de eletricidade numa rede interligada de MAT e de AT para efeitos de receção dos produtores e de entrega a distribuidores, comercializadores ou a grandes clientes finais, mas sem incluir a comercialização. É uma atividade que integra também a gestão global do sistema, consistindo na coordenação das instalações do SEN, tendo em vista a segurança e a continuidade do abastecimento elétrico.

O transporte de energia elétrica é uma atividade exercida em concessão de serviço público, em exclusivo e por 50 anos, atribuída por concurso público, mediante a exploração da RNT e encontra-se sujeita a regulação, nos termos do disposto no artigo 21º do Decreto-Lei n.º 29/2006.

Vigora atualmente no nosso ordenamento, um regime de separação patrimonial da rede de transporte (modelo de *full ownership unbundling*) relativamente às demais atividades do setor elétrico, nos termos das alíneas i) e j) do Decreto-Lei n.º 29/2006 – o que significa que nenhuma pessoa singular ou coletiva, pode deter, diretamente ou sob qualquer forma indireta, mais de 10% do capital do operador da RNT ou da empresa que o controle, sendo essa limitação de 5% para as entidades que exerçam atividades no setor elétrico nacional ou estrangeiro.

Com efeito, quando em 1994 a EDP começou a ser reprivatizada, o Estado optou por separar a rede de transporte dos ativos da empresa e concessionou-a a uma empresa juridicamente distinta, a REN – Rede Elétrica Nacional, S.A., que primeiro integrou o grupo EDP, mas que a partir de 2000 se autonomizou daquele, passando depois a constituir também um grupo empresarial (a REN, SGPS, S.A.) com o alargamento do seu objeto social à exploração da rede de transporte de Gás Natural.

A exploração da rede de transporte, constitui uma atividade essencial ao bom funcionamento do mercado energético, na medida em que a toda a eletricidade transacionada tem de ser injetada na rede e obtida a partir da rede, o que significa que o gestor é determinante para a eficácia das transações, para a instalação de novos electroprodutores (capacidade técnica da rede), para garantir a não discriminação entre utilizadores, ao mesmo tempo que tem que garantir a segurança no abastecimento, ou seja, o correto funcionamento técnico da rede através de um conjunto de serviços auxiliares que tomam a designação de gestão técnica global do SEN.

Por conseguinte, um dos elementos fundamentais para o bom funcionamento do mercado é a garantia da ligação e do acesso à RNT por parte dos produtores, distribuidores, comercializadores e consumidores, pois só assim poderão ser operativas as transações de eletricidade que os mesmos venham a celebrar. Essas garantias dependem, não só do correto funcionamento técnico do sistema, mas também da verificação de condições económicas adequadas, as quais são disciplinas pela

entidade reguladora através dos seus regulamentos.

1.2.4. A Distribuição

A Distribuição de energia elétrica consiste na veiculação de eletricidade em rede de distribuição de AT, MT e BT para entrega ao cliente, excluindo a comercialização.

À semelhança do transporte, também esta atividade é exercida em exclusivo em regime de concessão de serviço público, mediante a exploração da RND e das redes em BT, nos termos do artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 29/2006. Assim, a atividade de distribuição comporta uma componente nacional – RND – em alta e média tensão e uma componente municipal, a rede de distribuição em baixa tensão. Também à semelhança do transporte, a exploração da rede de distribuição integra a *operação de rede* nos termos definidos no Regulamento de Operação de Redes aprovado pela ERSE.

No entanto, ao contrário do transporte, a distribuição de energia em AT e MT constitui uma atividade sujeita ao modelo do *functional unbundling*, pois o operador de rede apenas é independente no plano jurídico, da organização e tomada de decisão de outras atividades não relacionadas com a distribuição, uma vez que a mesma se encontra confiada a uma empresa que faz parte do grupo EDP, ou seja, um grupo empresarial que exerce a sua atividade no segmento da produção e da comercialização, embora não o faça através de empresa distinta da EDP – Distribuição S.A. Os critérios que garantem o *functional unbundling*, essenciais ao funcionamento do mercado, são os que constam do artigo 36.º do Decreto-Lei 29/2006.

Já no que respeita à distribuição em BT, as concessões são atribuídas pelos municípios respetivos, nos termos do disposto no artigo 31.º do Decreto-Lei n.º 29/2006. Neste caso a lei prevê a possibilidade de os municípios optarem pela exploração direta das respetivas redes. Contudo, assiste-se ao fenómeno de “manutenção” das “concessões municipais outorgadas à EDP” originárias do regime legal instituído pelo Decreto-lei n.º 344-B/82, as quais vêm perdurando.⁴⁸ Aos municípios é reconhecido o direito a uma “renda” devida pela exploração da concessão.

Em ambos os níveis, nacional e municipal, se exige uma separação funcional entre a operação de redes de distribuição e as restantes atividades do setor elétrico, em especial, a comercialização. Com efeito, o operador de rede não pode adquirir eletricidade para comercialização, devendo para o efeito (quando se trate de um grupo empresarial, como é o caso da EDP), constituir uma empresa juridicamente separada e garantir a separação contabilística e de tomada de decisão entre as empresas.⁴⁹

Para o tema da presente dissertação reveste-se de especial relevância, o artigo 36.º, assim como o artigo 36.º-A, ambos do Decreto-lei 29/2006. O facto de as redes constituírem uma infraestrutura de capacidade limitada e muito dependente de constrangimentos técnicos, capazes de

⁴⁸ Vide artigo 71.º do Decreto-Lei n.º 29/2006.

⁴⁹ Existe contudo uma *atenuação* da exigência da separação, nos termos do artigo 36.º/3 do Decreto-Lei n.º 29/2006.

comprometer o correto funcionamento do mercado – seja a montante na produção, seja a jusante, na comercialização – existem especiais cautelas por parte do poder público para evitar comportamentos discriminatórios. Neste sentido, não só estas atividades estão sujeitas a intensa regulação, como têm sido implementados pelo legislador outros mecanismos, nos quais se incluem, nomeadamente, o *programa de conformidade*, consagrado no artigo 36.º-A do Decreto-Lei n.º 29/2006, que consiste num conjunto de medidas a adotar pelos operadores das redes de distribuição para excluir comportamentos discriminatórios, incluindo instrumentos que permitam verificar o respetivo cumprimento, bem como um código de ética, relativo à independência da sua atividade

1.2.5. A Comercialização

Conforme estabelecido no artigo 42º do Decreto-Lei n.º 29/2006, o exercício da atividade de comercialização consiste na compra e venda de eletricidade para comercialização a clientes finais ou outros agentes, através da celebração de contratos bilaterais ou da participação em outros mercados.

Com a separação das atividades e a conseqüente criação da atividade de comercialização, o legislador alterou a conceção tradicional, segundo a qual era o distribuidor (agente que opera na rede) que fornecia os clientes. De facto, a conexão física da rede de distribuição com as instalações de entrega de energia ao cliente, impunha uma associação lógica e necessária da gestão da rede à entrega e venda ao cliente.

O passo decisivo na rutura dessa interpretação, consistiu em colocar o gestor da rede na posição de agente que se limita a transportar a energia que alguém (o comercializador) comprou para vender ao cliente, cujas instalações estão ligadas à rede (de distribuição). Foi desta forma que a comercialização surgiu como atividade autónoma.

De acordo com o artigo 42.º da lei de bases, o exercício da atividade de comercialização de eletricidade é livre, ficando sujeita a registo prévio, para o qual é competente a DGEG. Por sua vez, o exercício da comercialização de último recurso está sujeito a licença.

2. O Setor do Gás Natural

Ao contrário do SEN, a introdução do gás natural no nosso país só começou a ser regulamentada em 1989, após a aprovação do Decreto-Lei n.º 374/89, de 25 de outubro. Desta forma, a matéria relativa ao SNGN não é tão rica e desenvolvida como o SEN, sendo certo no entanto, que coloca outro tipo de questões, tanto de natureza técnica, como a nível jurídico, igualmente pertinentes, e únicas neste setor.

Na linha da frente das questões específicas que apenas se colocam no setor do gás natural, encontra-se, nomeadamente, o facto de Portugal não produzir gás natural.

2.1. Evolução Histórica

O Decreto-lei n.º 374/89, de 25 de outubro, é a primeira lei a regular o gás natural em Portugal, nos termos da qual todas as atividades que constituem o sistema nacional de gás natural, ficariam subordinadas a um regime de concessão de serviço público, no âmbito do qual as empresas suportariam os custos inerentes à construção de instalações, gasodutos e redes de distribuição de Gás Natural (GN).

Um ano depois, o Decreto-Lei n.º 284/90, de 18 de setembro, aprovou o regime de concurso público para adjudicação de concessão do terminal de GNL e gasoduto, bem como os termos da construção das respetivas infra-estruturas e o Decreto-Lei n.º 285/90, da mesma data, as bases da concessão em regime de serviço público, do mencionado terminal de GNL e gasoduto.

O Decreto-Lei n.º 232/90 de 16 de Julho estabeleceu as normas aplicáveis às infraestruturas, determinando que o sistema seria composto por um terminal de receção, armazenamento e tratamento; gasodutos de transporte; redes de distribuição e estações de compressão e postos de redução de pressão. A estrutura do sistema seria posteriormente ampliada pelo Decreto-Lei n.º 7/2000, de 3 de fevereiro, para passar a incluir as instalações de armazenamento ligadas aos gasodutos ou às redes de distribuição, os postos de enchimento de GN veicular e as redes de distribuição privativa.

A adesão tardia de Portugal a esta fonte energética, explica o facto do mesmo ter podido beneficiar até 2008, à luz das regras do direito comunitário, do estatuto de “mercado emergente”⁵⁰, o que o “dispensava” de ter de instituir um regime de mercado para o setor, podendo manter o sistema de concessões concebido inicialmente.

A Diretiva 98/30/CE, de 22 de Junho de 1998, relativa a regras comuns para o mercado do gás natural, constitui o primeiro marco normativo para a criação do mercado interno do GN, seguindo-se a dois diplomas anteriores que já haviam iniciado o processo de “agilização” das trocas entre os Estados-membros: a Diretiva 90/377/CEE, de 29 de Junho de 1990, respeitante ao processo comunitário de transparência dos preços no consumidor final industrial de gás e eletricidade, e a Diretiva 91/296/CEE, de 31 de maio de 1991, relativa ao trânsito de gás natural nas grandes redes.

De acordo com a Diretiva 98/30/CE, as empresas de gás natural passavam a ser obrigadas a manter contas separadas (*accounting unbundling*) das atividades de transporte, distribuição e armazenamento de GN e os Estados a instituir mecanismos (negociados e regulamentados) de acesso à rede, bem como a determinar o universo dos clientes elegíveis, ou seja, aqueles aos quais seria reconhecida a capacidade jurídica para celebrar contratos de fornecimento de GN ou para o adquirir. Estas normas, contudo, não chegaram a ser implementadas, pois como vimos, Portugal, por ser um “mercado emergente”, ficava dispensado do seu cumprimento, nos termos do artigo 26º/2 da Diretiva.

Assim, a organização do setor até 2006, assentava fundamentalmente no regime de concessões aprovado pelo Decreto-lei n.º 374/89, com as alterações que posteriormente lhe foram

⁵⁰ Considera-se mercado emergente “O Estado-membro em que o primeiro fornecimento comercial do seu gás natural de longa duração te há sido efetuado há menos de dez anos” (Cfr. Artigo 2º/22 da Diretiva 98/30/CE).

sendo introduzidas pelo regime de ajuste direto na outorga das concessões do terminal de GNL e do transporte e fornecimento através da rede de alta pressão (gasoduto), uma vez que até essa data não tinha ainda sido possível celebrar o contrato de concessão com a adjudicatária do concurso realizado nos termos do Decreto-Lei n.º 284/90.

Na sequência desta alteração legislativa, a importação de gás natural, o seu transporte e fornecimento através de uma rede em alta pressão (gasoduto de transporte de gás natural entre Setúbal e Braga) foi concessionada à Transgás – um consórcio constituído, em 1993, pela GDP – Gás de Portugal, S.A., na sequência do convite endereçado àquela sociedade pelo Ministro da Indústria e Energia, para apresentar uma proposta tendente à adjudicação da concessão da exploração do serviço público da importação de gás natural e do seu transporte e fornecimento através da rede de alta pressão. Para além da GDP, o consórcio integrava ainda as seguintes entidades: EDP – Eletricidade de Portugal, S.A., Caixa Geral de Depósitos, S.A., SETGÁS – Sociedade de produção e Distribuição de Gás, S.A., LUSITÂNIA GÁS – Companhia de Gás do Centro, S.A. e PORTGÁS – Sociedade de Produção e Distribuição de Gás, S.A.).

O contrato de concessão celebrado entre o Estado e a Transgás, conferia a esta o exclusivo do exercício das atividades de importação, transporte e fornecimento de GN, conforme o disposto nas bases aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 274-C/93, de 4 de Agosto, em conformidade com o disposto na Resolução do Conselho de Ministros, n.º 61/93, de 18 de outubro.

Já a distribuição regional de gás natural, foi organizada a partir da fixação de quatro grandes áreas geográficas regionais – Norte, Centro, Sul e Lisboa – correspondendo a cada uma delas uma concessão outorgada na sequência de um concurso, regulado pelo Decreto-Lei n.º 32/91, de 16 de janeiro, e cujas bases se encontravam estabelecidas no Decreto-Lei 33/91 da mesma data. À exceção de Lisboa, cuja concessão foi atribuída à Gás de Portugal, S.A., constando as respetivas bases de exploração do anexo ao decreto-lei n.º 333/91, de 6 de setembro.

Segundo a Resolução do Conselho de Ministros n.º 38/91, de 18 de setembro, que dava cumprimento ao disposto no artigo 27º do Decreto-Lei n.º 32/91, as concessões regionais foram atribuídas às seguintes entidades: Zona Norte – consórcio liderado pela PORTGÁS; zona Centro – consórcio liderado pela Nacional Gás; e zona Sul – o consórcio liderado pela SETGÁS.

A construção e implantação da rede (gasoduto de transporte em alta pressão e redes regionais de distribuição em média e baixa pressão) no território ficou a cargo das respetivas concessionárias, prevendo-se a reversão dos bens para o Estado no termo da concessão, mediante o pagamento de uma “indenização”. Para facilitar e agilizar o regime de implementação das redes, foi aprovado um regime jurídico especial para as servidões do gás, constante do Decreto-Lei n.º 11/94, de 13 de janeiro, diploma que viria a ser modificado pelo Decreto-lei n.º 23/2003, de 4 de fevereiro, pelo qual se prescindiu da autenticação notarial de acordo relativo ao valor da indenização a atribuir aos proprietários dos prédios onerados.

A ocupação do subsolo municipal com as infraestruturas de GN criou no nosso ordenamento, um dos principais pontos de conflito entre as empresas e os municípios quanto à obrigação de pagamento de uma taxa.

Com efeito, sem qualquer isenção expressamente prevista nas bases das concessões, ou

sequer um regime jurídico semelhante ao das rendas do setor elétrico, os municípios defendiam a obrigação de pagamento da taxa pelas empresas, ao passo que estas alegavam o direito a uma isenção. Um diferendo que foi fomentado pelo disposto no artigo 21^o/b) da Lei que aprovou o OE para 2004⁵¹ ao consagrar uma autorização legislativa para o Governo ampliar as taxas que os municípios podiam cobrar à luz da Lei das Finanças Locais n.º 42/98, de 6 de Agosto, às situações de ocupação ou utilização do solo, subsolo e espaço aéreo do domínio público municipal e aproveitamento dos bens de utilidade pública, designadamente por empresas e entidades nos domínios das comunicações e distribuição de gás natural. A questão ficou posteriormente estabilizada na jurisprudência e o pagamento das referidas taxas não suscita hoje quaisquer dúvidas à luz do disposto na atual lei das Finanças Locais.

Em 1997 o projeto global de implementação do GN no país foi revisto no intuito de alargar a sua implementação a outras áreas do território, o que justificou a instituição de um novo regime jurídico para a outorga de novas concessões e extensão das existentes, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 203/97, de 8 Agosto.

Com melhor tecnologia e em fase de divulgação comercial, o Decreto-lei n.º 521/99 de 10 de dezembro, veio impor novas regras em matéria de projetos de instalação de gás em edifícios, designadamente, os termos da obrigatoriedade nos casos de construção, ampliação, recuperação ou reconstrução.

Em 2000, foram aprovadas, pelo Decreto-lei n.º 8/2000, de 8 de fevereiro, diversas alterações legislativas aos diplomas em vigor, de forma a permitir a exploração do serviço de gás em regime de licença, mediante a constituição de “redes locais autónomas abastecidas a partir de instalações autónomas de GNL”, no âmbito de distribuição de gás natural em zonas do território não incluídas nas áreas de concessão distribuidoras regionais.

Apesar de não estar obrigado a instituir o regime jurídico previsto na Diretiva 98/30/CE, por se tratar de um mercado emergente, Portugal optou, em 2001, por sistematizar num único diploma – o Decreto-Lei n.º 14/2001, de 27 de janeiro – a organização do setor, em conformidade com a diretriz europeia, embora salvaguardando a sua eficácia para o momento em que Portugal deixasse de ser um mercado emergente, nos termos do artigo 14^o do Decreto-lei n.º 14/2001, ou seja até 2008.

Com a aprovação da Diretiva 2003/55/CE, de 23 de Junho, para o SNGN (Diretiva integrada no segundo pacote energético), foram estipuladas no plano europeu algumas mediadas importantes como a constituição de um regime de autorizações para os operadores, a separação de atividades, o acesso regulado e negociado às redes e a instituição de uma regulação independente para o setor. Deste pacote fazia ainda parte o Regulamento Europeu relativo às condições de acesso às redes de transporte para o comércio transfronteiriço de gás natural – O Regulamento (CE) 2005/1775/CE.

A mencionada Diretiva seria transposta para o ordenamento jurídico nacional pelo Decreto-Lei n.º 140/2006, de 26 de Julho, o qual, entre outras novidades, optou por antecipar o fim do regime jurídico excecional do mercado emergente, alterando a calendarização prevista para a liberalização do setor.

O Decreto-Lei n.º 30/2006 foi atualizado pelo Decreto-Lei n.º 78/2011, de 20 de Junho, que

⁵¹ A Lei n.º 107-B/2003, de 31 de Dezembro.

transpõe para o nosso ordenamento jurídico a Diretiva 2009/72/CE, integrada no *terceiro pacote energético* europeu para a construção do mercado interno.⁵² Com a entrada em vigor deste diploma e do Decreto-Lei n.º 140/2006 começou a ser implementado em Portugal um regime de mercado no setor do gás natural, o qual pressupôs uma modificação/termo do modelo de concessões de serviço público em regime exclusivo.

Assim, a organização deste setor passava a escudar-se num regime de *unbundling* das atividades, semelhante ao que já vigorava no setor elétrico.

2.2. O Sistema Nacional de Gás Natural

A organização das atividades do SNGN obedece a diferentes critérios da organização das atividades do SEN.

Assim é porque, e como pudemos observar pela evolução histórica, a regulamentação do gás natural como fonte de energia em Portugal deu-se em momento muito posterior, razão pela qual existe no setor do gás natural, algum atraso na regulamentação do mercado, quando comparado com o mercado elétrico.

Contudo, com exceção da atividade de produção, sublinha-se que para o objeto da nossa dissertação – os deveres de cuidado no setor da distribuição da energia elétrica e do gás natural – essas diferenças são mínimas, porquanto os princípios a que obedece o setor da distribuição do gás natural são os mesmos a que obedece a atividade de distribuição de energia elétrica, nomeadamente, no facto do setor do gás natural se reger por um princípio de *unbundling* das atividades, semelhante ao que existe no setor elétrico.

2.2.1. A Produção

Contrariamente ao que acontece no SEN, Portugal não produz gás natural como fonte de energia, não dispondo de quaisquer jazidas de gás natural, o que significa que, não existindo produção nacional de gás natural, a segurança do abastecimento, dependa de importação, ou seja, de contratos de aquisição celebrados com os países fornecedores.⁵³

De acordo com as informações da GALP (em cujo grupo se integra a Trangás) existiam em 2011 os contratos de aquisição de gás natural com a Nigéria e a Argélia, celebrados em média por um período de 20 anos e, consoante os casos, com início nos anos de 1997, 2000, 2003 e 2006.

Com efeito, Portugal é abastecido por gasoduto e por GNL, mais precisamente pelo gasoduto do Maghreb que parte da jazida de *HassiR'Mel*, na Argélia, seguindo até Tânger, e através do estreito

⁵² Razão pela qual as referências que se seguem ao Decreto-Lei n.º 30/2006 terão como base a versão republicada pelo Decreto-Lei n.º 77/2011.

⁵³ Contratos esses que suscitam diversas questões, uma vez que devem conseguir dar resposta à procura, não só no presente, mas também futura, incluindo os seus picos, ao mesmo tempo que não podem deixar de ser economicamente sustentáveis para as empresas que os celebram.

de Gibraltar, até Tarifa, prosseguindo em gasoduto até próximo de Badajoz, entrando em território nacional em Campo maior.

2.2.2. O Transporte

A organização económica do setor do gás natural, assenta num regime de *unbundling* das atividades, semelhante ao que vigora no setor elétrico. Contudo, para executar o mercado de gás natural, foi necessário proceder a alterações ao regime de concessões vigente até então.

A concessão em regime de serviço público, com caráter exclusivo da RNTGN em alta pressão, antes integrada no contrato de concessão do serviço público de importação, transporte e fornecimento de GN outorgado à Transgás em 1993, por 35 anos, foi transmitida à REN, Gasodutos, S.A., por força do disposto no artigo 65.º do Decreto-Lei 140/2006, por um prazo de 40 anos, competindo-lhe o recebimento, transporte e entrega de gás natural através da rede de alta pressão; construção, manutenção e operação de infra-estruturas; planeamento; desenvolvimento e expansão da RNTGN; gestão técnica global do SNGN; controlo da constituição e manutenção das reservas de segurança de gás natural.

O Regulamento da RNTGN, aprovado pela Portaria n.º 142/2011, de 6 de abril regula esta atividade, estabelecendo condições técnicas e de segurança a que deve obedecer o projeto, a construção, a exploração, a manutenção e a colocação fora de serviço das infraestruturas da RNTGN, visando assegurar o adequado fluxo de gás natural, a interoperabilidade com as redes a que estejam ligadas e a segurança de pessoas e bens.

A *gestão técnica e global* do SNGN consiste na coordenação sistémica das infraestruturas, de forma a assegurar o funcionamento integrado e harmonizado do sistema de gás natural e a segurança na continuidade do abastecimento, nos termos do artigo 13.º/2 do Decreto-Lei 140/2006. Ora, tal significa que as instruções técnicas emitidas pela concessionária da RNTGN, na qualidade de gestora técnica global do sistema, vinculam todos os operadores do setor, bem como terceiros com direito de acesso à rede.

Assim, e tal como referimos a propósito do operador do sistema elétrico, também aqui importa sublinhar a relevância desta atividade como instrumento de garantia de bom funcionamento do mercado. Foi neste sentido, que se instituiu a obrigação de certificação do operador da rede de transporte, nos termos do artigo 21.º-A do Decreto-lei 30/2006 e que visa avaliar o cumprimento das condições relativas à separação jurídica e patrimonial do operador da RNTGN, relativamente às restantes entidades que exerçam, diretamente ou através de empresas coligadas, as atividades de produção ou comercialização de gás natural ou de eletricidade.

Na atividade da operadora da rede de transporte, inclui-se ainda o armazenamento subterrâneo de gás natural, atualmente e por força do disposto no artigo 65.º do Decreto-Lei 140/2006, a cargo da REN – Armazenagem, S.A. O Estado outorgou ainda uma concessão de armazenamento subterrâneo à Transgás. O prazo destas concessões é de 40 anos, sendo o seu objeto constituído pelo recebimento, a injeção, armazenamento subterrâneo, a extração, o tratamento e a entrega de gás natural, quer para a constituição e manutenção de reservas de segurança, quer

para fins operacionais e comerciais, bem como a construção, manutenção, operação e exploração de todas as infraestruturas e das instalações necessárias para a sua operação.

O armazenamento subterrâneo de gás natural é uma atividade que se desenvolve ao abrigo do Regulamento de Armazenamento Subterrâneo, e ainda, em conformidade o Código de Conduta do operador de armazenamento subterrâneo, de acordo com o artigo 21.º do Regulamento das Relações Comerciais do SNGN.

Atualmente, a receção, armazenamento e regaseificação, são atividades desenvolvidas em regime de concessão em exclusivo, pelos operadores de terminais GNL, transmitida à REN – Atlântico, Terminal de GNL, S.A., por força do disposto no artigo 65.º do Decreto-Lei 140/2006. Esta atividade é desenvolvida em conformidade com o Regulamento de terminal de receção, armazenamento e regaseificação de GNL, e deverá o operador de receção, armazenamento e gaseificação, nos termos do disposto no artigo 21.º do Regulamento das Relações Comerciais do SNGN, desenvolver a atividade em conformidade com o Código de Conduta do operador de receção, armazenamento e regaseificação de GNL.

2.2.3. A Distribuição

Atualmente, a distribuição de gás natural em média e baixa tensão é exercida em regime de concessão ou licença.

Em 2008 tornou-se efetiva a regulação da atividade de distribuição de gás natural em Portugal, possibilitada pela renegociação dos contratos de concessão entre o Estado português e as anteriores sociedades integradas de distribuição e comercialização de gás natural.

Assim, as concessões de distribuição regional de gás natural foram modificadas e os gasodutos de MP e UAG's (instalações autónomas de receção, armazenamento e regaseificação de GNL para emissão em rede de distribuição local ou diretamente ao cliente final), que estavam na titularidade da Transgás, foram alienadas aos concessionários de distribuição regional e aos titulares das licenças de distribuição local. Atualmente, a atividade de distribuição de gás natural, é assegurada por seis operadores de rede, em regime de concessão, a saber: Beiragás, Lisboagás, Lusitaniagás, Portgás, Setgás e Tagusgás.

Os titulares das concessões de distribuição regional de gás natural assumem a qualidade de operadores da RNDGN na área correspondente à respetiva concessão, tal como acontece com os titulares das licenças de distribuição local, que foram equiparados a concessionários regionais pelo Decreto-Lei n.º 65/2008, de 9 de abril.

De acordo com o artigo 31.º-A do Decreto-Lei n.º 30/2006, os operadores das redes de distribuição que pertençam a empresas verticalmente integradas (isto é, empresa ou grupo de empresas de gás natural em que a mesma pessoa ou as mesmas pessoas têm direito, direta ou indiretamente, a exercer controlo e em que a empresa ou grupo de empresas exerce, pelo menos, uma das atividades de produção ou comercialização de gás natural), e sirvam um número de clientes igual ou superior a 100.000 devem elaborar um programa de conformidade, que contemple as medidas adotadas para excluir comportamentos discriminatórios, designadamente, códigos éticos de

conduta. Mais uma vez, compete à ERSE aprovar o código de conduta e verificar a conformidade deste com o Regulamento das Relações Comerciais.

2.2.4. A Comercialização

Na sequência da transposição para a ordem jurídica interna, da diretiva comunitária sobre a liberalização do mercado do gás natural, as atividades de comercialização foram separadas das atividades de exploração das infraestruturas de distribuição.

Atualmente, a comercialização é uma atividade exercida em regime de livre concorrência, separada juridicamente das restantes atividades, apenas sujeita a regime prévio, nos termos do artigo 37.º-A do Decreto-Lei n.º 30/2006. A atividade de comercialização de gás natural inclui a importação, exportação, o comércio intracomunitário de gás natural e GNL, a compra e venda por grosso e a retalho daqueles.

De acordo com a lei, compete ao comercializador entregar gás natural na RNTIAT e na RNDGN, assim como constituir reservas de segurança de GN na rede.

Por fim, no âmbito da atividade de comercialização, cumpre destacar o papel do comercializador de último recurso, atividade sujeita a regulação e exercida mediante licença, nos termos do n.º1 do artigo 37.º-A do decreto-lei n.º 30/2006, juridicamente separada das restantes atividades, sendo garantida uma remuneração adequada pelo regulador, calculada em função da gestão eficiente. De acordo com a cláusula 12ª da Resolução do Conselho de Ministros n.º 109/2006, a Transgás é titular de uma licença de comercialização de último recurso até 2028.

IX. A REGULAÇÃO: A ENTIDADE REGULADORA DOS SERVIÇOS ENERGÉTICOS (ERSE)

A regulação “nasce” da imbricação entre o mundo económico e o mundo jurídico, após a transição para o novo modelo económico-social de desenvolvimento, assente na dinâmica da economia privada, combinada com a supervisão e a direção do poder público e controlo na organização e funcionamento de certas atividades económicas a cargo de entidades privadas.

A regulação energética e, por conseguinte, a regulação sectorial da eletricidade e do gás natural, está intrinsecamente ligada ao processo de liberalização, porque a política europeia da energia pressupõe a existência de entidades reguladoras, independentes dos interesses em jogo e imunes a interferências governamentais.

A entrada nestes novos mercados constitui o resultado de complexos e demorados processos de transição para a concorrência, que originaram uma transformação onde era essencial assegurar que ao monopólio público não iriam sobrevir monopólios privados. Assim, a “construção de fileiras de mercado”, dependia em primeiro lugar, de uma gestão independente das infra-estruturas de rede, uma vez que estas constituíram pontos incontornáveis de estrangulamento do mercado.

Para garantir a regulação dos setores assentes neste tipo de infra-estruturas, optou-se pela

criação de entidades reguladoras independentes, que exercem as suas funções em três pontos essenciais e estruturais da respetiva atuação.

Em primeiro lugar, determinam a finalidade da sua atuação; no caso do setor elétrico, atendendo aos fenómenos naturais e estruturais que o condicionam, esta premissa de base é condicionadora dos outros dois pontos estruturais da regulação.

Em segundo lugar determinam os instrumentos de regulação que vão utilizar, sendo comum a determinação legal do conjunto de regulamentos que devem aprovar para garantir e estruturar o funcionamento eficiente do setor.

Por fim, em matéria de controlo e fiscalização da função reguladora, cumpre destacar a necessidade de adaptar o método jurídico tradicional às exigências requeridas pelo controlo de atos de regulação económica.

A regulação no setor energético apresenta uma amplitude e abrangência de problemas fora do vulgar, quando se compara com outros domínios, e que derivam, entre outras causas, de aspetos relacionados com a atividade industrial.

Contudo, o conceito de regulação na legislação do setor elétrico apresenta um âmbito especialmente limitado, em consequência de o processo de liberalização se apresentar meramente parcial.⁵⁴ Além do mais, apresenta problemas específicos decorrentes da técnica e das “leis da física”, como seja a impossibilidade de armazenar energia e de prever com absoluta segurança os seus fluxos.

Deste contexto tecnológico, resulta uma especificidade que caracteriza o mercado de energia, que necessariamente tem de ser ponderada em sede de regulação, que é o facto de, mesmo uma pequena empresa, cuja posição no mercado seja insignificante, poder nas circunstâncias adequadas, assumir uma importância decisiva, por exemplo, em casos de situações pontuais de défice energético grave.

O processo de regulação foi despoletado pelas Diretivas de 1996/62, as quais foram substituídas por uma nova geração de diretivas aplicáveis ao gás e à eletricidade, as Diretivas n.ºs 2003/54/CE e 2003/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2003, que constituem os primeiros atos no impulso da constituição de um mercado interno de energia na União Europeia.

Para cumprir o processo de liberalização, foram dados os seguintes passos: i) separação das

⁵⁴ Nos termos da legislação aplicável ao SEN, apenas nas atividades de produção e comercialização é que foi introduzida concorrência, ainda que com segmentos sujeitos à regulação, ficando assim o transporte e a distribuição como atividades confiadas a concessionários, em regime de concessão de exclusivo. Assim, quando falamos em “atividades reguladas”, em rigor apenas nos estamos a referir ao transporte, distribuição, comercialização de último recurso, operação logística de mudança de comercializador e gestão de mercados organizados (artigo 57º, do Decreto-Lei n.º29/2006). No entanto, e no que ao tema da nossa dissertação diz respeito, no caso da distribuição a opção pelo regime de concessão de serviço público, em exclusivo, não foi uma decisão livre, de teor político ou económico; na verdade, tal sucedeu pela impossibilidade prática e jurídica da duplicação de redes, as infraestruturas necessárias ao desenvolvimento destas atividades. Por deverem ser únicas no território nacional é que as redes continuam a constituir um monopólio natural.

atividades das empresas, até então verticalmente integradas⁵⁵; ii) acesso às redes de transporte e distribuição sem quaisquer discriminações e iii) a criação de entidades reguladoras independentes, com autonomia face aos Governos dos Estados membros, que ficam responsáveis por assegurar o cumprimento das regras da concorrência.

No essencial, a regulação especificamente aplicável ao setor energético visa concretizar três grandes objetivos: i) separar os interesses dos monopólios naturais dos interesses à concorrência; ii) determinar em que termos devem ser regulados os elementos do monopólio natural que ainda subsistem e iii) estimular a concorrência em áreas específicas, evitando a preponderância dos operadores dominantes.

No nosso ordenamento a atividade regulatória compete à ERSE, criada em 1995 através do Decreto-Lei n.º 187/95, de 27 de Julho, em funcionamento desde 1997, com a aprovação dos referidos estatutos, através do Decreto-Lei n.º 44/97, de 20 de fevereiro. A sua missão encontrava-se circunscrita ao setor elétrico. Com o Decreto-Lei n.º 97/2002 de 12 de abril, passou a denominar-se Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (até então era apenas designada “Entidade Reguladora dos Serviços Elétricos”) e estendeu a sua competência ao setor do gás natural.

Em matéria de regulação económica do setor elétrico e do gás natural, destacamos os poderes da ERSE na aprovação de regulamentos, para solucionar diferendos e aplicar contraordenações.⁵⁶

Com efeito, nos termos da lei⁵⁷, a ERSE tem competências regulamentares⁵⁸, consultivas, sancionatórias, de regulação e supervisão, de fixação de tarifas e de preços das atividades reguladas,

⁵⁵ A desintegração apresentou-se como um pressuposto lógico da liberação. Com efeito, e no caso do SEN, impunha-se separar as várias atividades e simultaneamente, separar a rede (adstrita ao transporte e à distribuição), por um lado, da produção e, por outro lado, do serviço de fornecimento de eletricidade a clientes. Além da separação das atividades, pretendeu-se instituir um sistema de separação empresarial. Os modelos de *unbundling* empresarial são muito variados, podendo ir da mera separação contabilística até à separação da propriedade e conhecendo ainda níveis intermédios: a separação de gestão e a separação societária. Na legislação portuguesa de 2006 adotou-se o modelo de separação societária, impondo-se uma independência organizativa e decisória dos operadores de rede em relação aos interesses da produção e da comercialização.

⁵⁶ De entre eles, o que mais se destaca como expressão de um poder de regulação económica *stricto sensu* é o de aprovar o regulamento tarifário. Com efeito, o legislador estipula que o relacionamento comercial entre os concessionários das redes de transporte e distribuição deve ser regulado pela ERSE, e que a remuneração que os mesmos auferem pela utilização de redes e prestação de serviços inerentes a esse uso, deve constituir igualmente objeto de regulação, assente em tarifas, cujas regras e metodologias de cálculo são previamente estabelecidas pelo regulador. Neste contexto, o regulamento tarifário contempla as regras e as metodologias para o cálculo e a fixação das tarifas de uso de rede.

⁵⁷ A Lei 9/2013 de 28 de janeiro, que aprova o regime sancionatório da ERSE.

⁵⁸ A ERSE dispõe, nos termos do artigo 9º dos seus Estatutos, de competência para a elaboração e aprovação de regulamentos, destinados à aplicação da legislação que disciplina a organização e o funcionamento dos setores que integram o seu âmbito de regulação. Nos termos da alínea a) e da alínea b) do n.º2 do mesmo artigo encontram-se enunciados os vários Regulamentos previstos para o Sistema Elétrico Nacional (SEN) e para o sistema nacional de Gás Natural (SNGN).

de fiscalização e de resolução de litígios.

Como se demonstrará, a regulação (em especial na sua vertente sancionatória) tem forte impacto nas atividades de distribuição da energia elétrica e do gás natural, e conseqüentemente, na posição jurídica dos administradores dessas empresas.

De facto, nos termos do n.º 4 do artigo 37º e no n.º2 do artigo 38º da Lei n.º 9/2013 de 28 de janeiro, sobre os administradores pode recair uma responsabilidade pessoal e contraordenacional pela violação dos deveres aí previstos.⁵⁹

Quid iuris, supondo que um administrador de uma das sociedades operadora de rede viola um dever de cuidado, nos termos gerais, e além do mais não cumpre um dever ao qual está adstrito por força da obrigação de separação jurídica e contabilística das atividades?

Numa primeira abordagem, podemos sugerir que o regime sancionatório do setor energético prevê uma responsabilidade agravada, nos termos da qual à responsabilidade civil dos administradores por violação dos deveres fundamentais, se pode cumular uma responsabilidade contraordenacional por violação de deveres específicos, decorrentes das contingências da regulação.

⁵⁹ *Vide* nomeadamente os artigos 27º e 28º da Lei n.º9/2013 de 28 de janeiro.

X. OS DEVERES DE CUIDADO DOS ADMINISTRADORES DO SETOR DE DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA E DO GÁS NATURAL

Os administradores do setor da atividade de distribuição de energia elétrica e do gás natural, estão naturalmente adstritos aos deveres fundamentais previstos no artigo 64º do C.S.C.

No entanto, no âmbito daquelas atividades, encontram-se ainda sujeitos a cumprir deveres de cuidado específicos, decorrentes da atividade de risco desenvolvida pelas empresas de distribuição da energia elétrica e do gás natural e ainda de acordo com os imperativos ditados pelo direito comunitário.

Assim sendo, para além do artigo 64º C.S.C., o estudo dos deveres dos administradores destes setores passará também pelos deveres de cuidado associados ao cumprimento das normas para implementação de um mercado único de eletricidade e de gás natural; pelos deveres de cuidado associados ao cumprimento dos deveres de separação jurídica e contabilística e independência das atividades e pelos deveres de cuidado relativos à proteção de terceiros, na sequência da atividade de risco desenvolvida.

Neste sentido, serão abordados o artigo 79º C.S.C., assim como o regime do artigo 509º do C.C.

Nos termos da legislação aplicável, podemos concretizar os deveres de cuidado dos administradores e as eventuais violações dos mesmos, recorrendo, nomeadamente⁶⁰, ao artigo 27º, às alíneas a), c), d), f), h), k), r), s), do n.º1 do artigo 28º, às alíneas a), b), m), n), s), do n.º 2 do mesmo artigo, todos os artigos previstos no Regime Sancionatório da ERSE. Acrescente-se o artigo 29º, no qual se prevêem as contraordenações no âmbito do SNGN, que podem igualmente recair sobre os administradores respetivos, nos termos dos artigos 37º/4 e 38º do mesmo diploma.

Sem prejuízo da sua autonomia dogmática, podemos encarar os deveres de cuidado constantes do artigo 64.º C.S.C. como uma base indispensável ao cumprimento dos deveres específicos previstos naqueles artigos.

Relativamente ao dever de separação jurídica e contabilística das atividades, devem os administradores adotar nos termos gerais dos deveres de cuidado previstos no C.S.C, as precauções à recolha da informação relevante e implementar os procedimentos necessários, ao conhecimento efetivo da sociedade e a serem observados pelas várias direções, funcionários e trabalhadores da empresa que compõem a estrutura organizativa da Sociedade, para que aqueles procedimentos sejam respeitados e também por estes observados e não sejam praticados quaisquer atos que contendam com os mesmos.

De seguida iremos proceder à concretização de condutas que podem consubstanciar a violação dos deveres de cuidado dos administradores no setor específico da atividade de distribuição de energia e do gás natural.

⁶⁰ Preceitos a título meramente exemplificativo, uma vez que não é possível enumerar taxativamente todos os deveres que impendem sobre os operadores de rede e seus administradores, e consequentemente pelos quais podem vir a ser responsabilizados caso sejam violados.

À semelhança do que acontece nos termos gerais do artigo 64^o/1/a do CSC, em nenhum diploma legal se encontram taxativamente previstos os deveres de cuidado dos administradores destas áreas, pelo que cabe ao intérprete aplicador do direito recorrer às fontes por forma a delas retirar conteúdo e sentido útil.

A concretização das condutas que consubstanciem violações aos deveres de cuidado dos administradores destes setores, irão resultar da interpretação das normas previstas no regime sancionatório da ERSE, que consagram contraordenações e das normas previstas em manuais de procedimentos da EDP Distribuição.

O regime sancionatório da ERSE tem disposições que podem-se revelar-se úteis na concretização dos deveres de cuidado dos administradores, particularmente no que toca aos deveres de cuidado relativos ao cumprimento das normas de implementação do mercado interno único. Este aspeto não é desprezável, uma vez que estas exigências se incumpridas, podem causar danos à sociedade.

Por outro lado, através da análise dos manuais de procedimentos das operadoras de rede, podemos concretizar os deveres de cuidado associados ao cumprimento do respeito pelos interesses e a proteção de terceiros, que uma vez cumpridos, evitarão situações conduzíveis à responsabilidade dos administradores ou da sociedade, seja nos termos gerais do artigo 79^o C.S.C., seja nos termos específicos da previsão do artigo 509^o C.C.

XI. A RESPONSABILIDADE PELO RISCO

Não obstante o artigo 509.º C.C. consagrar uma responsabilidade objetiva, e portanto, independente de qualquer tipo de juízo subjetivo de culpa (e dessa forma, não sendo fonte de imputação de danos aos administradores), o artigo 509.º C.C. tem uma enorme importância no quotidiano jurídico das empresas de distribuição de energia elétrica e do gás natural. Com efeito, a prática da vida das empresas de distribuição de energia elétrica e do gás natural lida diariamente com o preceito e o mesmo tem uma aplicação constante.

O artigo 509.º C.C. consagra uma responsabilidade pelo risco ou objetiva, que prescindir do juízo de culpa, efetuando-se a imputação de acordo com critérios objetivos de distribuição do risco, por exemplo, a possibilidade de exercer controlo sobre ela ou a criação de perigos em resultado de uma atividade específica.

O risco é assim um título de imputação de danos, que se baseia na delimitação de uma esfera de risco pela qual deve responder outrem que não o lesado. Essa esfera de risco pode ser estabelecida através de diversas conceções, que por sua vez se acumulam entre si.

Para a conceção do risco criado, todo aquele que cria uma situação de perigo deve responder pelos riscos que resultem dessa situação.

Segundo a tese do risco-proveito, a pessoa deve responder pelos danos resultantes das atividades que tire proveito.

Pela conceção risco-autoridade, deve responder pelos danos resultantes das atividades, aquele que as tem em seu controle.

O legislador português adotou uma conceção restritiva da responsabilidade pelo risco, consagrando taxativamente a sua admissibilidade apenas nos casos expressamente previstos na lei, nos termos do artigo 483, n.º 2, C.C.

A responsabilidade objetiva desempenha funções de reparação, mas também de prevenção, pois faz recair sobre aqueles que detêm atividades perigosas, a responsabilidade pelos danos causados pelo exercício dessa mesma atividade, ainda que nenhuma norma de cuidado tenha sido inobservada, porquanto os seus fundamentos prendem-se com a violação de deveres genéricos ou de normas destinadas à proteção de outrem.

XII. A RESPONSABILIDADE PELO RISCO: O ARTIGO 509 CC

Nos termos do disposto no artigo 509.º C.C., a responsabilidade pelo risco é atribuída a quem tiver *“a direção efetiva de uma instalação, destinada à condução de energia elétrica ou de gás e utilizar essa instalação no seu interesse.”*

Para ANTUNES VARELA e ALMEIDA COSTA, esta responsabilidade aplica-se a todo o tipo

de atividades a que se destinam as instalações de energia, o que abrange a produção, o armazenamento, a condução, o transporte, a entrega e a distribuição.

Já MENEZES LEITÃO e RIBEIRO FARIA entendem que a responsabilidade se restringe à condução ou entrega da energia, pelo que não abrange os riscos derivados da própria produção de energia. Argumentam que, não só a lei não prevê expressamente a produção de energia, como também a exclusão dessa produção ocorre no direito alemão e justifica-se porque a instalação destinada à produção de gás ou energia elétrica, não envolve maiores riscos do que outras instalações industriais, não devendo assim o seu regime ser diferenciado.⁶¹

Já a distribuição e a entrega de energia elétrica e gás natural envolve riscos específicos, justificando assim o seu tratamento diferenciado através da responsabilidade pelo risco.

Nos termos deste preceito, a responsabilidade pelo risco é afastada “*se ao tempo do acidente esta (a instalação) estiver de acordo com as regras técnicas em vigor e em perfeito estado de conservação.*” Estamos assim perante uma formulação de responsabilidade pelo risco que corresponde praticamente à situação de *ilicitude imperfeita*, uma vez que se o detentor demonstrar que respeitou as regras técnicas e o dever de conservação da instalação, deixa de ser, para aquele caso em concreto, responsável pelos danos causados pela instalação.

A responsabilidade também será afastada se os danos forem devidos a causa de força maior, considerando-se como tal, “*toda a causa exterior independente do funcionamento e utilização da coisa*”, conforme o n.º 2 do artigo 509.º C.C. Para efeitos de aplicação deste artigo, considera-se força maior não só e apenas os factos naturais externos, incontrolláveis e imprevisíveis pelo Homem (como por exemplo, uma tempestade que pela sua intensidade, derruba um poste de energia), mas também factos do próprio lesado (como por exemplo, o caso em que alguém sofre uma eletrocussão porque subiu a um poste, ou de terceiro, que derrube o poste acidentalmente, por exemplo e nomeadamente em trabalhos de escavações e empreitadas).

A previsão do normativo exclui todos os danos causados por utensílios do uso de energia, nomeadamente, eletrodomésticos ou máquinas industriais, que não são abrangidos por esta categoria (*vide* artigo 509.º/3, C.C.).

⁶¹ Cfr. Larenz/Canaris, Schuldrecht, II – 2, §84 – IV, pp. 627-628.

XIII. DA RESPONSABILIDADE PELO RISCO NO APURAMENTO DA RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES

Temos vindo a discorrer sobre o regime de responsabilidade pelo risco, prevista no artigo 509.º C.C., nos termos do qual todo aquele que detém uma instalação de condução de energia elétrica ou do gás natural, e a usa no seu interesse, responde pelos danos causados por aquela, exceto, se provar que no momento em que os danos foram causados, a instalação se encontrava em perfeito estado de conservação.

São vários os casos jurisprudenciais⁶² em que a aplicação deste preceito e o seu regime foram discutidas, dos quais destacamos o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 10-02-2015. Neste processo estava em causa uma ação declarativa, intentada contra a EDP Distribuição – Energia S.A., pedindo que esta fosse condenada a pagar uma indemnização.

A autora fundamentou o pedido alegando que celebrou com a ré um contrato de fornecimento de energia elétrica, o qual a ré não cumpriu ao violar o dever de fornecer energia com qualidade e sem defeitos; que houve um *pico de corrente e falta de neutro do ramal de abastecimento ao local*, o que lhe danificou equipamentos elétricos e informáticos, causando-lhe um prejuízo no montante reclamado de 10.992,58€.

A ré EDP apresentou a sua contestação, argumentando que cumpriu todos os deveres que sobre si impendiam para assegurar a qualidade do serviço prestado, que a autora não dispunha de mecanismo destinado a eliminar ou limitar sobretensões, e que a interrupção do condutor do neutro se deveu à ação de terceiros, *alheia à vontade* da ré e que esta *não podia controlar*. A autora respondeu, alegando que a ré tinha nas suas instalações mecanismo suscetível de limitar ou eliminar as sobretensões geradas na rede elétrica, tendo ainda requerido a intervenção principal provocada das indicadas pessoas, residentes em Mira, como associados da ré, o que foi admitido. Contudo, a 1ª instância proferiu sentença na qual julgou improcedente a ação e absolveu todas as rés do pedido. Não se encontrando satisfeita, a autora interpôs recurso para a Relação.

O aspeto mais interessante deste acórdão, prende-se com clareza como a matéria é exposta. Ficou provado o incumprimento contratual por parte da EDP, pois competia-lhe nos termos do contrato de fornecimento de energia celebrado com a autora, e ao abrigo do enquadramento normativo – tanto das regras da responsabilidade contratual, assim como dos vários instrumentos legais que regem o fornecimento e distribuição de energia elétrica, como seja a Lei dos Serviços Públicos Essenciais, a lei de bases do SEN e o Regulamento da Qualidade de Serviço – fornecer energia, nos termos contratualmente estabelecidos, devendo a prestação do serviço, *obedecer a elevados padrões de qualidade, neles devendo incluir-se o grau de satisfação dos utentes, especialmente quando a fixação do preço varie em função desses padrões* (artigo 7.º da Lei dos

⁶² Nesse sentido *vide* os seguintes Acórdãos: Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 12-06-2012 (processo 651/09.8TBMLD.C1; relator: Moreira do Carmo); Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 10-09-2013 (processo 548/11.1TBOPH.C1; relator: Freitas Neto) e Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 10-02-2015 (processo 301/10.0TBMIR.C1; relator: Moreira do Carmo).

Serviços Públicos Essenciais). Também ficou provado que houve uma falha nesse fornecimento, por interrupção do condutor do neutro, e que por esse motivo se verificaram os danos alegados, consistentes na avaria de vários equipamentos elétricos e eletrônicos pertencentes à autora. Ficou igualmente provado que existia um nexo de causalidade entre os danos sofridos e a falha no fornecimento de energia elétrica.

No entanto, a Relação considerou que a falha, não era nem objetiva, nem subjetivamente imputável à ré EDP.

Pelo contrário, a interrupção do fornecimento foi devido a atuação de terceiro, que nos termos do Regulamento da Qualidade de Serviço, consubstancia um caso fortuito, desculpante do não fornecimento de energia, porquanto se encontravam naquele local trabalhadores de uma empresa – segundos réus – que se dedicavam ao arranjo de jardins, e que dias antes, procederam a trabalhos de corte dos arbustos e sebes que contornavam a residência vizinha à da autora. Tal juízo tornou-se claro, quando a ré EDP provou que agiu de forma diligente, desenvolvendo esforços para realizar a prestação devida, sendo cautelosa e que usou do devido zelo, em face das circunstâncias concretas do caso, ou seja, não tendo sido negligente.

Assim, a ré EDP ilidiu a presunção de culpa, nos termos do n.º2 do artigo 509.º C.C., pois provou que o cabo estava em boas condições de funcionamento, instalado de acordo com as exigências técnicas vigentes, e que as redes de transporte de energia elétrica estavam em condições normais de exploração, sendo vigiadas e objeto de manutenção periódica e devidamente assinaladas, não sendo previsível que a avaria pudesse ocorrer.

Pelo exposto, a Relação decidiu revogar parcialmente a decisão recorrida, absolvendo a ré EDP, mas condenando os outros Réus, ao abrigo da responsabilidade do comitente, uma vez que o cabo foi danificado por uma pessoa, na execução de um trabalho efetuado a mando das segundas réus, pelo que estes respondem objetivamente como comitentes, devendo indemnizar os prejuízos que foram provocados nos equipamentos da autora.

Ora, se a presente dissertação é sobre a responsabilidade dos administradores, que tem isto a ver com o regime da responsabilidade objetiva do artigo 509.º C.C.? É aqui que nos propomos analisar de que forma a responsabilidade dos administradores por violação dos deveres de cuidado se conjuga com este regime, ou, que zonas de coexistência poderão existir entre os dois.

Com efeito, estamos perante uma responsabilidade pelo risco, que é independente de culpa. Mas como já indicamos, a conceção do preceito é de uma *ilicitude imperfeita*, na medida em que basta àquele que utiliza a instalação no seu interesse, provar que a mesma se encontrava de acordo com as regras técnicas e em bom estado de conservação. Nesse caso a responsabilidade é afastada.

Que dizer no entanto, nos casos em que não seja possível afastar a presunção e o interessado na utilização da instalação (neste caso, a sociedade operadora de rede) é de facto responsável pelos danos causados e é obrigada a indemnizar? Nestas situações, é nossa opinião – e salvo melhor entendimento – que a sociedade poderá intentar uma ação contra os administradores, com fundamento em violação dos deveres de cuidado (associados ao respeito pelas regras técnicas e de segurança). Restaria ao administrador, provar que não incumpriu qualquer dever, nos termos do artigo 72.º/1 C.S.C. Neste caso estaríamos na presença de deveres de cuidado associados ao

cumprimento das regras técnicas e de segurança (e portanto, de exercício vinculado, sem qualquer margem de discricionariedade, nada tendo que ver com a BJR consagrada no artigo 72.º/2 C.S.C.).

Na perspetiva dos lesados, de forma a salvaguardar a efetividade do seu ressarcimento, os mesmos poderão intentar uma ação de responsabilidade contra os administradores, a título subjetivo, com base no artigo 79.º C.S.C., e subsidiariamente, uma ação de responsabilidade contra a sociedade, com fundamento na responsabilidade pelo risco, nos termos do artigo 509.º C.C.

Contudo, apenas poderão ser ressarcidos com fundamento numa das responsabilidades; o tribunal não poderá arbitrar que perante os lesados a responsabilidade é pelo risco, e também dos administradores por violação de deveres de cuidado (legais ou contratuais). A fonte da responsabilidade não pode ser dogmaticamente baseada em imputação objetiva, nem subjetiva; seria contraditório do ponto de vista sistemático e jurídico.

A eventual coexistência, ou a real concorrência entre os tipos de imputação, a existir, deverá ser resolvida entre a sociedade e os administradores, nas relações internas e em último caso numa ação de responsabilidade intentada pela sociedade contra os administradores, se aquela considerar que os danos que foram “alegadamente” provocados pelo risco da atividade, não teriam ocorrido, com uma maior diligência dos administradores em evitá-los.

No fundo, pretendemos defender que o respeito pelas regras técnicas e o efetivo controlo e manutenção do bom estado de conservação das instalações, passam desde logo, numa primeira fase, pelos administradores, que deverão, nos termos gerais estabelecer os procedimentos adequados à recolha da informação e à sustentabilidade da sociedade, sendo que em caso de suspeitas sobre a idoneidade de uma informação, situação ou dos destinos da empresa, o administrador deverá tomar as medidas necessárias, ao abrigo da sua prerrogativa de investigação (*duty to inquiry*).

Seguidamente iremos concretizar os deveres de cuidado dos administradores no setor de distribuição de energia elétrica e do gás natural, e por conseguinte que condutas poderão consubstanciar violação desses mesmos deveres.

XIV. O REGIME SANCIONATÓRIO DA ERSE

O regime sancionatório da ERSE, aprovado pela Lei n.º 9/2013 de 28 de janeiro, é o diploma legal que, em complemento com a alteração aos Estatutos da ERSE, procede à transposição das Diretivas n.º 2009/72/CE e 2009/73/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Julho de 2009, que estabelecem regras comuns para o mercado interno da eletricidade e do gás natural e revogam as Diretivas n.º 2003/54/CE e 2003/55/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de Junho de 2003.

O regime sancionatório contempla, no âmbito dos poderes sancionatórios da ERSE, as várias contraordenações previstas no âmbito do SEN e do SNGN, assim como as fases a que deve obedecer o processo contraordenacional relativo às infrações cometidas pelas entidades sujeitas a regulação.

Ora, as atividades de distribuição de energia elétrica e do gás natural estão sujeitas a

Regulação setorial, em especial, à Regulação económica da ERSE, regulação que abrange todos os poderes da entidade reguladora, nomeadamente os poderes sancionatórios.

Com efeito, nos termos do artigo 19º/1 dos Estatutos da ERSE, *“Estão sujeitos ao poder sancionatório da ERSE todas as entidades intervenientes no SEN e no SNGN, cujas atividades estejam sujeitas à Regulação da ERSE, nos termos da legislação que estabelece as bases dos setores, da legislação complementar, destes Estatutos e dos regulamentos identificados no n.º2 do artigo 9º.”*

A regulação surge na sequência do processo de liberalização e privatização das atividades, porquanto, era essencial garantir que ao monopólio público existente, não iriam sobrevir monopólios privados.

Assim, a ERSE, pessoa coletiva de direito público, com natureza de entidade administrativa independente, de acordo com o artigo 1.º/1 dos Estatutos, é, nos termos do n.º 2 do mesmo artigo, dotada de autonomia administrativa e financeira, de autonomia de gestão, de independência orgânica, funcional e técnica e de património próprio e goza de poderes de regulação, regulamentação, supervisão, fiscalização e sancionatórios.

É precisamente no âmbito dos poderes sancionatórios da ERSE que podemos concretizar as condutas que consubstanciam violação dos deveres de cuidado dos administradores destes setores, são deveres específicos, uma vez que estamos no âmbito de uma atividade de risco.

Nos artigos 27º e seguintes da Lei n.º9/2013, estão consagradas as contraordenações aplicáveis às entidades que desenvolvem as atividades do SEN e do SNGN, e aos operadores de rede responsáveis pelo desenvolvimento da atividade de distribuição.

Para além da análise dos manuais de procedimentos da empresa concessionária da rede (EDP Distribuição – Energia S.A), iremos basear-nos nas contraordenações previstas naqueles artigos, para concretizar, através da interpretação jurídica, as condutas que poderão consubstanciar violação daqueles deveres.

Neste sentido, a análise dos mesmos será realizada agrupando-os de acordo com os interesses que as respetivas normas visam proteger.

Como é sabido, o mesmo facto pode provocar diferentes danos em várias esferas em simultâneo. Se no âmbito deste regime sancionatório, os operadores de rede – e em última instância, os administradores daquelas empresas – tem de responder perante a Entidade Reguladora, por violação de deveres a que estão adstritos em função do estabelecimento do mercado único e da livre concorrência, não é menos certo que nestes setores estamos perante uma atividade de risco, que exige um especial cuidado e mais intenso do que em outras áreas.

Assim é fácil de compreender que também terceiros, para além da Sociedade podem vir a ser lesados pelos atos dos administradores, ainda que, no caso do artigo 79.º C.S.C. o lesado tenha que provar que os danos sofridos foram *diretamente* provocados pela conduta (facto ou omissão juridicamente relevante) do administrador.

1. Contraordenações e Sanções da ERSE

1.1. No âmbito do SEN

No artigo 28º do Regime Sancionatório da ERSE, encontram-se previstas as contraordenações e sanções aplicáveis pelo regulador no âmbito do SEN.

O regime prevê sanções aplicáveis aos intervenientes do setor sujeitos a regulação.

Interpretando as várias alíneas, podemos agrupar as contraordenações existentes da seguinte forma: i) Condutas que consubstanciam violações dos deveres de cuidado relativamente ao cumprimento das regras e das normas de implementação do mercado único concorrencial de eletricidade (artigo 28º n.º 1 alíneas b), c) d) e), h) e n.º 2 alíneas a), b); ii) condutas que consubstanciam violação de deveres de cuidado relativamente à proteção de terceiros (artigo 28º, n.º1 a), b), f), g), i), r), t), v) e n.º 2, alíneas a), b), e), f), m, s)), e iii) violação de deveres de cuidado aplicados à responsabilidade para com a Sociedade.

Por exemplo, os administradores violarão os seus deveres de cuidado quando não adotem, nem implementem os procedimentos adequados a evitar a violação dos deveres de separação jurídica e patrimonial das atividades (alínea b), n.º1 do artigo 28.º); quando não adotem os procedimentos necessários à manutenção das infraestruturas em condições de segurança, fiabilidade e qualidade de serviço (alínea r), n.º 1 do artigo 28.º) ou quando não adotem os procedimentos aptos a evitar a divulgação ou utilização abusiva de informações comercialmente sensíveis a que os operadores do SEN – neste caso, o operador da rede de distribuição – tenham acesso no exercício das suas funções (alínea s), n.º 1 do artigo 28.º).

Destacamos a importância de que se reveste o dever de vigilância, concretizável na recolha de informação pelo administrador junto das chefias, departamentos e trabalhadores.

1.2. No âmbito do SNGN

O artigo 29º do Regime sancionatório da ERSE, prevê as contraordenações aplicáveis aos intervenientes do SNGN.

Seguindo as várias alíneas, podemos agrupar as várias contraordenações existentes da seguinte forma: i) Condutas que consubstanciam violações dos deveres de cuidado relativamente ao cumprimento das regras e das normas à implementação de um mercado único concorrencial de gás natural (artigo 29º n.º 1 alíneas b), c), e), j) e n.º 2 alínea a); ii) condutas que consubstanciam violação de deveres de cuidado relativamente à proteção de terceiros (artigo 29º, n.º1 a), g), h), t), u) e n.º 2, alíneas b), f), h), i) p) e s) e iii) violação de deveres de cuidado aplicados à responsabilidade para com a Sociedade.

Assim, os administradores violarão os seus deveres de cuidado quando não adotem, nem implementem os procedimentos adequados a evitar a violação dos deveres de separação jurídica e patrimonial das atividades (alínea e), n.º1 do artigo 29.º); quando não adotem os procedimentos

necessários ao dever de assegurar a manutenção das infraestruturas em condições de segurança, fiabilidade e qualidade de serviço (alínea t), n.º 1 do artigo 29.º) ou quando não adotem os procedimentos aptos a evitar a divulgação ou utilização abusiva de informações comercialmente sensíveis a que os operadores do SNGN – neste caso, o operador da rede de distribuição – tenham acesso no exercício das suas funções (alínea u), n.º 1 do artigo 29.º).

De sublinhar a importância de que se reveste o dever de vigilância, concretizável na recolha de informação pelo administrador junto dos vários graus organizativos que compõem a empresa.

XV. MANUAIS DE PROCEDIMENTOS

Todas as empresas têm manuais de procedimentos e de boas práticas, que consagram os princípios orientadores do desenvolvimento da atividade da empresa que estabelecem condições técnicas sobre o desenvolvimento da atividade.

As empresas operadoras da rede de distribuição de energia elétrica e do gás natural não são exceção. Nessa medida, iremos agora por meio de alguns dos manuais de procedimentos das mesmas, concretizar as condutas que consubstanciam, ou podem consubstanciar violação dos deveres de cuidado dos administradores daquelas empresas.

Para além dos manuais das empresas, existem também manuais de procedimentos elaborados pela entidade reguladora, facto que sustenta o que já foi por nós defendido: de que a regulação tem um forte impacto na organização e no desenvolvimento das respetivas atividades, e, por conseguinte, no regime da responsabilidade dos administradores.

Uma vez que estas empresas apresentam inúmeros manuais, consoante a matéria, os quais vão sendo atualizados, selecionamos apenas aquele que considerámos mais relevante dos que foram publicados, o qual apresentaremos de seguida.

1. Manual de Procedimentos da Qualidade de Serviço do Setor Elétrico (2013)

O manual de procedimentos da qualidade de serviço do setor elétrico de 2013 é um manual emitido pela ERSE, no âmbito dos seus poderes regulamentares e de supervisão.

No que respeita ao objeto, o manual estabelece os procedimentos relativos: i) à classificação de zonas de qualidade de serviço; ii) ao registo e classificação das interrupções de fornecimento; iii) ao método de cálculo dos indicadores de continuidade de serviço; iv) à informação a prestar no caso de incidentes de grande impacto; v) à classificação de eventos excecionais; vi) ao mecanismo de incentivo à melhoria da continuidade de serviço; vii) ao mecanismo de incentivo ao aumento da disponibilidade dos elementos da RNT; viii) aos planos de monitorização da qualidade da energia elétrica; ix) à medição da qualidade da energia elétrica na sequência de reclamações dos clientes; x) às características da onda de tensão de alimentação nos pontos de entrega da rede MAT; xi) à metodologia de cálculo de limites máximos das perturbações emitidas para a rede por instalações fisicamente ligadas às redes do SEN; xii) ao envio de informação à ERSE e xiii) ao protocolo de comunicação entre o operador da RND e os operadores das redes de distribuição exclusivamente em BT.

Particular interesse revestem os procedimentos ii) e iv), supra mencionados.

O primeiro estabelece as regras de registo e de classificação das interrupções de fornecimento às instalações elétricas, previstas no artigo 20.º e 24.º do RQS.

Este procedimento impõe aos operadores de rede a recolha e registo de informação. De acordo com o manual, aqueles devem dispor de sistemas adequados que permitam efetuar o tratamento da informação necessária à classificação das interrupções. Para o registo de uma

interrupção de fornecimento deve ser recolhida informação que inclua todos os elementos necessários à sua classificação, devendo constar obrigatoriamente, entre outros e sempre que aplicável, os seguintes: i) A identificação da instalação onde teve origem; ii) A data e a hora de início e de fim da interrupção; iii) A causa; iv) Comprobativos das ações de comunicação ou divulgação prévias e v) Comprobativo da situação invocada, designadamente nas situações de facto imputável ao cliente.

Complementarmente, sempre que possível devem ser objeto de registo os seguintes elementos: i) Identificação dos elementos da rede e das fases afetadas e ii) o comportamento dos sistemas de comando, controlo e proteção.

Os incidentes que provoquem interrupções de fornecimento, deverão ser identificados mediante um código alfanumérico que permita diferenciá-lo dos demais.

A informação recolhida deverá ser registada e conservada numa aplicação informática durante um período mínimo de cinco anos.

O registo deverá ser auditável, garantir a confidencialidade, a integridade e a acessibilidade da informação.

Eventuais correções dos dados registados para caracterização das interrupções deverão ser efetuadas por pessoas habilitadas e devidamente autorizadas, devendo ser garantida a rastreabilidade de todas as alterações efetuadas.

No âmbito deste procedimento a recolha e o registo da informação é ainda mais rigoroso, quando se trata do registo de casos fortuitos e de força maior.

Com efeito, com base na sua origem, a ERSE distingue as interrupções do fornecimento da energia elétrica de acordo com a dicotomia “previstas” ou “acidentais”, sendo que as devidas a casos fortuitos e de força maior se inserem no segundo grupo.

O registo desta informação obedece às seguintes normas: Os incidentes nas redes de transporte e de distribuição só podem ser registados como casos fortuitos ou de força maior, quando cumpram o estabelecido no Artigo 7.º do RQS e estejam claramente identificadas, justificadas e comprovadas as condições de exterioridade, imprevisibilidade e irresistibilidade que os caracterizam.

Considera-se que um incidente tem condições de exterioridade quando a sua ocorrência é alheia à vontade, declarada ou tácita, ação ou omissão dos operadores das redes ou dos produtores.

Considera-se que um incidente tem condições de imprevisibilidade quando a sua ocorrência, à data de construção ou implementação das infraestruturas ou equipamentos afetados, os quais cumpriam as regras de segurança e as boas práticas exigíveis, era inesperada, impossível de avaliar antecipadamente ou não se podia prever.

Considera-se que um incidente tem condições de irresistibilidade quando os seus efeitos sobre as infraestruturas ou equipamentos afetados não fossem razoavelmente contornáveis ou evitáveis pelos operadores das redes ou pelos produtores.

Por outro lado, não podem ser considerados casos fortuitos ou casos de força maior os seguintes incidentes: i) que não superem o limite exigido pelas boas práticas ou regras existentes à data do dimensionamento de determinada infraestrutura ou equipamento; ii) As avarias nos sistemas informáticos ou mecânicos dos operadores das redes ou dos produtores não devidas a sabotagem e

iii) Os que se considerem habituais ou normais, em cada zona geográfica, de acordo com os dados estatísticos disponíveis.

O registo dos incidentes classificados como casos fortuitos ou de força maior, deve ser suportado por documentação, a manter em arquivo pela entidade em cuja infraestrutura ou equipamento ocorreu ou teve origem o incidente.

A documentação deve conter os elementos necessários para prova da ocorrência dos factos invocados e da responsabilidade dos intervenientes, em particular, documentos das entidades, autoridades ou organismos cuja competência é relevante para o incidente em causa.

Os elementos de prova pertencentes ao registo dos incidentes classificados como casos fortuitos ou de força maior, devem conter a data, a hora e o local da sua recolha.

O segundo procedimento que destacamos – o procedimento iv) designado *informação a prestar no caso de incidentes de grande impacto* – define o conteúdo mínimo do relatório a enviar à ERSE quando ocorrem incidentes de grande impacto, definidos no artigo 18.º do RQS, como os que *independentemente da sua causa, originem uma ou mais interrupções de que resultem uma energia não fornecida ou não distribuída, maior ao limiar estabelecido pela Diretiva da ERSE*. De acordo com o n.º 2 do artigo 18.º, todos os incidentes de grande impacto deverão ser objeto de um relatório a enviar à ERSE.

Este procedimento impõe aos operadores de rede na elaboração do respetivo relatório condições i) relativas ao conteúdo do relatório e ii) quanto ao cumprimento de prazos. Vejamos cada um destes aspetos.

Relativamente ao conteúdo, os administradores deverão ter em linha de conta que quando ocorram incidentes de grande impacto, o relatório deve conter uma descrição pormenorizada das ocorrências verificadas e do seu efeito nas redes e indicadores de continuidade de serviço afetados, nomeadamente, a causa das interrupções do fornecimento e sua fundamentação; as consequências das interrupções, nomeadamente, o número de clientes afetados, as zonas geográficas e a energia não fornecida e não distribuída; ações de reposição de serviço, caracterizadas, nomeadamente, quanto à cronologia, procedimentos adotados, dificuldades encontradas e estratégia de comunicação e ainda o impacto registado nos indicadores de continuidade de serviço, gerais e individuais, nos níveis de tensão envolvidos.

No que toca ao cumprimento de prazos, o relatório deve ser enviado em 20 dias, contados da data de início do incidente a que se refere. Mediante solicitação do operador de rede em causa, este prazo pode ser prorrogado por decisão da ERSE.

XVI. DIREITO COMPARADO

No ordenamento jurídico português, não existe qualquer decisão de aplicação de um contraordenação pelo Regulador ao operador de rede, nem nenhuma decisão judicial que tenha condenado a empresa operadora de rede e/ou os seus administradores por violação dos seus deveres de cuidado.

Por isso, faremos uma breve descrição dos casos em que em ordenamentos jurídicos estrangeiros foram aplicadas sanções a estas empresas, por violação dos deveres a que estão adstritas em função da regulação.

1. Chile

Em novembro de 2013, o Supremo Tribunal do Chile ratificou as sanções aplicadas pela Entidade Reguladora da Eletricidade e dos Combustíveis (SEC – *Superintendencia de Eletricidad y Combustibles*, doravante SEC), às empresas elétricas responsáveis pelo suprimento de fornecimento de energia elétrica, prolongado e generalizado (“*blackout*”), que afetou a maior parte do país, ocorrido no dia 14 de março de 2010.

O tribunal aplicou às referidas empresas uma coima no valor aproximado de três mil milhões de pesos chilenos (o que corresponde a 3.830.831,96€).⁶³

O “apagão” afetou mais de treze milhões de pessoas e causou um grande impacto na opinião pública, que se encontrava ainda em recuperação do choque e dos danos causados pelo terramoto de 27 de fevereiro desse mesmo ano.

De acordo com a investigação levada a cabo pela SEC, a falha que levou ao apagão teve início na Subestação Charrúa, sediada na região de Bío Bío, subestação essa que era propriedade da empresa TRANSELEC. O processo de investigação levado a cabo pelo regulador, culminou com a decisão de aplicação de dezoito multas e 98 admoestações, para várias das empresas que atuam no setor elétrico nacional do Chile.

Uma vez conhecidas as sanções, as empresas apresentaram recursos e reclamações contra o Regulador perante os Tribunais (cerca de 30 reclamações junto do tribunais, algumas das quais foram aceites pelas referidas instancias) e ainda apresentaram as suas pretensões perante a Procuradoria-Geral da República.

No fim, após ter ouvido todas as partes envolvidas e apreciar em conjunto todos os processos em causa, o Supremo Tribunal Chileno, dita a 20 de novembro de 2013 a sua sentença, onde reconhece que *“todos os atores e intervenientes no sistema tiveram uma parcela de responsabilidade na ocorrência do apagão de março de 2010 e que foi devida à falta de cuidado e por não se terem coordenado para efeitos de recuperar o sistema de uma forma eficiente.”*

Assim, além de obrigar as empresas operadoras de rede a pagar avultadas indemnizações, o Supremo revogou ainda reclamações que haviam sido aceites em outras instâncias e ratificou, em definitivo, as sanções aplicadas pela entidade reguladora, a SEC.

⁶³ In http://www.sec.cl/portal/page?_paiged=33,5359695&_dad=portal&_schema=PORTAL. (online) e <http://www.latercera.com/noticia/negocios/2013/11/655-552928-9-corte-suprema-ratifica-sanciones-a-eletricas-por-corte-de-2010-y-aplica-multas.shtml>. (online).

2. Bulgária

Em resultado das auditorias realizadas, a Comissão Reguladora da Água e da Energia do Estado da Bulgária (*State Energy and Water Regulatory Commission*, doravante SEWRC) afirmou em 14 de maio de 2014, que em três empresas privadas de distribuição de energia elétrica foram encontradas duas mil seiscentas e noventa violações, estimando que podiam levar à aplicação cumulativa de coimas no valor de cinquenta milhões de dólares (aproximadamente vinte e cinco milhões de euros).⁶⁴

As infrações cometidas pelas empresas deterioraram a qualidade da eletricidade distribuída, tendo sido oferecido uma qualidade de serviço abaixo do padrão estabelecido. Nomeadamente foi distribuída energia aos consumidores, a um valor de potência abaixo ou acima do estipulado por lei e do qual depende qualidade de serviço.

Foram efetuadas auditorias e fiscalizações entre os anos de 2008 e 2012. Durante este período, as referidas empresas pouparam muitos milhões de levs, mas em vez de declararem esses fundos como melhorias, o dinheiro foi utilizado em contratos de consultoria e em outros concursos adjudicados às suas filiais.

A entidade reguladora, encarou aplicar às três empresas em causa, coimas pelas irregularidades detetadas no valor de vinte mil levs (aproximadamente nove mil oitocentos e vinte e nove euros e cinquenta e quatro cêntimos), sendo que o máximo previsto para cada uma era de um milhão de levs (aproximadamente, quinhentos e catorze mil e vinte e oito euros e cinquenta e sete cêntimos).

3. Reino Unido

A empresa “UK Power Networks (Operations) Lda”, que fornece energia a Londres e ao Este e Sudeste de Inglaterra, foi obrigada a pagar uma indemnização no valor de 420,000 Libras (quinhentos e setenta e nove mil euros), após um incidente que ocorreu numa instalação em Essex e que levou um dos seus trabalhadores a morrer no decorrer da função laboral.⁶⁵

John Higgins, de cinquenta e nove anos, morreu numa subestação elétrica localizada em Bishops Hall Lane, em Chelmsford, no dia 7 de maio de 2008. O engenheiro procedia manualmente ao ajuste da tensão da rede, quando uma das peças (o comutador) explodiu, provocando um incêndio.

A investigação levada a cabo pela *Health and Safety Executive* (HSE) confirmou que a empresa não avaliou corretamente os trabalhos a ser realizados com comutadores, nem tomou em consideração os procedimentos que tinham de ser adotados no trabalho com tais dispositivos. Também ficou provado que a empresa descurou a formação dos trabalhadores responsáveis com

⁶⁴ <http://sofiaglobe.com/2014/05/14bulgarian-regulator-mulls-massive-fines-on-eletricity-distribution-firms/> (online).

⁶⁵ <http://tdworld.com/eletric-utility-operations/uk-power-networks-fined-over-worker-death> (online).

aquelas funções.

Este caso demonstra o quão fulcral é a observância de zelo dos deveres de cuidado associados ao cumprimento das normas de segurança, com fundamento no especial risco da atividade desenvolvida, que começa desde logo, na conveniência dos administradores estabelecerem procedimentos a serem observados pelos trabalhadores mais vulneráveis, que trabalham diretamente com a fonte de perigo.

4. Estados Unidos

Em Northampton, no estado federado de New Hampshire, foi realizada uma investigação de um ano, sobre a forma como as empresas de distribuição de energia elétrica responderam em 2011 a uma tempestade tropical (“Irene”) e outra de neve. Da investigação resultou a decisão de aplicar contraordenações às referidas empresas no valor de vinte e quatro milhões de dólares.⁶⁶

O Departamento Estadual de Serviços Públicos anunciou que as sanções a aplicar incluam montantes muito elevados a pagar por várias empresas do setor.

Algumas, como a *Western Massachusetts Electric Co.*, que servia cerca de duzentos e dez mil clientes, em cinquenta e nove comunidades do oeste de Massachusetts, afirmou que iria recorrer da decisão, alegando que o território de serviço da empresa não foi tão duramente atingido pela tempestade tropical, como outras empresas. Contudo, ficou provado que a tempestade de neve de 2011 causou cerca de três vezes mais interrupções para os clientes da empresa, em comparação com os padrões conhecidos.

Além das interrupções do fornecimento de energia, foi reportada a existência de fios elétricos caídos, colocando em perigo várias comunidades afetadas.

Ficou provado que as empresas visadas na investigação (e não obstante se ter tratado de situações de força maior – as tempestades) apresentavam “falhas sistêmicas” na preparação na prevenção e na resposta a estes incidentes. Nomeadamente, a empresa de distribuição *Nacional Grid* foi condenada à realização de uma auditoria de gestão, realizada por auditores externos, sobre a sua capacidade para responder a situações de emergência. As auditorias ainda tiveram por escopo a verificação do cumprimento por parte destas empresas, dos regulamentos em matéria de segurança e planos de emergência, que haviam sido implementados em maio de 2011.

Na sequência, foram anunciadas ações conexas resultantes da investigação, relacionadas com a modernização da rede elétrica, tendo sido estabelecida a necessidade de rever “os padrões da qualidade de serviço, a criação de regras para novas práticas de resposta de emergência e de gestão”, no âmbito das Diretivas do Departamento Estadual de Serviços Públicos.

Este caso é interessante porque demonstra com clareza o âmbito e a intensidade dos poderes das entidades reguladoras sobre os operadores de rede.

⁶⁶ <http://www.gazettenet.com/home/3316763-95/dpu-storm-customers-fines>. (Online).

XVII. CONCLUSÃO

Na presente dissertação analisamos uma das vertentes do tema da responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade. Escolhemos deter-nos na análise dos deveres de cuidado dos administradores, consagrados na alínea a) do n.º 1 do artigo 64.º CSC.

Incluimos a análise geral do regime da responsabilidade civil dos administradores dos setores da distribuição de energia elétrica e do gás natural, o que implicou estudar o regime da responsabilidade daqueles tanto para com a sociedade, por violação de deveres de cuidado, como perante terceiros, devido ao risco da atividade desenvolvida – afluindo o regime do artigo 509.º C.C. – assim como o caso específico da responsabilidade contraordenacional para com a ERSE.

Decidimos concretizar as condutas que consubstanciam os deveres de cuidado dos administradores, porquanto os destinos da sociedade, (mormente a maior ou menor capacidade lucrativa), dependem de uma gestão criteriosa, metódica, diligente, pelo que os administradores são titulares do poder-dever de administrar a sociedade, devendo respeitar escrupulosamente um conjunto de procedimentos na gestão quotidiana e na tomada de decisões.

Sublinhamos o carácter exemplificativo do elenco dessas condutas, recortando um plano geral, sendo no demais os deveres casuisticamente determináveis, consoante uma panóplia de fatores, de entre os quais se destacam a dimensão da sociedade, a complexidade da decisão a tomar, o tempo disponível para tomar a decisão, a experiência do administrador e o ramo da atividade, que influencia, em maior ou menor medida, a existência de deveres de cuidado concretos e específicos.

Ao abrigo dos deveres de cuidado, consagrados no artigo 64.º C.S.C., deverão os administradores cumprir o dever de vigilância, exercendo um efetivo acompanhamento da gestão quotidiana da sociedade, essencialmente através da obtenção da informação relevante, seja através de solicitação direta às chefias dos vários departamentos da organização empresarial, seja através de métodos de obtenção de informação implementados pelo próprio administrador e o dever de investigação, quando a informação obtida seja insuficiente para gerar o nível de conhecimento necessário e conveniente a uma boa administração, ou quando existam suspeitas fundadas de irregularidades na atividade da sociedade. Neste âmbito, salientamos o que dispõe o artigo 407.º C.S.C., do qual decorre a responsabilidade pela vigilância geral dos administradores delegados ou membros da comissão executiva. Este preceito, é ainda base legal da responsabilidade dos administradores não executivos, quando tenham conhecimento da irregularidade de atos ou omissões dos administradores executivos, e nada façam, nomeadamente, quando não provoquem a intervenção do conselho de administração.

O dever geral de cuidado dos administradores, associado ao processo decisório, obriga-os a respeitar os procedimentos das tomadas de decisões, variáveis segundo as circunstâncias do caso concreto, incluem essencialmente dois patamares: preparar adequadamente as decisões, analisando a informação anteriormente recolhida (eventualmente com recurso a serviços de consultoria, mediante a complexidade da decisão a tomar) e tomar decisões racionais, isto é, que sejam compreensíveis, que não se manifestam completamente absurdas (*galatic stupidity*). Da conjugação

da observância destes dois deveres, resultará o cumprimento do dever de tomar decisões razoáveis. O administrador tomará uma decisão razoável, sempre que dentro do leque possível de decisões racionais, escolher aquela que, no seu juízo, melhor serve os interesses da sociedade.

A BJR, como regra de conduta dos administradores, operará sempre na área de discricionariedade reconhecida ao administrador, para que este possa desenvolver a sua função, livre de constrangimentos, que poderiam fazê-lo adotar uma administração defensiva. É entendimento comum, que a atividade de administração, para que seja bem sucedida e os seus “frutos” maximizados, implica necessariamente uma margem de risco. Assim, a BJR tem sido vista como *safe harbour* dos administradores, funcionando como uma *presumption*, ao abrigo da qual os administradores que atuem de boa-fé, livres de quaisquer interesses pessoais, e tomando uma decisão, acreditando que a tomam nos melhores interesses da empresa, não serão responsáveis pelos danos eventualmente sofridos por aquela, alegadamente provocados por uma administração menos cuidadosa. Neste sentido, no direito norte-americano cabe sempre à lesada, a sociedade, o ónus da prova de que o administrador incumpriu os seus deveres de cuidado.

Recebida no nosso ordenamento por via do decreto-lei n.º 76-A/2006, de 15 de março, consagrada no artigo 72.º/2, C.S.C., a BJR parece ter sido consagrada como causa de exclusão da responsabilidade. Após a reflexão sobre as várias posições que se encontram vertidas na doutrina, também nós adotamos uma posição sobre a natureza da BJR.

Uma vez que as expressões linguísticas não são empregues aleatoriamente e sem fundamento, temos de atribuir relevância ao facto de o legislador firmar que “a responsabilidade é excluída”. Não descurando a origem da BJR, e a sua realidade no direito norte-americano, não podemos por outro lado, ignorar os fundamentos apresentados pela CMVM para adotar a figura no nosso ordenamento. Se por um lado, no primeiro se tentava contrariar o enorme número de ações que eram intentadas contra os administradores, muitas delas, sem qualquer fundamento, e assim se optou por “defender” os administradores, conferindo-lhes maior margem de ação, impedito a sindicabilidade do mérito das decisões de gestão por parte dos tribunais, pelo contrário, na ordem jurídica portuguesa, quase não existe registo de ações intentadas contra administradores por violação dos seus deveres de cuidado, e a jurisprudência é praticamente oca nesta matéria.

Não negamos que a BJR tem, à semelhança do que acontece no direito norte-americano, a função de restringir a sindicabilidade judicial do mérito das decisões de gestão, com fundamento na tentação e facilidade de *a posteriori* associar os danos sofridos pela sociedade às decisões tomadas pela administração. Contudo, assumimos que no direito português, a BJR tem a natureza de causa de exclusão da responsabilidade, e dentro desta, por via da exclusão da ilicitude. A não entender assim, estará o intérprete-aplicador do direito a realizar uma interpretação *contra legem*, uma vez que o legislador é bastante claro.

Quanto ao ónus da prova, seguimos a posição de CARNEIRO DA FRADA, por considerarmos que apresenta o entendimento mais coerente, ao não inverter qualquer ónus da prova, mas ao

atenuar a exigência do mesmo à lesada, que apenas terá que fazer prova indiciária dos factos de onde resulta o incumprimento dos administradores dos deveres de cuidado, cumprindo àquele afastar essa prova.

Em nosso entendimento, a verificação dos pressupostos da BJR permitem excluir a responsabilidade pela exclusão da ilicitude. Assim, quando o administrador provar que atuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial, não será responsável. Se algum destes requisitos não se encontrar preenchido, o administrador será responsável, embora não o seja de forma automática, uma vez que é preciso averiguar do pressuposto da culpa. Esta será aferida segundo os critérios objetivos que sempre *modelam* a tomada da decisão em concreto. Uma vez provado que algum dos requisitos da BJR não se encontra preenchido, terá de ser encontrada a razão, o motivo, de não o ter sido, e aí entrarão em linha de consideração os aspetos como a dimensão da sociedade, a complexidade da decisão, o tempo disponível para tomar a decisão, a maior ou menor experiência do administrador. O próprio ramo da atividade poderá *per se* só, ser um fator, que no caso concreto influencie os deveres de cuidado a serem observados pelos administradores.

No tocante à responsabilidade nos setores da distribuição da energia elétrica e do gás natural, além dos deveres de cuidado fundamentais, consagrados no artigo 64.º C.S.C., aos administradores compete ainda observar os deveres específicos da atividade desenvolvida, especialmente, os devidos por força da regulação setorial exercida pela ERSE.

Chegámos à conclusão que aos administradores destes setores incumbe um especial dever de cuidado, devido ao risco da atividade desenvolvida, o que fundamenta a responsabilidade dos administradores perante terceiros, nos termos do artigo 79.º C.S.C., podendo em última instância a própria sociedade ser responsável objetivamente por via do artigo 509.º C.C. Também os imperativos da regulação contribuem para uma maior exigência de procedimentos e levam a um maior controlo da atividade desenvolvida pelos operadores de rede de distribuição.

Invididos pela constatação de que existem “zonas cinzentas” e de eventual sobreposição e concorrência, somos da opinião que nos casos em que a sociedade seja objetivamente responsável nos termos do artigo 509.º C.C., poderá intentar uma ação contra o administrador, nos termos do artigo 75.º C.S.C., com fundamento na violação dos deveres de cuidado. Por sua vez, os terceiros lesados poderão intentar uma ação contra os administradores, nos termos gerais das responsabilidade civil e, a título subsidiário, formular um pedido de condenação da sociedade com base na responsabilidade pelo risco do artigo 509.º C.C. É contudo claro, que os administradores só serão responsabilizados perante terceiros subjetivamente; quer isto dizer que, caso falhe a demonstração dos pressupostos da responsabilidade civil nos termos gerais, juntamente com o requisito da *relação direta* dos danos causados no exercício das funções, plasmado no artigo 79.º C.S.C., será sempre e apenas a sociedade responsável nos termos do artigo 509.º C.C.; caberá à sociedade “resolver-se” nas relações internas com o administrador ou intentar uma ação de

responsabilidade com fundamento em violação de deveres de cuidado.

Por fim, no tocante aos deveres de cuidado associados ao cumprimento das regras do mercado livre e da implementação de um mercado único de energia, temos como certo que aos administradores é reconhecida uma margem de discricionariedade. Contudo aqueles deveres são de atuação vinculada, porquanto os preceitos que os consagram visam atingir resultados bem explícitos no espírito do legislador e que correspondem a imperativos que não podem deixar de ser cumpridos. Por outro lado, tendo em conta os interesses que as normas visam proteger – sejam as consagradas no regime sancionatório da ERSE ou nos Regulamentos por ela criados, sejam nos manuais de procedimentos – sendo o destinatário principal da responsabilidade a ERSE, a BJR não encontra espaço para operar, pois a responsabilidade perante a entidade reguladora é de natureza contraordenacional.

A violação destes deveres específicos tem a agravante de os órgãos da administração poderem vir a ser pessoalmente responsabilizados nos termos do artigo 39.º, n.º 4 do regime sancionatório da ERSE, aprovado pela Lei n.º 9/2013. Contudo, a fonte de responsabilização dos administradores perante a sociedade não terá aqui o seu fundamento. Ou seja, ainda que após a verificação do incumprimento das obrigações perante a ERSE e a aplicação da respetiva contraordenação à sociedade (apenas em segunda linha os administradores serão visados, nos termos do artigo 39.º, n.º 4 da Lei n.º 9/2013), caberá a esta, recorrer a uma ação de responsabilidade contra o administrador nos termos do artigo 75.º C.S.C. e lograr provar que aquele incumpriu os seus deveres de cuidado e com isso causou danos à sociedade (danos esses concretizáveis na aplicação de graves contraordenações de avultadas quantias).

Por fim, no exercício das suas funções, os administradores deverão observar a *diligência de um gestor criterioso e ordenado*, padrão de conduta, transversal a todos os deveres dos administradores, independentemente da área de atividade. Sendo mais exigente que o padrão do *bonus pater familiae*, é de sublinhar a importância da competência técnica, da disponibilidade e do conhecimento efetivo da atividade da sociedade na concretização daquela diligência.

Concluimos a presente dissertação, embrionária análise das questões suscitadas pelo instituto da responsabilidade dos administradores, por violação de deveres de cuidado, nos termos gerais, e dessa mesma responsabilidade nos setores específicos da distribuição da energia elétrica e do gás natural. A visão plena e a resposta a estas questões, é ainda dependente da análise dos restantes pressupostos da responsabilidade – mormente a culpa – e das circunstâncias do caso concreto, envolvendo-se de teias complexas em termos práticos, pelo que existe ainda muito terreno fértil nesta matéria a ser explorado pela doutrina e pelos intérpretes-aplicadores do direito.

XVIII. BIBLIOGRAFIA

Almeida, António Pereira de. (2013). *Sociedades Comerciais, valores mobiliários, instrumentos financeiros e mercados*. vol. I, 7ª Edição. Coimbra, Coimbra Editora.

_. (s.a.). “A Business Judgement Rule”, s.l. s.n.

Cunha, Paulo Olavo. (2007). *Direito das Sociedades Comerciais*, 3ª Edição, Coimbra, Edições Almedina S.A.

Cordeiro, António Menezes. (2007). *Manual de Direito das Sociedades Comerciais*, I Volume (das Sociedades em Geral). 2ª Edição. Coimbra. Edições Almedina S.A.

_. (2007). *Manual de Direito das Sociedades Comerciais*, II Volume (Das Sociedades em Especial), 2ª Edição. Coimbra. Edições Almedina, S.A.

_. (2012). *Código das Sociedades Comerciais Anotado*. 2ª Edição. s.l. Edições Almedina S.A.

_. (2006). “Os Deveres Fundamentais dos Administradores das Sociedades (artigo 64º/1, CSC)”, *Revista da Ordem dos Advogados*. Vol. II. Ano 66.

Abreu, Jorge Manuel Coutinho de. (2010). *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades* (Série Cadernos do IDET, n.º5 da Coleção). 2ª Edição. Coimbra. Edições Almedina S.A.

_. (2007). “Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social.” *Reforma do Código das Sociedades*. s.l. Edições Almedina S.A. Vol. 3.

Silva, Suzana Tavares da. (2011). *Direito da Energia*. 1ª Edição. Coimbra. Coimbra Editora.

Gonçalves, Pedro Costa. (2008). *Regulação, Eletricidade e Telecomunicações – Estudos de Direito Administrativo da Regulação*. 1ª Edição. Coimbra. Coimbra Editora.

_. (2008). “As Concessões no Sector Eléctrico, *Cadernos O Direito. Temas de Direito da Energia*. 3. s.l. Edições Almedina, S.A.

Gonçalves, Pedro Costa e Rodrigo Esteves de Oliveira. (2001). *As Concessões Municipais de Distribuição de Eletricidade*. 1ª Edição. Coimbra, Coimbra Editora.

Serafim, Sónia Alexandra das Neves. (2010). *Os Deveres Fundamentais dos Administradores: o dever de cuidado, a business judgement rule e o dever de lealdade*. Dissertação em Direito das Empresas. Lisboa. ISCTE.

Leitão, Luiz Manuel Teles de Menezes. (2003). *Direito das Obrigações, Vol. I. Introdução; Da Constituição das Obrigações*. s.l. Edições Almedina S.A.

Correia, Luís de Brito. (1993). *Os Administradores das Sociedades Anónimas*. s.l. Edições Almedina, S.A.

Cunha, Tânia Meireles. (2004). *Da responsabilidade dos gestores da sociedade perante os credores sociais: a culpa nas responsabilidades civil e tributária*, s.l. Edições Almedina, S.A.

Costa, Ricardo (2006). “Responsabilidade Civil dos Administradores de Facto”. *Série Cadernos do IDET*” s.l. Edições Almedina S.A.

Frada, Manuel António Carneiro da. (2007). “A Business Judgement Rule no quadro dos deveres gerais dos administradores”. *Revista da Ordem dos Advogados*. Vol. I. 67.

_. (2012). “O dever de legalidade: um novo (e não escrito) dever fundamental dos administradores?”. *Direito das Sociedades Comerciais em revista*, Ano 4 – Vol. 8. Edições Almedina, S.A.

Miranda, João. (2008). “O Regime Jurídico de acesso às actividades de produção e de comercialização no sector energético nacional”. *Cadernos O Direito. Temas de Direito da Energia*. 3, s.l. Edições Almedina, S.A.

Silva, Suzana Tavares da. (2008). “O MIBEL e o mercado interno da energia”. *Cadernos O Direito. Temas de Direito da Energia*. 3. s.l. Edições Almedina, S.A.,

Neves, Susana Morais. (2014). “Os deveres de cuidado dos administradores nos grupos verticais de sociedades”. *Revista de Direito das Sociedades*. Ano VI, 1.

Leitão, Adelaide Menezes. (2009). “Responsabilidade dos Administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação de normas de protecção”. *Revista de Direito das Sociedades*, I. 3.

Ferreira, Bruno (2009). “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)”. *Revista de Direito das Sociedades*. I. 3.

Dias, Rui (2009). “A Reforma de 2008 do direito das GmbH”. *Direito das Sociedades Comerciais em revista*, Ano 1, Vol. I – semestral, Edições Almedina S.A.

Larguinho, Marisa (2013). “O dever de lealdade: concretizações e situações de conflito resultantes da cumulação de funções de administração”, *Direito das Sociedades Comerciais em revista*, Ano 5, Vol. 9. Edições Almedina, S.A.

Varela, Antunes. (1993-1994). “Anotação ao Acórdão de 31 de março de 1993 do Tribunal Arbitral”. *Revista de Legislação e Jurisprudência*. Ano 126.

Rosenberg, David (2006). “Galatic Stupidity and the Bussiness Judgement Rule” [Online]. <http://law.bexpress.com/expresso/eps/1067/>.

Greenhow, Annette (s.a.). “The Statutory Business Judgement Rule: Putting the wind into Director’s Sails.” [Online]. <http://epublications.bond.edu.au/blr/vol11/iss1/4/>.

Vaz, Marcos Keel Filipe e Pereira Pinto. (2001). “A Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Comerciais e Governo de Sociedades.” [Online]. <http://www.fd.unl.pt/Anexos/Downloads/222.pdf>.

Sprague, Robert e Aaron J. Lyttle. (s.a.). “Shareholder primacy and the business judgement rule: Arguments for expanded corporate democracy”. <http://alsb.roundtablelive.org/Resources/Documents/NP%202010%20Sprague-Lyttle.pdf>

Arsht, S. Samuel (1979). “The Business Judgement Rule Revisited”. *Hofstra Law Review*, Volume 8 | Issue 1, Article 6 [Online]. <http://scholarlycommons.law.hofstra.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1269&context=hlr>

Figueiredo, Mariana (2011). *A Business Judgement Rule e a sua Harmonização com o Direito Português*. Dissertação de Mestrado em Direito das Empresas e dos Negócios. Porto. Faculdade de Direito da Universidade Católica.