



Escola de Ciências Sociais e Humanas

Departamento de Economia Política

Os Deveres Gerais dos Administradores e a sua Responsabilidade
Civil para com a Sociedade

Susana Paula Pinela Presumido Sousa Tavares

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de
Mestre em Direito das Empresas – Especialização em Direito das Sociedades Comerciais

Orientador:

Professor Doutor António Pereira de Almeida, Professor Auxiliar Convidado do ISCTE

– Instituto Universitário de Lisboa –

Setembro, 2017

Agradecimentos

Dedico o meu primeiro agradecimento ao meu orientador, o Professor Doutor António Pereira de Almeida, pelas sugestões e comentários críticos, que se revelaram fundamentais para consolidar a presente dissertação.

Aos colegas de mestrado, agradeço o acompanhamento e o inesquecível convívio académico que facilitou o percorrer de um caminho, que culmina com a entrega desta dissertação.

Ao Valter, pelo apoio e constante presença.

Resumo

A crescente complexidade da atividade empresarial e das transações comerciais exigiu uma clarificação da responsabilidade e das garantias dos administradores.

As decisões empresariais têm um caráter muito particular, porquanto na maioria dos casos, são tomadas em situação de risco e sob grande pressão, estando a assunção de riscos intrinsecamente ligada à inovação e criatividade que caracterizam o empreendedorismo empresarial.

Para avaliação do nosso sistema legislativo e melhor compreender os pressupostos da responsabilidade dos administradores perante a sociedade, e dos deveres que se lhes impõem, optaremos pela sistematização dos pilares em que assenta, tendo presente uma abordagem histórica do regime legal e das suas fontes de inspiração.

Especial atenção será dada a alguns aspectos do DL nº 76-A/2006, de 29 de Março, decorrentes da concretização dos deveres fundamentais dos administradores e da *business judgment rule* de origem anglo-saxónica., que corresponde a uma cláusula de avaliação da responsabilidade.

Daremos ainda atenção às particularidades decorrentes do estatuto dos administradores não executivos.

Palavras chave: deveres de cuidado; deveres de lealdade; *business judgment rule*; responsabilidade civil dos administradores.

Abstract

Business decisions are peculiar because they normally take place in situations of uncertainty and implicate risk taking

The specificities of this activity is recognized in our legal system witch devoted a specific set of rules, mainly for conflicts between the directors and the company, without losing sight of the basic principles of civil liability settlement.

In order of a deeper comprehension of personal liability of directors to the company for their business decisions, we will make an historical study of our law and its sources of inspiration.

Special attention will be given to the innovation aspects of the DL 76-A/2006, of 29 March. This law, clearly influenced by the common law, clarified the duties of directors and introduced the business judgment rule.

Keywords: duties of care, duties of loyalty, business judgment rule, civil liability of directors.

Índice

Capítulo I. Introdução: Os deveres gerais dos administradores e a sua responsabilidade civil para com a sociedade.....	1
1.1. Enquadramento e objetivos da investigação.....	1
1.2. O acórdão do STJ de 28/02/2013.....	3
2. Capítulo II. Os deveres gerais consagrados no artigo 64.º do código das sociedades comerciais.....	5
2.1 Evolução histórica do art.º 64.º CSC.....	5
2.2 A diligência de um gestor criterioso e ordenado.....	8
2.3 A transposição para o direito português.....	9
2.4 O dever de diligência ou de “ <i>administração</i> ”.....	12
2.5. Os deveres de cuidado.....	15
2.6. Os deveres de lealdade.....	20
2.7. O dever de lealdade e o art.º 242.º do CSC.....	21
2.7.1. A aplicação do regime do art.º 242.º CSC às sociedades anónimas.....	24
2.7.2. As sociedades anónimas <i>intuitus personae</i>	26
Capítulo III. A responsabilidade civil dos administradores.....	29
3.1. Enquadramento geral.....	29
3.2. A responsabilidade civil para com a sociedade.....	30
3.3. Natureza jurídica da responsabilidade dos administradores para com a sociedade.....	30
3.4. Os Pressupostos da responsabilidade civil pela violação de deveres.....	32
3.4.1. O facto ilícito.....	32
3.4.2. A culpa.....	33
3.4.3. O dano.....	34
3.4.4. O nexo de causalidade.....	35

3.5. Solidariedade na responsabilidade.....	36
Capítulo IV. A responsabilidade civil dos administradores não executivos.....	37
4.1. Enquadramento.....	37
4.2. As modalidades da administração e fiscalização das sociedades anónimas.....	37
4.3. Competências genéricas do conselho de administração.....	38
4.4. A atribuição de encargo especial a algum ou alguns administradores e a responsabilidade solidária de todos os administradores	39
4.5. A delegação de poderes de gestão num ou mais administradores ou numa comissão executiva e a responsabilidade dos administradores não executivos.....	40
Capítulo V. A Business Judgment Rule.....	45
5.1. A origem, fundamentos e campos de aplicação da BJR.....	45
5.2. A introdução da BJR no sistema português.....	47
5.3. A BJR e os deveres dos administradores.....	48
5.4. A responsabilidade civil e a BJR.....	49
5.5. BJR - Regra de avaliação ou causa de exclusão da responsabilidade?.....	51
5.5.1. Regra de avaliação da responsabilidade.....	51
5.5.2. Causa de exclusão da responsabilidade.....	54
5.5.2.1. Exclusão da culpa.....	54
5.5.2.2. Exclusão da ilicitude.....	55
5.5.2.3. Presunção da Ilicitude.....	59
5.6. Pressupostos de aplicação da BJR.....	60
5.7. Posição adotada.....	62
Capítulo VI. Outros fatores de exoneração da responsabilidade.....	63
6.1. A não participação ou oposição do administrador.....	63
6.2. Deliberação dos sócios.....	65
Capítulo VII Destituição dos administradores.....	67

7.1. Direito de não serem destituídos sem justa causa.....	67
7.2. Destituição com justa causa.....	68
Capítulo VIII. As ações de responsabilidade.....	71
8.1. Enquadramento.....	71
8.2. Ação da sociedade.....	71
8.3. Ação Social <i>ut singuli</i>	72
8.4. Ação sub-rogatória dos credores sociais.....	73
Conclusões.....	75
Bibliografia e Referências.....	79

Glossário de Siglas

BJR	Business Judgment Rule
CC	Código Civil
CMVM	Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
CSC	Código das Sociedades Comerciais
DL	Decreto-Lei
EUA	Estados Unidos da América
RL	Relação de Lisboa
RG	Relação de Guimarães
RP	Relação do Porto
SA	Sociedade Anónima
SQ	Sociedade por Quotas
STJ	Supremo Tribunal de Justiça

Capítulo I. Introdução: Os deveres gerais dos administradores e a sua responsabilidade civil para com a sociedade

1.1. Enquadramento e objetivos da investigação

O nosso trabalho gira em torno dos deveres fundamentais dos administradores, e da resultante responsabilidade para com a sociedade. Em contexto empresarial, somos confrontados com frequência, com as preocupações dos administradores, relativamente ao âmbito das suas responsabilidades. Assim sendo, a temática em torno dos deveres dos administradores e da sua responsabilidade, sempre nos suscitou interesse, e sempre foi um tema muito presente.

Além disso, esta é uma temática de grande relevância atual, sobretudo na sequência das escandalosas fraudes que têm vindo a público nos últimos anos, como são exemplo disso, os casos da Eron, da Worldcom e da Parmalat, entre outros. Em virtude disso, o governo societário tem evoluído muito no sentido de salvaguardar o rigor, a transparência e a credibilidade. E nesse âmbito, a temática dos deveres e responsabilidade dos administradores, assume particular relevância.

Contudo, como facilmente aferimos, trata-se de um tema muito abrangente, porquanto o ingresso no órgão de administração de uma sociedade comercial, implica assumir inúmeros deveres, e expõe os respetivos titulares a riscos específicos e muito variados de responsabilização.

Dos temas centrais da “*Corporate Governance*”, os deveres dos administradores e a correspondente responsabilidade civil destes, no caso de violação daqueles deveres, foi e continua a ser, um dos que mais tinta faz correr nos meios académicos nacionais e internacionais. Contudo, ainda assim, continua a ser um tema sobre o qual há e haverá muito a dizer.

Quando referimos a temática dos deveres dos administradores, referimo-nos aos deveres gerais e fundamentais dos mesmos. Por isso, o nosso objetivo será analisar, não os deveres contratuais e específicos dos administradores, mas os deveres gerais consagrados no art.º 64.º CSC. A importância do estudo destes deveres está relacionada quer com a avaliação de justos motivos para destituição de administradores, quer com o apuramento da sua responsabilidade civil.

Embora possamos subdividir a responsabilidade dos administradores, nomeadamente, em responsabilidade para com a sociedade, responsabilidade para com os credores sociais ou responsabilidade para com sócios e terceiros, no nosso estudo, dedicar-nos-emos apenas à responsabilidade para com a sociedade. Ora, no âmbito da responsabilidade para com a sociedade, os deveres dos administradores devem ser analisados, à luz da *business judgement rule* enunciada no art.º 72.º n.º 2 do Código das Sociedades Comerciais.

Verificamos que, se por um lado, o art.º 72.º n.º 1 do CSC estabelece uma presunção de culpa relativamente à atuação dos gerentes e administradores, em termos de os responsabilizar para com a própria sociedade, pelos danos a esta causados por atos ou omissões praticados, com preterição dos deveres legais ou contratuais, por outro lado, o n.º 2 do art.º 72, estabelece aparentemente, uma cláusula de exclusão dessa responsabilidade.

Nesse âmbito, a jurisprudência portuguesa tem privilegiado o princípio da insindicabilidade do mérito das decisões de gestão dos administradores, uma vez que considera, que tal seria uma imiscuição no governo das sociedades. Além do mais, considera ainda, que os Tribunais, não estão preparados para essa avaliação.

Pretendemos analisar os pressupostos da responsabilidade civil dos administradores perante a sociedade. Estes pressupostos consistem em provar que os administradores violaram os deveres gerais, e que dessa sua conduta, resultam danos para a sociedade, bem como, que existe nexo de causalidade entre a conduta e esses danos.

Conforme já referimos, o nosso ponto de partida, consistirá numa análise dos deveres gerais consagrados no artigo 64.º n.º 1 do CSC, pelo que procederemos à análise das temáticas relacionadas com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, o dever de diligência, os deveres de cuidado e os deveres de lealdade.

Salientamos ainda, que no âmbito da análise dos deveres gerais dos administradores, não podemos deixar de referir o art.º 242.º CSC, o qual apela ao incumprimento do dever de lealdade, para sustentar o regime da exclusão judicial dos sócios. Isto porque, a maioria das sociedades portuguesas, quer sejam sociedades por quotas, quer sociedades anónimas, caracterizam-se por serem de pequena/média dimensão, com cariz familiar, o que significa que, muitas vezes os sócios dessas sociedades, são também os membros da gerência ou conselho de administração. Assim sendo, consideramos pertinente abordar o tema da exclusão judicial de sócios, fazendo uma especial referência às sociedades anónimas *intuitus personae*.

Ainda no âmbito da responsabilidade dos administradores para com a sociedade, procuraremos refletir sobre o papel dos administradores não executivos, no quadro das sociedades anónimas, quanto às particularidades dos seus deveres e consequente responsabilidade.

Concluimos ainda por referir que quando recorremos ao termo “administrador”, muitas vezes referimo-nos ao administrador em sentido lato, incluindo genericamente nessa designação, quer os gerentes das sociedades por quotas, quer os administradores das sociedades anónimas.

1.2. O acórdão do STJ de 28/02/2013

No nosso estudo, teremos em consideração, e como ponto de partida, o caso em juízo objeto do acórdão do STJ de 28/02/2013. Nesse caso concreto, a sociedade autora, uma sociedade por quotas, fundamentando a sua pretensão, de ser ressarcida dos prejuízos sofridos, alegou que efetuou investimentos na sua sede social e em equipamento para a sua atividade, tendo, no ano de 2007, efectuado investimentos, de valor avultado. Nesse ano, tinha ainda na sua sede social e ao seu serviço três veículos automóveis.

No final desse ano de 2007, em 31 de Dezembro, os quatro sócios da autora outorgaram com o réu que era gerente da uma concorrente da autora no mercado, um contrato de promessa de compra e venda de cessão de quotas, renunciando os promitentes cedentes à gerência da autora, que então passou a ser exercida pelo réu mediante deliberação da assembleia geral daquela. Contudo, decorridos dois anos e oito meses de gestão da autora, em 31 de Agosto de 2010, viria o réu a denunciar o aludido contrato e a renunciar à gerência, que tinha assumido aquando da celebração do contrato promessa.

Sucedo que a autora veio alegar que o réu, que, ao mesmo tempo, era sócio e gerente de uma sociedade concorrente, durante o período em que exerceu a dita gerência da autora, fê-lo de forma negligente culposa e ruínosa, delapidando, destruindo e vendendo todo o património da autora, tendo, nomeadamente, feito desaparecer as aludidas viaturas e equipamento, aumentando o passivo da autora. Além disso, entregou à autora a sede fechada e sem quaisquer bens, impossibilitando-a de prosseguir a sua actividade.

Na sequência da análise do caso concreto em juízo, podemos levantar inúmeras questões, nomeadamente: Na sua atuação, o gerente réu preteriu que tipo de deveres? A sua atuação implica responsabilidade para com a sociedade? Em que circunstâncias se verifica tal

responsabilidade, apenas quando o gerente ou administrador atua no exercício das suas funções, ou em qualquer situação? Quais os pressupostos de efetivação de tal responsabilidade? No caso concreto, o gerente procedeu com culpa?

Além disso, o dito acórdão afirma que *“as atribuições do órgão de administração assumem, como é óbvio, papel fundamental para a vida social: é a este órgão que cabe, verdadeiramente, a condução dos negócios sociais, a prática corrente dos actos destinados a dinamizar e prosseguir o escopo da sociedade”*. Na sequência desta afirmação, podemos questionar-nos se todos os gerentes ou administradores têm efetivamente o dever de gestão corrente da sociedade. Este tema não é tratado no acórdão em apreço, até porque a sociedade autora é uma sociedade por quotas. Contudo, particularmente no âmbito das sociedades anónimas, será que todos os administradores têm o dever de gestão corrente da sociedade? Não tendo, terão outro tipo de deveres?

Voltando ao acórdão do STJ, de 28/02/2013, o mesmo menciona que a lei enfatiza, *“como dever central e nuclear dos membros dos órgãos de administração e representação, o de «actuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade» (artigo 64.º CSC)”*.

Por conseguinte, consideramos de toda a pertinência proceder à análise dos deveres consagrados no art.º 64.º CSC, começando pela consideração da evolução histórica desse preceito legal.

Capítulo II. Os deveres gerais consagrados no artigo 64.º do código das sociedades comerciais

2.1 Evolução histórica do art.º 64.º CSC

O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28/02/2013, a partir do qual, iniciamos esta consideração, levanta diversas questões em torno quer dos deveres dos administradores *lato sensu*, quer da responsabilidade civil dos mesmos.

Afirma-se no acórdão já indicado¹, que:

“De entre os deveres a que estão adstritos, os gerentes estão vinculados à observância dos deveres de diligência (definido em função de um padrão objectivo, de um gestor criterioso e ordenado), e de cuidado e lealdade, impondo-lhes que, no exercício das suas funções, não só se mostrem diligentes e zelosos, mas que também sejam informados e competentes”.

Os deveres referidos correspondem aos deveres gerais ou fundamentais dos administradores. Desde há muito tempo, esses deveres têm vindo a ser definidos e estabelecidos. Primeiro no *common law*, e depois na lei dos países de direito romano-germânico. Mais recentemente, também nos países de *common law* os deveres gerais têm tido consagração legal, especialmente nas leis societárias de muitos estados dos EUA, em documentos tais como o *Model Business Corporation Act*, da ABA e os *Principles of Corporate Governance* do ALI.

No direito português, também se tentou definir e consagrar os deveres gerais e fundamentais dos administradores. E assim sendo, apesar de verificarmos que a regulamentação dos deveres dos administradores se encontra dispersa por diversos preceitos do Código das Sociedades Comerciais, entre outros diplomas, os deveres fundamentais dos administradores foram consagrados no artigo 64.º do CSC.

Podemos dizer que os deveres fundamentais dos administradores e o dever de diligência são de grande relevância, na abordagem levada a cabo pelos denominados Princípios de *Corporate Governance*. A atual redação do artigo 64.º reflete isso mesmo, assim como, a influência anglo-americana, com a introdução dos deveres de cuidado (*duty of care*) e os deveres de lealdade (*duty of loyalty*), incluindo os critérios de concretização dos mesmos.

¹ Acórdão do STJ, processo n.º 189/11, de 28-02-2013.

O estudo do artigo 64.º do CSC, e por conseguinte, dos deveres fundamentais dos administradores é primordial, uma vez que nos permitirá aferir eventuais motivos justificativos para uma eventual destituição dos administradores e apurar a sua responsabilidade civil.

O cumprimento do dever de lealdade também se revela fundamental na apreciação de uma eventual exclusão de sócio, tema que adiante abordaremos, porquanto o tecido societário português, quer estejamos a falar de sociedades por quotas, quer de sociedades anónimas, caracteriza-se por ser de pequena/média dimensão, com cariz familiar, sendo que muitas vezes, os sócios dessas sociedades, são também os membros da gerência ou do conselho de administração.

Voltando a nossa atenção para o acórdão do STJ de 28.02.2013 supra mencionado, refere o mesmo que *“em qualquer caso, a responsabilidade civil dos administradores terá que decorrer da preterição de deveres contratuais e/ou legais, tendo que existir sempre uma desconformidade entre a conduta do administrador e aquela que lhe era normativamente exigível”*. Ora, nesse sentido, podemos considerar que na concretização da responsabilidade civil dos administradores, o artigo 64.º do CSC desempenha sempre um ponto de partida fulcral.

Na origem do artigo 64.º do CSC temos o artigo 17.º n.º 1 do decreto-lei n.º 49 381, de 15 de Novembro de 1969. Esse artigo disponha o seguinte: *“Os administradores da sociedade são obrigados a empregar a diligência de um gestor criterioso e ordenado”*.

Ao que tudo indica, esse preceito foi inspirado por Raúl Ventura e adveio do § 93/I do *Aktiengesetz* alemão de 1965.

Mais tarde, em 1986, o conteúdo do artigo 17.º n.º 1 do decreto-lei n.º 49 381, de 15 de Novembro de 1969, foi basicamente acolhido no artigo 64.º CSC, versão original, e sob a epígrafe *“dever de diligência”*. A versão original do artigo 64.º CSC tinha a seguinte redação: *“Os gerentes, administradores ou diretores de uma sociedade devem atuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores”*.²

A expressão *“no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos*

² DR I Série n.º 201, de 02-09-1986, 2307/II.

trabalhadores”, foi inserida por indicação de Brito Correia, resultante da proposta da 5.^a Diretriz das sociedades comerciais, a qual, nunca foi adotada no plano europeu.

Já nesta altura, refere o Prof. Coutinho de Abreu, que teria sido conveniente e não difícil de desdobrar o “*dever de diligência*” em sentido amplo, do art. 64.º do CSC, “*no dever de cuidado (ou diligência em sentido estrito) e no dever de lealdade*” (Abreu, 2007:18-19). Acrescenta o mesmo professor que a letra da lei facilitava esta análise. Ou seja, “*gestor criterioso e ordenado*” referir-se-ia especialmente ao dever de cuidado; “*no interesse da sociedade...*” referir-se-ia ao dever de lealdade. Porém, alega o mesmo Professor, que “*muito poucos deram conta disso mesmo*” (Abreu, 2007:18-19).

Em 2006, aquando da apresentação do anteprojeto da reforma desse ano, a CMVM explicou a sua importância e revelou estar em causa, quanto aos titulares dos órgãos de administração “*uma cuidadosa densificação dos deveres que devem ser acautelados no seu exercício profissional*”.

O Preâmbulo do decreto-lei n.º 76-A/2006 não refere o art.º 64.º n.º 1, mas menciona que “*o primeiro objetivo de fundo que este decreto-lei visa prosseguir, em prol de uma maior transparência e eficiência das sociedades anónimas portuguesas*”.

Terá sido por inspiração da CMVM, que foi acrescentada, ao artigo 64.º do CSC, a expressão “*com lealdade*”.

O artigo 64.º n.º 1 CSC veio conjugar os deveres de cuidado e de lealdade, procurando clarificar e desenvolver a ambos. O mesmo preceito, na versão de 2006, remete ainda para a diligência de um gestor criterioso e ordenado, embora aparentemente, tal critério seja associado apenas aos deveres de cuidado.

No que se refere aos deveres de cuidado, como sabemos, são de origem anglo-saxónica. E as concretizações de tais deveres, resultantes da reforma de 2006, “*corresponderam a ideias da CMVM, tanto quanto veio a público*” (Cordeiro, 2011: 853). O objetivo foi dar forma ao denominado governo das sociedades ou *corporate governance*, de origem norte-americana.

A respeito do artigo 64.º CSC refere o Professor Menezes Cordeiro que o mesmo, “*não corresponde a quaisquer desenvolvimentos nacionais: nem doutrinários, nem jurisprudenciais. Grosso modo, ele traduz uma série de aportações retiradas de fontes exteriores, desinseridas dos sistemas que as originaram* (Cordeiro, 2011: 854).

De qualquer forma, e à parte das mais diversas considerações sobre a origem e a pertinência deste preceito, na verdade, no atual direito português, é o artigo 64.º CSC que consagra os denominados deveres fundamentais dos administradores.

O acordão que referimos acima, dispõe que:

“De entre os deveres a que estão adstritos, os gerentes estão vinculados à observância dos deveres de diligência (definido em função de um padrão objectivo, de um gestor criterioso e ordenado), e de cuidado e lealdade, impondo-lhes que, no exercício das suas funções, não só se mostrem diligentes e zelosos, mas que também sejam informados e competentes”³.

Tendo essas declarações em mente, no nosso trabalho pretendemos abordar os deveres de diligência, cuidado e lealdade, considerando ainda, o alcance do padrão objetivo de um gestor criterioso e ordenado.

Reiteramos que o estudo do artigo 64.º CSC é fundamental, uma vez que representa o cerne, a base de trabalho, de todos os outros institutos relacionados com a responsabilidade civil, pois é da violação de um dever que poderá surgir uma eventual responsabilidade.

Nessa busca de uma melhor interpretação e entendimento dos deveres que decorrem do estatuído no artigo 64.º CSC, passamos à análise do critério denominado de “*diligência de um gestor criterioso e ordenado*”.

2.2 A diligência de um gestor criterioso e ordenado

A denominada bitola de diligência de um gestor criterioso remonta ao § 84 do *Aktiengesetz* alemão de 1937, o qual disponha: “*Os membros da direção devem aplicar, na sua condução da sociedade, o cuidado de um gestor ordenado e consciencioso. Devem manter sigilo sobre os dados confidenciais*”. Esta redação procurou introduzir o tema da responsabilidade dos membros da direção das sociedades anónimas.

Importa no entanto esclarecer, que no plano terminológico, “*cuidado*” (*Sorgfalt*) sempre foi vertido em português, por *diligência*. E por conseguinte, o “*cuidado*” de então, nada tem a ver com o novo “*cuidado*” (*Care*), anglo-saxónico e com a tradição distinta, a ele ligada. (Cordeiro, 2011: 855). A doutrina foi aprofundando o sentido da bitola do dever de diligência explicando que, sendo objetiva, ela se afirmaria pelo tipo, pelo âmbito e pela dimensão da

³ Acórdão do STJ, processo n.º 189/11, de 28-02-2013.

sociedade. E uma coisa é certa, estando em causa a gestão de bens alheios, esta teria de ser uma bitola necessariamente exigente.

2.3 A transposição para o direito português

A diligência do gestor criterioso e ordenado foi transposta para o direito português pelo art.º 17.º n.º 1 do decreto-lei 49381, de 15 de novembro de 1969, que já transcrevemos acima.

Da análise dos respetivos trabalhos preparatórios, e das explicações posteriores dos autores do anteprojeto, concluímos que conhecendo bem os diversos sistemas europeus, o legislador optou conscientemente pela fórmula do *Aktiengesetz* alemão (conforme a tradição nacional). Este é um critério que surge por contraposição à noção consagrada a nível de responsabilidade civil, da diligência de um “*bom pai de família*” (*bonus pater familias*), necessariamente mais exigente do que este último.

Em virtude do dilema culpa/ilicitude, o legislador acabou por aproximar a “*diligência*” de uma norma de conduta e, portanto de fonte de ilicitude, quando violada, sujeita a subsequente e eventual juízo de culpa.

Em sentido normativo, a diligência equivale ao grau de esforço exigível para determinar e executar a conduta que integra o cumprimento de um dever. E por isso, segundo o Professor Menezes Cordeiro, trata-se de uma regra de conduta, ou melhor, de parte de uma regra de conduta, que deve ser determinada independentemente de qualquer responsabilidade e, logo, de culpa. Mais defende o mesmo Professor, que a bitola da diligência é nos termos gerais, uma regra de conduta incompleta, na medida em que apenas em conjunto com outras normas, poderá ter um conteúdo útil preciso.

Voltando ao direito alemão, em virtude da sua ordenação sistemática, o § 93/I do *Aktiengesetz* alemão começou por ser assimilado a uma medida de culpa. Contudo, acabou por evoluir para uma regra de conduta, em termos hoje pacíficos.

Segundo o professor Menezes Cordeiro, o conceito de dever de diligência como *quantum* de esforço normativamente exigível aos administradores, no cumprimento dos seus deveres, assume maior relevância, quando se analisa o art. 64.º CSC, na sua versão original, que sob a epígrafe “*Dever de Diligência*”, dizia: “*Os gerentes, administradores ou directores de uma sociedade devem actuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores*”.

Nesse sentido, o Professor Carneiro da Frada dispõe que a versão originária do artigo 64.º tinha conteúdo normativo próprio. E isso, não obstante ser norma incompleta, na medida em que *não tinha acoplada qualquer sanção para a violação dos deveres do administrador* (Frada, 2007:52).

Na realidade, nessa versão original do artigo 64.º CSC, a diligência do gestor criterioso e ordenado constituía o principal elemento caracterizador dos deveres gerais do administrador, e desta forma o principal padrão de aferição da licitude/ilicitude da conduta do administrador.

Por outro lado, Filipe Barreiros considera que a anterior redação do artigo 64.º CSC “*remetia tão só para a diligência de um gestor criterioso e ordenado, critério que se revelava muito vago e impreciso, dando origem a múltiplas dificuldades interpretativas*” (Barreiros, 2010:46).

Contudo, em virtude das alterações legislativas introduzidas em 2006, no âmbito da organização sistemática, o artigo 64.º CSC ficou desligado da responsabilidade dos administradores, passando a integrar um capítulo próprio sobre a administração. Além disso, somos levados a concluir que a ilicitude da conduta do administrador deve descrever-se primordialmente como violação dos deveres de cuidado ou de lealdade. Por conseguinte, ao que parece, a diligência do gestor criterioso e ordenado deixa de constituir o principal elemento caracterizador dos deveres do administrador, e desta forma, já não será o principal padrão de aferição da licitude/ilicitude da conduta do administrador.

Nessa esteira, Carneiro da Frada afirma que a “*diligência do gestor criterioso e ordenado*” contém ainda um critério especificador de conduta objetivamente exigível do administrador pelo artigo 64.º n.º 1 a) CSC. Assim, a expressão continua a indicar um elemento concorrente para o juízo de ilicitude, ainda que atualmente com “*um papel mais modesto*” (Frada, 2007:54).

É inegável que o critério da diligência do gestor criterioso e ordenado continua a assumir particular importância, uma vez que se encontra consagrado no artigo 64.º CSC, com a epígrafe “*deveres fundamentais dos administradores*”. E este preceito assume particular importância na avaliação da culpabilidade dos administradores em sede de responsabilidade civil. No entanto, nessa matéria, teremos de conjugar o disposto no artigo 64.º do CSC com o artigo 72.º n.º 2 do CSC. Este último, estabelece o princípio da *business judgment rule*, em sede da responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade, o qual analisaremos

mais à frente.

Alega o Professor Menezes Cordeiro que aquando da reforma legislativa de 2006, deveria ter havido a preocupação de ponderar, dogmáticamente, o que é a *diligência* no direito português (Cordeiro, 2011:862).

Relembrando os ensinamentos do Professor Pessoa Jorge, em matéria de responsabilidade civil, afirmava o mesmo, que deveriam ser tidos em consideração, deveres legais cuja violação é fonte de responsabilidade, que transcendem os quadros da relação jurídica creditória, entre os quais assume particular relevo o chamado “*dever geral de diligência*”. Pessoa Jorge definia este dever “*como sendo o dever de não violar ou ofender direitos subjetivos alheios e conseqüentemente de não causar a outrém prejuízos injustos*” (Jorge, 1976). Portanto, associava o “*dever geral de diligência*”, a um dever geral de respeito.

Ora, parece-nos que nessa linha do “*dever geral de diligência*”, tal como definido pelo Professor Pessoa Jorge, na versão originária do artigo 64.º CSC, a diligência do gestor criterioso e ordenado constituía o principal elemento caracterizador dos deveres dos administradores, ou seja, o principal padrão de aferição da licitude/ilicitude da conduta do administrador. E nessa medida, constituía dever fulcral do administrador, o de não ofender ou violar os direitos alheios, neste caso, da sociedade, não causando à mesma, prejuízos injustos.

Se da atual versão do artigo 64.º CSC, decorre que a ilicitude da conduta do administrador, deve descrever-se primordialmente como violação dos deveres de cuidado ou de lealdade, poderemos ser levados a aferir, que a atual referência à “*diligência do gestor criterioso e ordenado*”, da alínea a) do n.º 1 do artigo 64.º do CSC, “*não é um critério de ilicitude, mas sim de culpa*” (Frada, 2007:58). Contudo, conforme menciona Carneiro da Frada, se nesse contexto, a *diligência* fosse “*um mero critério de culpa, teria sem dúvida de ser convocada também pela alínea b)*” (Frada, 2007:58).

A oscilação da diligência entre a ilicitude e a culpa compreende-se bem à luz da destrição doutrinária entre a diligência objetiva e a diligência subjetiva, que faz também carreira na doutrina germânica. “*Ilicitude e culpa são dois crivos de apreciação da conduta para efeito de responsabilidade, quanto maior for o espaço e as exigências de uma delas, menor é o campo da outra*” (Frada, 2007:59). Como sabemos, contrariamente ao sistema do *Delaware*, que não faz distinção entre ilicitude e culpa, no sistema português de responsabilidade civil, é doutrinariamente dominante, a diferenciação entre a ilicitude e a culpa. A ilicitude assenta

num juízo objetivo de desconformidade entre um comportamento ou um resultado e o plano objetivo do dever-se. A culpa, por sua vez, assenta num juízo subjetivo de reprovação do comportamento de certa e determinada pessoa a quem é imputado um ilícito.

Voltando à redação do atual nº1 do artigo 64.º CSC, surge a questão, quanto a se este preceito, ainda assim, consagra um dever autónomo de diligência. Afloraremos de seguida, esta questão.

2.4 O dever de diligência ou de “*administração*”

Numa perspetiva literal e restrita da letra da lei, a diligência que agora surge, na atual redação do artigo 64.º do CSC, parece reportar exclusivamente, ao cumprimento dos deveres de cuidado.

Contudo, a doutrina tem suscitado profundas controvérsias doutrinárias sobre a existência de um dever de diligência propriamente dito, bem como a respeito do âmbito do mesmo.

Na verdade, o legislador ao verter na lei os deveres que entendeu refletirem o exercício diligente da administração, omitiu qualquer referência ao dever fulcral de toda esta problemática, a saber, o dever de administrar ou gerir a sociedade.

A consagração legal do dever de diligência, também denominado por alguma doutrina, por dever de administração⁴ ou ainda, por dever de gestão⁵, não obstante, não resultar diretamente da letra do artigo 64.º CSC, é reconhecida pela generalidade da doutrina, pela conjugação de diversos preceitos legais, nomeadamente pela conjugação dos artigos 405.º, 406.º, 373.º n.º 3, e 407.º, entre outros, todos do CSC, sobre os quais não nos pronunciaremos aqui.

A questão em discussão no artigo 64.º CSC, é no fundo saber, se estaremos perante um dever autónomo dos administradores, ou se este mais não faz do que estabelecer um requisito de atuação para cumprimento dos deveres atribuídos aos administradores. Neste sentido, o Professor Antunes Varela, refere-se ao artigo 64.º como “*preceito bastante genérico e impreciso, mais retórico que realista, destinado a definir o grau de diligência exigível aos responsáveis pela gestão nas sociedades, capaz de interessar ao requisito da culpa, que não*

⁴ Carneiro da Frada refere a existência de um dever de administração.

⁵ Conforme é qualificado por P. Caetano Nunes, em *Corporate Governance*, Almedina, 2006, pág. 32.

afasta o requisito da ilicitude requerida da conduta desses agentes”⁶.

Sobre esta matéria, importa recordar, que o acórdão do STJ de 28.02.2013, supra indicado, refere o dever de diligência, nomeadamente, através da seguinte declaração: “*E é também em consonância com o relevo e implicações deste dever de diligência dos gerentes (...) que eles estão sujeitos a responsabilidade civil (...) pelos atos que pratiquem ou omissões em que incorram no exercício das suas funções e que infrinjam tais deveres*”. Portanto, também a jurisprudência reconhece a imposição de um dever de diligência, de carácter autónomo e fonte de ilicitude em caso de incumprimento.

Neste âmbito, consideramos pertinente voltar a referir que Carneiro da Frada não considera que a “*diligência*” da atual alínea a) do n.º 1 do artigo 64.º CSC seja um mero critério de culpa, antes, considera que continua a indicar um elemento concorrente para o juízo de ilicitude, ainda que com um papel mais modesto.

Por outro lado, Menezes Cordeiro, considera que a “*diligência*” é parte de uma regra de conduta, que deve ser determinada, independentemente de qualquer responsabilidade, e logo, de culpa. Por outras palavras, conforme já referimos acima, para o mesmo Professor, a “*diligência*” é uma regra de conduta incompleta, na medida, em que apenas em conjunto com outras normas, poderá ter um conteúdo útil preciso.

João Soares da Silva, conclui que:

“Será difícil deixar de reconhecer que o artigo 64.º - sem embargo de conter um critério de comportamento do administrador válido para o conjunto dos seus deveres – conterà também uma fonte autónoma de determinação da conduta devida, suscetível de ser autonomamente violado, e por isso, fonte autónoma também de responsabilidade civil”
(Silva, 1997:615-616).

Consideramos que este artigo contém um critério do comportamento que o administrador deverá adotar, o qual será aplicável para o conjunto de todos os restantes deveres. E realmente, prevalece a ideia de que a diligência contribui para a definição do grau de esforço exigível para o cumprimento de qualquer dever. Assim sendo, por exemplo, a diligência também deverá ser alargada, de forma a abarcar igualmente as condutas referidas na alínea b)

⁶ Antunes Varela, Anotação ao Acórdão do Tribunal Arbitral de 31.05.1993, Revista de Legislação e de Jurisprudência, Ano 126.º, n.º 3835, pág. 315.

do n.º 1 do artigo 64.º do CSC, a propósito dos deveres de lealdade⁷.

E o critério do comportamento que o administrador deve adotar reveste particular importância, no processo de tomada de decisão dos administradores.

Como é evidente, administrar e gerir uma determinada sociedade, pressupõe a tomada de inúmeras decisões. E estas decisões comportam muitas vezes, escolhas complexas e arriscadas, face à conjuntura económica do momento e aos mercados globais incertos.

Assim sendo, independentemente do lucro que essas decisões possam gerar para a sociedade, parece-nos que sobretudo, elas devem refletir razoabilidade e ponderação. E é nesta matéria, que podemos afirmar que a discricionariedade empresarial deve ser pautada pela diligência de um gestor criterioso e ordenado.

Isso significa, que aquando da tomada de uma decisão, os administradores devem reunir toda a informação possível sobre o assunto, de forma a obterem os melhores esclarecimentos sobre a questão em apreço.

Nesse sentido, o ordenamento jurídico norte-americano e os conceitos desenvolvidos pela *corporate governance* têm o dever de realizar um *reasonable decision making process*, e o dever de assumir uma *reasonable decision*.

Por conseguinte, uma boa decisão será a decisão razoável, que tem por base a informação necessária e adequada. Contudo, esse processo de obtenção da informação, ou seja, o *process due care*, dependerá muito de diversos critérios, nomeadamente da urgência, da complexidade e do risco da decisão.

Assim sendo, os administradores poderão ser responsabilizados pela tomada de decisões, cujo *process due care* não revele esclarecimento, rigor, razoabilidade e informação adequada. Ou seja, os administradores serão responsabilizados pelo seu comportamento e conduta, senão observarem os critérios de racionalidade empresarial, nem cumprirem o princípio da *business judgement rule*, consagrado no artigo 72.º n.º 2 do CSC, o qual analisaremos adiante.

Contudo, do nosso ponto de vista, isto não significa que, face ao dever de diligência, o administrador deva ser responsabilizado pelos riscos próprios da atividade societária

⁷ Neste sentido, Sónia das Neves Serafim, Os Deveres Fundamentais dos Administradores: O Dever de Cuidado, a Business Judgment Rule e o Dever de Lealdade, Coimbra Editora, pág. 523.

desenvolvida. Se assim fosse, estar-se-ia a restringir a liberdade de atuação dos administradores, e por conseguinte, a limitar as possibilidades de desenvolvimento e inovação da própria sociedade. Não obstante, isso não significa que os administradores devam correr riscos desmedidos e imprudentes.

Ora, podemos assim afirmar, e conforme refere Filipe Barreiros, que “*intimamente relacionada com a consagração do dever de diligência dos administradores, está a questão da análise e juízo do mérito da decisão de gestão*” (Barreiros, 2010:61).

Assim, concluímos pela existência de um dever de diligência, de carácter autónomo, voltando mais tarde, à problemática em torno da sindicabilidade do mérito das decisões de gestão. Contudo, podemos desde já acrescentar, que a jurisprudência portuguesa, tem privilegiado o princípio da insindicabilidade do mérito das decisões de gestão dos administradores, uma vez que considera, que tal seria uma imiscuição no governo das sociedades. Além do mais, considera ainda, que os Tribunais, não estão preparados para essa avaliação⁸.

2.5. Os deveres de cuidado

A introdução dos deveres de cuidado no Código das Sociedades Comerciais resultou da reforma de 2006. E como refere o Professor Menezes Cordeiro, tratou-se de uma aparição de *última hora* (Cordeiro, 2011:882).

Isto porque, os deveres de cuidado não constavam do anteprojeto posto à discussão pública. Assim sendo, entende-se que aquando da elaboração dos trabalhos preparatórios da reforma de 2006, considerou-se bastante a referência a deveres de lealdade, além do já existente critério de diligência. No entanto, conforme salienta o Professor Menezes Cordeiro, quando o texto refere dever de diligência e traduz tal expressão por *duties of care*, poderá indicar que já nessa altura, a CMVM tinha em mente, não propriamente a diligência, mas sim os deveres de cuidado (Cordeiro, 2011:882).

No direito inglês, o dever de cuidado opera no domínio da responsabilidade civil por negligência. Isto significa, que o administrador só é condenado, se ficar estabelecido que violou tal dever.

Contudo, é no direito norte-americano que o dever de cuidado assume maiores

⁸ Acórdão da Relação de Lisboa, processo n.º 5314/06, de 11 de Novembro de 2014.

desenvolvimentos. Neste caso, o dever de cuidado, também próprio da responsabilidade por negligência, obriga ao acompanhamento dos negócios da sociedade. E face ao princípio da *business judgement rule*, a grave negligência nesta matéria, resulta em condenação. Assim sendo, ao abrigo desse dever, é requerido um cuidado especial aos administradores, sem no entanto, suprimir o risco do negócio, base de qualquer progresso.

Sob a especial técnica anglo-saxónica, que não separa a ilicitude da culpa, o dever de cuidado exprime as regras de conduta e a carga de não censura necessárias para que o administrador exerça as suas funções, sem no entanto, incorrer em responsabilidade negligente.

O legislador português de 2006, ao referir os deveres de cuidado, especificou a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade.

E efetivamente alguns desses elementos surgem nas exposições britânicas, a propósito dos deveres de cuidado. Ou seja, são deveres de atuação dos administradores, que previnem situações de negligência. Apresentam um caso de abstração muito elevado, a concretizar nos meandros do *case law*, estranha ao nosso direito.

Não parece fácil a ligação feita entre os deveres de cuidado, típicos do *negligence law* e a bitola do gestor criterioso e ordenado, constante do final do artigo 64.º n.º 1 a) CSC. Menezes Cordeiro afirma que, “*aparentemente, esses dois elementos, dizem o mesmo: um em linguagem “anglo-saxónica” e outro em termos continentais*” (Cordeiro, 2011:884).

O Professor Menezes Cordeiro não entende porque inserir, no artigo 64.º CSC, um claro elemento de responsabilidade civil: seria lógico colocar tal norma, a ser necessária, no artigo 72.º do CSC. Isto porque, sistematicamente, o artigo 64.º CSC está desligado dos preceitos relativos à responsabilidade civil dos administradores.

Do ponto de vista de Menezes Cordeiro, os deveres de cuidado, tal como estão articulados, são mesmo normas de conduta. E quando violadas, teremos de fazer apelo a outras regras – culpa, ilicitude, dano e nexos de causalidade, entre outras, para determinar uma eventual responsabilidade civil. Ou seja, para que os administradores respondam civilmente perante a sociedade, temos de articular o artigo 64.º CSC com o artigo 72.º n.º 1 CSC.

Mas sobre a mesma matéria, o Professor Coutinho de Abreu afirma que o artigo 64.º n.º 1 do CSC desempenha no campo da responsabilidade, uma dupla função. Por um lado, prevê deveres de cuidado e de lealdade, que se traduzem em vários deveres objetivos de conduta,

cuja violação significa ilicitude. Por outro lado, o mesmo preceito circunscreve o critério da culpa: “*A diligência de um gestor criterioso e ordenado*”. Por essa razão, defende que “*a norma do art. 64.º é fundamento autónomo de responsabilidade*” (Abreu, 2007:30). Aliás, o Prof. Coutinho de Abreu, vai ainda mais longe, quando afirma que o mesmo sucedia com a versão originária do artigo 64.º CSC.

Menezes Cordeiro não considera brilhante que a bitola da diligência, que antes acompanhava todos os deveres dos administradores, parece ser agora confinada aos deveres de cuidado⁹. Contudo, conforme já tivemos ocasião de expor supra, essa questão é ultrapassada, se considerarmos que a diligência prevista na alínea a) do n.º 1 do artigo 64.º do CSC contém um critério do comportamento que o administrador deverá adotar, relativamente a todos os seus deveres. Isto é, que a diligência contribui para a definição do grau de esforço exigível para o cumprimento de qualquer dever. E nessa medida, conforme também já referimos, a diligência deverá ser alargada, de forma a abarcar igualmente as condutas referidas na alínea b) do n.º 1 do artigo 64.º do CSC, a propósito dos deveres de lealdade¹⁰.

E é nesse sentido que conclui Menezes Cordeiro, quando defende que a alínea a) do n.º 1 do artigo 64.º do CSC, deve ser interpretada “*no seu conjunto, exprimindo a boa velha (e sempre útil) bitola de diligência, acompanhada por algumas precisões. Obviamente, o administrador dever ser diligente na execução de todos os seus deveres, e não apenas, nos de cuidado*” (Cordeiro, 2011:885).

Para sabermos se um administrador foi cuidadoso numa determinada situação, requer ter em consideração várias circunstâncias, tais como, “*o tipo de sociedade, seu objeto e dimensão, a importância e o tempo disponível para a operação em causa, as funções do administrador e a sua especialidade*”. (Abreu, 2007:20).

O Professor Coutinho de Abreu considera que o elenco das manifestações do dever de cuidado, que consta do artigo 64.º n.º 1 a) CSC é imperfeito, quer porque existem outras manifestações que considera mais importantes, quer porque o preceito acaba por remeter para a “*diligência de um gestor criterioso e ordenado*”, que é uma formulação mais genérica.

⁹ António Menezes Cordeiro, Direito das Sociedades, Almedina, 3.ª Edição, 2011, pág. 885

¹⁰ Neste sentido, Sónia das Neves Serafim, Os Deveres Fundamentais dos Administradores: O Dever de Cuidado, a Business Judgment Rule e o Dever de Lealdade, Coimbra Editora, pág. 523.

Por essa razão, o mesmo professor prefere uma outra nomenclatura, que *compreende o dever de controlo ou vigilância organizativo-funcional, o dever de atuação procedimentalmente correta, para a tomada de decisões e o dever de tomar decisões, substancialmente razoáveis* (Abreu, 2007:20).

O primeiro dever acima referido abrange a obrigação de acompanhar a evolução da sociedade, acedendo à informação necessária para o efeito. O acesso à informação é também fundamental para cumprimento do segundo dever supra mencionado, no âmbito dos procedimentos de tomada de decisões.

Para análise do terceiro dever, o de tomar decisões razoáveis, tem de se ter em conta que a conjuntura económica é incerta, e por isso existem inúmeras variáveis. Desta forma, poderão existir várias alternativas razoáveis. E nestes casos, fala-se da “*discricionariedade empresarial*” dos administradores. Neste sentido, “*o administrador não viola o dever de tomar decisões razoáveis, se escolhe, não a melhor decisão, mas uma das soluções compatíveis com o interesse da sociedade*” (Abreu, 2007:21).

Temos ainda, Pedro Caetano Nunes, que sub-divide o dever de cuidado em quatro distintos deveres, assumindo a nomenclatura norte-americana, a saber: o *duty to monitor*, o *duty to inquiry*, o dever de realizar um *reasonable decisionmaking process* e o dever de assumir uma *reasonable decision* (Nunes, 2006:22).

No âmbito do *duty to monitor*, podemos incluir o dever de acompanhar e vigiar a atividade social da empresa, e desta forma, associá-lo ao *dever de controlo ou vigilância organizativo-funcional*, referido por Coutinho de Abreu. O administrador deve ter um comportamento ativo, que possa gerar um constante fluxo de informação, que controle e lhe permita estar ao corrente da evolução económico-financeira da sociedade. Cumprindo o *duty to inquiry*, deve promover uma investigação cuidada, sempre que tome conhecimento de factos que possam potenciar danos à sociedade.

Bruno Ferreira classifica os deveres de cuidado em dois grupos: os que dizem respeito à tomada de decisões e os que se encontram desligados do processo decisório, relacionando-se mais diretamente com o acompanhamento da atividade da sociedade¹¹.

¹¹ Bruno Ferreira, em *Os deveres de cuidado dos administradores e gerentes*, Rev. Direito Sociedades, 2009, Vol. III.

Julgamos que é possível encontrar correspondência entre as diversas expressões escolhidas pela doutrina para o recorte das condutas que integram o dever fundamental de cuidado.

Concretizando, podemos afirmar, tendo por base os ensinamentos do Professor Coutinho de Abreu, que os administradores estão obrigados a “*não dissipar ou esbanjar o património social e a evitar riscos desmedidos*” (Abreu, 2007:21). O caso em juízo, objeto do acórdão do STJ, que indicamos acima¹², é um excelente exemplo de dissipação e esbanjamento do património social. Nesse caso, a autora, a saber a sociedade, quando o réu iniciou as suas funções de gerência, encontrava-se em laboração, com empregados a trabalhar, a receber e a atender clientes. Mas quando o réu deixou a gerência, nunca mais teve qualquer atividade, já que o réu entregou as instalações da autora vazias de todo o património imobilizado, com exceção da sua sede social, que se encontrava fechada.

Podemos acrescentar que um administrador com “*competência técnica*” terá os conhecimentos necessários para não dissipar o património social e evitar risos desmedidos, como certamente teria o réu do caso mencionado.

Além disso, a referência à “*disponibilidade*” e à “*competência técnica*” para definir o dever de cuidado, implica que as pessoas nomeadas para exercerem a função de administrador, devem fazer uma auto-avaliação em relação às suas capacidades e ao tempo que têm para dedicar à sociedade. Caso contrário, conforme refere o Professor António Pereira de Almeida, poderão incorrer na denominada *culpa in acceptando* (Almeida, 2013:290).

Contudo, defendemos que qualquer tentativa de sistematização dos deveres de cuidado deverá ultrapassar os limites do que é definido no artigo 64.º n.º 1 a) do CSC. Até porque, apesar de todo o esforço legislativo em torno do artigo 64.º CSC, esse preceito não exprime adequadamente o dever fulcral de um administrador, ou seja, o dever de administrar. E não nos parece feliz a solução de reduzir o dever de administrar, a meros “*deveres de cuidado*”, uma vez que cada uma dessas designações, remete para diferentes realidades, conforme já tivemos ocasião de expor acima.

Conforme menciona Carneiro da Frada, o cuidado pode ser objeto de um dever de prestar, mas não é em si, um dever de prestar, antes, apenas um modo de conduta¹³. Na realidade, o

¹² Acórdão do STJ, processo n.º 189/11, de 28-02-2013.

¹³ Posição referida por Manuel A. Carneiro da Frada, no artigo *A Business Judgement Rule no Quadro*

dever do administrador vai muito além, do dever de cuidado *stricto sensu*, uma vez que ele tem de conduzir, gerir a sociedade, prosseguindo o interesse social da mesma. Portanto, o dever de cuidado do administrador qualifica a obrigação de administrar de acordo com boas práticas, o que nos conduz à temática do *corporate governance*. Contudo, importa distinguir entre o *mero duty of care* e a *autêntica duty to take care*.

2.6. Os deveres de lealdade

Coutinho de Abreu define o dever de lealdade, como sendo o *dever de os administradores exclusivamente terem em vista os interesses da sociedade e procurarem satisfazê-los, abstendo-se portanto de promover o seu próprio benefício ou interesses alheios* (Abreu, 2007:22).

Também a consagração legal do dever de lealdade e a sua concretização tem a sua origem na jurisprudência dos EUA. A transposição dos deveres de lealdade para o CSC foi feita pelo decreto-lei n.º 76-A/2006, de 29 de março.

Segundo o Professor Menezes Cordeiro, o dever de lealdade no interesse da sociedade, e simultaneamente o dever de atender a todos os outros interesses, retiram qualquer sentido útil ao preceito. Exigir lealdade no interesse da sociedade, e ainda que se atenda aos interesses de outros sujeitos, tais como, os trabalhadores, clientes e credores, “*é permitir deslealdades sucessivas. Quem é leal a todos, particularmente havendo sujeitos em conflito, acaba desleal perante toda a gente*” (Cordeiro, 2011:872). Assim sendo, defende que a lealdade é para com a sociedade, e não para com os acionistas ou *stakeholders*. Quanto a estes, talvez pudesse valer o dever de cuidado (Cordeiro, 2011:881).

Decorre deste dever, que os administradores devem comportar-se com *fairness*, isto é, lealdade para com a sociedade. E nesse âmbito são proibidas algumas condutas aos administradores, muitas das quais sancionadas por lei. Passamos a enumerar algumas dessas condutas: a proibição de concorrência; a proibição de divulgar segredos societários; a proibição de aceitar crédito da própria sociedade; a proibição e aproveitamento das oportunidades de negócio; a proibição de tomar decisões ou colaborar nelas, quando se verificarem situações de conflitos de interesse e a proibição ou a forte restrição no tocante a

negócios a celebrar com a própria sociedade. Nesse sentido, menciona o acórdão do STJ, de 28 de fevereiro de 2013, que “*o dever de lealdade costuma ser associado à obrigação de não concorrência, obrigação de não aproveitar em benefício próprio eventuais oportunidades de negócio, obrigação de transparência, a não actuação em conflitos de interesses*”. Estas proibições decorrem não só da lei, mas também do princípio da boa fé.

Poderemos questionar-nos se o dever de lealdade impõe pela positiva, aos administradores, a observância de deveres de conduta. Contudo, as proibições não constituem “*uma bússola que diga pela positiva, como agir. Apenas são apostas margens, na conduta dos administradores*” (Cordeiro, 2011:878).

A lealdade ganha conteúdo positivo mercê da própria aproximação ao sistema e à boa-fé. O dever de lealdade implica a prossecução efetiva de um escopo, não de meras atuações formais.

Na atuação dos administradores está em causa a gestão de bens alheios. Tal gestão pressupõe uma lealdade específica, à qual podemos conferir uma natureza fiduciária. Todos os poderes que lhe sejam conferidos devem ser exercidos não no seu próprio interesse, mas em função do interesse da sociedade.

O dever de lealdade, mesmo com essa concretização positiva, não se confunde com o dever de diligência. Este dever traduz a medida de esforço exigível aos administradores, no cumprimento dos deveres que lhes incumbam.

Nesse respeito, refere o Professor Carneiro da Frada que a lealdade devida pelo administrador, mesmo no direito anterior, encontrava-se claramente para além do campo da “*diligência do gestor criterioso e ordenado*”¹⁴. E como sabemos, a lealdade não se encontrava positivada como dever geral. Por isso, salienta Carneiro da Frada que é louvável que lei atualmente proclame a lealdade.

2.7. O dever de lealdade e o art.º 242.º do CSC

Não obstante o nosso trabalho se dedicar à análise dos deveres gerais dos administradores, não podemos deixar de referir o art.º 242.º CSC, o qual apela ao incumprimento do dever de

¹⁴ Conforme refere Manuel A. Carneiro da Frada, *A Business Judgement Rule no Quadro dos Deveres Gerais dos Administradores*” in Jornadas Sociedades Abertas Valores Mobiliários e Intermediação Financeira, Almedina, Coimbra, 2007.

lealdade, para sustentar o regime da exclusão judicial dos sócios. Nesse sentido, o n.º 1 do art.º 242.º CSC estatui que: *“Pode ser excluído por decisão judicial o sócio que, com o seu comportamento desleal ou gravemente perturbador do funcionamento da sociedade, lhe tenha causado ou possa vir a causar-lhe prejuízos relevantes”*.

Da leitura atenta do preceito acima citado, o primeiro comentário que nos ocorre, é o de que efetivamente, esta norma é acentuadamente vaga e genérica, abrangendo dessa forma, um espectro muito amplo de factos e situações. E por essa razão, levantam-se diversas questões: O que é um comportamento desleal ou gravemente perturbador do funcionamento da sociedade? Qual a gravidade da deslealdade para que fundamente a exclusão?

Antes de mais, consideramos que não se pode confundir deslealdade, com o natural e saudável confronto e debate de ideias, ou até mesmo com o conflito de interesses e de pessoas, igualmente saudável, até um determinado limite. Conforme afirma o Professor Pedro Pais Vasconcelos, *“a vida da sociedade e as relações dos e com os sócios no seu âmbito não têm que ser idílicas. A controvérsia pode ser virtuosa. A paz podre não é saudável”* (Vasconcelos, 2014:353).

Por outro lado, nem todo o comportamento desleal do sócio servirá de fundamento à sua exclusão. A exclusão é uma consequência de tal forma grave, que apenas se justificará quando se verifique uma grave quebra de confiança entre sócios ou entre o sócio desleal e a sociedade, que impossibilite a continuação do adequado e normal funcionamento da sociedade. Como é evidente, a exclusão terá de ser devidamente fundamentada, uma vez que não se pode admitir, que a mesma *“se torne um instrumento de tirania interna e de supressão de minorias”* (Vasconcelos, 2014:353).

Mas para chegarmos à concretização de um comportamento desleal, precisamos antes de mais de perceber em que consiste o dever de lealdade ou de colaboração. Este dever conforme já tivemos oportunidade de referir, caracteriza-se positivamente, na prossecução do escopo da sociedade através de comportamentos ativos ou até mesmo proativos, e negativamente, na abstenção de comportamentos nocivos que possam impedir a realização do fim social.

Consideramos que comportamentos desleais e comportamentos gravemente perturbadores do funcionamento da sociedade estão intrinsecamente interligados. Mas podemos ainda caracterizar esses comportamentos perturbadores, como sendo os atos ou omissões, por parte do sócio, que de certa forma, alterem o habitual e esperado funcionamento da sociedade, e

influenciem negativamente os resultados esperados pela sociedade na prossecução dos seus objetivos.

O Professor Coutinho de Abreu apresenta como exemplos de comportamentos desleais ou gravemente perturbadores do funcionamento da sociedade:

“O aproveitamento em benefício próprio de oportunidades de negócio da sociedade, a difusão de opiniões desbenotórias sobre a sociedade, a apropriação ilícita de bens sociais, a utilização em proveito próprio do património da sociedade, a revelação de segredos da organização empresarial da sociedade, atos de concorrência desleal contra a sociedade”.
(Abreu, 2002:394).

O acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães de 14 de Março de 2013, qualifica ainda como comportamento desleal “*todos os atos que revelem infidelidade para com a empresa e que a conduta gravemente perturbadora deve fatualizar-se por seu turno, em atos que alterem ou desorganizem a atividade da empresa e o escopo social que ela prossegue*”.

Neste âmbito, e tendo em consideração, que atravessamos uma época, em que infelizmente, o tema insolvência acaba por ser transversal a pessoas singulares e coletivas, de todos os quadrantes, consideramos que se poderá enquadrar no âmbito dos comportamentos desleais e gravemente perturbadores do funcionamento da sociedade, os comentários por parte de um sócio, no sentido, de que a sociedade em breve requererá a insolvência, quando tal não se vislumbra. Este tipo de comentários poderá gerar um clima de suspeição junto de fornecedores e outros parceiros comerciais, de grande gravidade para o normal funcionamento da sociedade em apreço.

De qualquer forma, não nos podemos esquecer, que qualquer um dos comportamentos, acima referidos, deverá ter causado, ou vir a causar, prejuízos relevantes à sociedade. Por conseguinte, terá de ser estabelecido o nexos de causalidade entre a conduta desleal ou gravemente perturbadora do funcionamento da sociedade e o prejuízo relevante.

Concluimos, por referir, que a ideia subjacente à cláusula geral do art.º 242.º n.º 1 CSC, é a da permissão da exclusão do sócio como *ultima ratio*. Isto é, apenas se deverá recorrer à exclusão do sócio, quando tal se revele fundamental para que os restantes sócios prossigam normalmente a atividade social.

2.7.1. A aplicação do regime do art.º 242.º CSC às sociedades anónimas

Conforme resulta do acórdão da Relação do Porto, processo n.º 202/08, de 28 de Junho de 2010, a Relação considerou que nas sociedades anónimas, não é admissível a verificação de casos legais de exclusão, em face da especial estrutura capitalística deste tipo de sociedades, na qual, a pessoa do sócio se apaga. E por essa razão, contrariamente à posição da recorrente, não considerou ser possível, a aplicação analógica das regras das sociedades por quotas e especificamente, do artigo 242.º do CSC, às Sociedades Anónimas.

A Relação fundamentou doutrinariamente a sua posição, citando o Professor Pedro Pais Vasconcelos que ensina que *“a exclusão de sócios por deslealdade só é permitida na lei, na sociedade em nome coletivo e na sociedade por quotas. A omissão da exclusão de sócios na sociedade anónima deve ser entendida no sentido de não ser admissível a exclusão nesse tipo de sociedade”* (Vasconcelos, 2014:354-355). E sem grandes explanações sobre o tema, após a citação indicada, remeteu para a posição do Professor Menezes Cordeiro, o qual considera que *“a única via de exclusão de um sócio de sociedade anónima está na amortização de ações: quando prevista no pacto social e quando se verificarem as competentes causas nele inseridas”* (Cordeiro, 2007:712).

Efetivamente o Código das Sociedades Comerciais não traça um quadro específico sobre a exclusão de sócios das sociedades anónimas. Isto porque, conforme muitos defendem, sendo essas sociedades tipicamente de capitais, a pessoa e comportamentos dos sócios normalmente pouco contam. Nesta matéria, entende o Professor António Pereira de Almeida (Almeida, 2013:142), que por força dos princípios gerais já citados, e da aplicação analógica do art.º 242.º CSC, é possível a exclusão judicial de acionistas nas sociedades anónimas, fora dos casos previstos nos estatutos. Considera o mesmo professor, que essa norma não pode ser considerada excepcional, uma vez que emana dos princípios que limitam o direito à qualidade de sócio. O Professor António Pereira de Almeida ressalva no entanto, que em virtude do menor grau de *affectio societatis* nas sociedades anónimas, a apreciação dos justos motivos tem de ser feita com menor severidade e deve ter em conta a maior ou menor intensidade do elemento pessoal. Conclui o mesmo Professor que se as ações forem ao portador a exequilidade da exclusão é muito problemática.

Também o Professor Coutinho de Abreu distingue nesta matéria, as situações em que as ações são ao portador, daquelas em que as ações são nominativas. Este considera que nos casos em

que as ações são ao portador, fará pouco sentido falar da exclusão dos seus titulares, até porque, nesses casos, a sociedade não conhece, nem tem possibilidade de conhecer, grande parte dos titulares das ações. Mas contrariamente, já considera que fará sentido falar de exclusão de titulares de ações nominativas. Tendo em conta que segundo a sua perspetiva, o Código das Sociedades Comerciais até apresenta algumas normas que permitem falar com legitimidade, da exclusão de acionistas, como é o caso do art.º 285.º n.º 4 e do art.º 287.º n.º 4, afirma que não lhe custa admitir, *“a aplicação, por analogia e com as necessárias adaptações, do art.º 242.º CSC, às Sociedades Anónimas”* (Abreu, 2002:401).

Sobre esta matéria, o Professor Luís Menezes Leitão afirma que em sede de sociedade anónima, os casos de exclusão são muito restritos. Por exemplo, o não cumprimento da obrigação de entrada, nos termos do art.º 285.º n.º 4 CSC, implica a perda das ações não liberadas e dos pagamentos efetuados. Desta forma, esta disposição, para o incumprimento, não prevê a exclusão, mas algo diferente. Além disso, a haver incumprimento, o mesmo terá de ser necessariamente parcial, uma vez que conforme resulta do art.º 277.º n.º 2 CSC, nas entradas em dinheiro só pode ser diferida a realização de 70% do valor nominal ou do valor de emissão das ações. Contudo, ainda que o sócio não tivesse liberado nenhuma das suas ações, perdendo-as, e em consequência disso, saísse da sociedade, poderia ainda assim, readquirir a sua qualidade de sócio, mediante a aquisição de novas ações. Por essa razão, o Professor Menezes Leitão julga que a falta de cumprimento da obrigação da entrada, não constituirá fundamento, para exclusão do sócio, nas sociedades anónimas.

Relativamente, ao incumprimento das prestações acessórias, conforme resulta de forma expressa, do art.º 287.º n.º 4 do CSC, que dispõe: *“Salvo disposição contratual em contrário, a falta de cumprimento das obrigações acessórias não afecta a situação do sócio como tal”*, também ensina o Professor Menezes Leitão que não servirá de fundamento à exclusão nas sociedades anónimas. Contudo, não podemos esquecer a ressalva desse preceito *“salvo disposição contratual em contrário”*. Ou seja, mediante cláusula estatutária, consideramos que a falta de cumprimento de obrigações acessórias poderá fundamentar a exclusão de sócio, nas sociedades anónimas.

No que se refere ao regime do art.º 242.º CSC, o Professor Menezes Leitão salienta a importância de determinar quais as vinculações do sócio, face à sociedade anónima. O

mesmo, tendo como ponto de partida, os pressupostos de Refere Jaeger¹⁵, que a partir do art.º 980.º do Código Civil, afirma ser errado pressupor que na sociedade anónima, o sócio estará apenas obrigado à prestação de entrada, conclui que os sócios das sociedades anónimas estão vinculados por deveres acessórios de conduta, os quais também resultam do princípio da boa fé.

Contudo, mesmo violando esses deveres de acessórios de conduta, para se justificar a exclusão do sócio, a sua atuação tem de resultar num prejuízo especialmente grave, conforme resulta do próprio art.º 242.º CSC. Se for o caso, o Professor Menezes Leitão considera que a exclusão “*deve impor-se mesmo não estando extremamente prevista nos textos legais*” (Leitão, 2004:73). Em conclusão, também este Professor, defende a aplicação analógica das regras da sociedade por quotas, especificamente, do artigo 242.º CSC, às sociedades anónimas.

Perante, o acima exposto, concluímos que existe diversa doutrina que defende em determinadas circunstâncias a aplicação analógica do art.º 242.º CSC, às sociedades anónimas, o que nos leva à situação que pretendemos destacar, a das sociedades anónimas *intuitus personae*.

2.7.2. As sociedades anónimas *intuitus personae*

No acórdão da Relação do Porto, processo n.º 202/08, de 28 de Junho de 2010, a autora é uma sociedade anónima, constituída por cinco pessoas interligadas numa prestação de serviços clínicos, a qual terá sido formada para gestão da vida profissional dos seus acionistas. Em virtude disso, é de toda a pertinência avocar a posição do Professor António do Espírito Santo, quanto às sociedades anónimas *intuitus personae*¹⁶.

Como sabemos, nomeadamente em Portugal, existem muitas sociedades anónimas, que sendo de pequena/média dimensão, mantêm o cariz familiar, e inclusivamente, muitas vezes os sócios dessas sociedades, são também os membros do seu conselho de administração. Em virtude disso, da sua atividade e inclusive da sua denominação social, a doutrina mais recente, qualifica essas sociedades como sociedades anónimas de *intuitus personae* e não como, sociedades de capitais.

15 *L'interesse sociale*, Milão, Giuffré, 1972, pp. 188 e ss.

16 António Espírito Santo, Breves Notas sobre o Regime de Exclusão dos Acionistas em Sociedade Anónima

Tendo em conta as informações que o acórdão nos disponibiliza, parece-nos que a sociedade autora se qualifica como sociedade anónima *intuitus personae*. Nesse tipo de sociedades, não se pede apenas aos administradores, o cumprimento dos deveres fundamentais que resultam do art.º 64.º CSC, mas também se exige aos sócios, o cumprimento dos deveres de lealdade à prossecução do objeto social e à correspondente capacidade de realização do contrato de sociedade, nos termos dos art.º 6.º e art.º 11.º do CSC.

Por essa razão, concordamos com o Professor António Espírito Santo, quanto ao facto de a não regulamentação do regime de exclusão para as sociedades anónimas, constituir uma lacuna legal. E nessa medida, sendo os pressupostos das sociedades anónimas *intuitus personae* idênticos aos das sociedades por quotas, poder-se-á fazer uma interpretação extensiva dos art.º 241.º e art.º 242.º do CSC, sobre a violação pelo acionista do seu dever de lealdade para com a sociedade ou comportamento perturbador do funcionamento da sociedade. Contudo, conforme menciona o mesmo Professor, ainda que a interpretação extensiva oferecesse dúvidas, as regras analógicas que resultam do art.º 2.º do CSC, em caso de violação grave pelo sócio, das obrigações para com a sociedade, conduziriam à exclusão desse sócio. Isto porque, o art.º 2.º CSC remete em segundo lugar, para as normas do Código Civil sobre o contrato de sociedade. E o art.º 1003.º do Código Civil, prevê precisamente como princípio geral, a exclusão de um sócio, quando lhe seja imputável violação grave das obrigações para com a sociedade.

Em virtude de tudo o acima exposto, discordamos da posição tomada pela Relação do Porto, uma vez que concordamos que é possível a aplicação analógica do art.º 242.º CSC às sociedades anónimas, e no caso particular das sociedades anónimas *intuitus personae*, é possível a interpretação extensiva dessa norma.

Consideramos de toda a pertinência a abordagem deste tema em sede de análise dos deveres e da responsabilidade dos administradores, para com a sociedade, porquanto, neste tipo de sociedades, não se pede apenas aos administradores, o cumprimento dos deveres fundamentais que resultam do art.º 64.º CSC, mas também se exige aos sócios em virtude da sua relação com o dever de lealdade, e sobretudo, porque o tecido societário português, quer estejamos a falar de sociedades por quotas, quer de sociedades anónimas, caracteriza-se por ser de pequena/média dimensão, com cariz familiar, sendo que, muitas vezes os sócios dessas sociedades, são também os membros da gerência ou conselho de administração.

(Folha em branco intencionalmente)

Capítulo III. A responsabilidade civil dos administradores

3.1. Enquadramento geral

A responsabilidade dos administradores resulta do estipulado nos artigos 72.º e seguintes do CSC, cujo regime apenas tem aplicação, quando os administradores atuam no exercício das suas funções de gestão ou representação, da respetiva sociedade.

No que se refere à responsabilidade dos administradores para com a sociedade, conforme disposto no n.º 1 do art.º 72.º CSC, a responsabilidade decorre da “*preterição dos deveres legais ou contratuais*”, por ação ou omissão. E para além disso, do desrespeito de tais deveres legais ou contratuais, deverão resultar danos causados à sociedade.

Evidentemente, da atuação dos administradores no exercício das suas funções, também poderão resultar danos para credores sociais, sócios e terceiros. Contudo, nesta sede, apenas nos pronunciaremos sobre a responsabilidade dos administradores para com a sociedade.

Nessa esteira, nos termos do art.º 500.º do CC, a sociedade responde em primeiro lugar, pelos danos causados a terceiros pelo administrador, uma vez que os comitentes respondem pelos atos dos comissários. No entanto, a responsabilidade só terá lugar, quando “*o facto danoso*” for praticado pelo administrador “*no exercício da função que lhe foi confiada*”¹⁷, e em virtude disso, recaia sobre o mesmo, a obrigação de indemnizar.

A responsabilidade da sociedade perante terceiros é objetiva, “*independentemente de culpa*”, tal como refere o n.º 1 do art.º 500.º CC.

Contrariamente, relativamente à responsabilidade dos administradores para com a sociedade, o legislador estabeleceu uma presunção de culpa.

Contudo, antes de mais, importa referir, que para o administrador ser considerado civilmente responsável, têm de se verificar os pressupostos da responsabilidade civil, a saber, um facto ilícito, a culpa, o dano e o nexo de causalidade.

Para analisar esses pressupostos, teremos de conjugar o regime geral do direito civil, previsto nos artigos 483.º e seguintes do CC, com o estabelecido nos artigos 72.º e seguintes

¹⁷ Artigo 500.º n.º 2 Código Civil. Se o administrador atuar fora do exercício das suas funções, a sua responsabilidade já será delitual nos termos do disposto nos artigos 483.º e seguintes do Código Civil.

do CSC.

Importa ainda salientar, que tal como resulta do estabelecido no art.º 74.º n.º 1 CSC, qualquer cláusula inserida no contrato de administração, que vise a limitação da responsabilidade dos administradores, quer perante a sociedade, quer perante terceiros, é nula.

Para além disso, nos termos do art.º 83.º números 1 a 3 CSC, verificados os pressupostos da “*culpa in eligendo*”, os sócios que designaram os administradores, podem ser subsidiariamente responsáveis com os administradores faltosos.

3.2. A responsabilidade civil para com a sociedade

No que se refere à responsabilidade dos administradores para com a sociedade, no n.º 1 do art.º 72.º CSC¹⁸ encontram-se plasmados os pressupostos exigidos para o regime geral da responsabilidade civil por factos ilícitos, a saber: a ilicitude do comportamento do gestor, que violou deveres consagrados; a culpa; o dano e o nexo de causalidade entre a conduta e os danos. Nesse sentido, refere o acórdão do STJ, de 28 de fevereiro de 2013 que “*tal responsabilidade, prevista no art.º 72.º n.º 1, do CSC, é uma responsabilidade contratual e subjetiva, que pressupõe a verificação dos pressupostos da responsabilidade civil: facto, ilícito, culpa, dano (danos emergentes e lucros cessantes) e nexo de causalidade*”.

Para interposição de uma ação judicial contra os gestores de uma sociedade, é necessário que se verifiquem todos os pressupostos da responsabilidade civil, com exceção da culpa, uma vez que essa se presume. Compete ao administrador o ónus da prova e a elisão das presunções existentes. Também neste sentido, o mesmo acórdão do STJ de 28-02-2013, menciona que basta “*ao autor a prova da violação dos deveres por parte do gerente, ao qual, para afastar tal pressuposto, incumbe provar que atuou tal como, naquelas circunstâncias, faria um gestor criterioso*”.

3.3. Natureza jurídica da responsabilidade dos administradores para com a sociedade

Uma vez que o n.º 1 do art.º 72.º CSC contém a expressão “*preterição dos deveres legais ou contratuais*”, a grande maioria dos autores concorda que é consagrada uma típica

¹⁸ Art.º 72.º n.º 1 CSC dispõe que “*os gerentes ou administradores respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados por atos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais, salvo se provarem que procederam sem culpa*”.

responsabilidade contratual, emergente da violação de tais deveres¹⁹.

Sobre isso, Coutinho de Abreu, que não negando que a relação contratual possa existir, vem dizer que preferiria que a lei mantivesse a formulação de “*deveres legais ou estatutários*” (Abreu, 2007:11).

A responsabilidade civil dos administradores tem assentado sempre, quer na violação de deveres legais concretos, quer na violação do dever geral de diligência, aferido em função do padrão do “*gestor criterioso e ordenado*”.

Em virtude do acima exposto, independentemente da teoria que se possa defender sobre a natureza da relação jurídica existente entre administradores e a sociedade, a responsabilidade do administrador para com a sociedade, é uma responsabilidade obrigacional, uma vez que existe uma relação concreta entre ambos.

Nesse sentido, podemos ainda referir o facto de o n.º 1 do art.º 72.º CSC estabelecer uma presunção de culpa dos administradores, quando afirma “*salvo se provarem que procederam sem culpa*”.

Ora, conforme decorre dos artigos. 798.º e 799.º do Código Civil, essa é uma característica típica da responsabilidade civil contratual. Por conseguinte, a responsabilidade dos administradores para com a sociedade é assim, uma responsabilidade subjetiva, em virtude de se basear na culpa.

Tendo em conta a presunção de culpa supra referida, recai sobre os administradores o ónus da prova. Terão de ser estes a alegar e provar que a sua conduta não foi culposa ou seja, que não violaram os deveres de gestão.

Concluimos portanto, que a responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade, é de natureza contratual, obrigacional e subjetiva. Aliás conforme também confirmam diversos autores, nomeadamente o Professor Pedro Pais de Vasconcelos que afirma que a responsabilidade dos administradores para com a sociedade “*reveste natureza contratual: é o que decorre do contrato de sociedade e do contrato de gestão.*” (Vasconcelos, 2009:21).

Conforme referimos supra, também o refere o acórdão do STJ, de 28 de fevereiro de 2013,

¹⁹ Neste sentido, Menezes Cordeiro, Da Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades, pág. 494, A. Pereira de Almeida, Sociedades Comerciais, Volume I, 7ª Edição, Coimbra Editora, 2013, pág. 290.

qualifica a responsabilidade dos administradores para com a sociedade, como sendo contratual e subjetiva.

3.4. Os Pressupostos da responsabilidade civil pela violação de deveres

3.4.1. O facto ilícito

O facto ilícito gerador de responsabilidade civil consistirá na violação, pelo administrador, seja por ação ou por omissão, de um dos seus deveres legais ou contratuais.

Mais acresce referir, que o administrador deverá ter praticado tal facto, voluntariamente, no exercício das suas funções.

O incumprimento dos deveres contratuais, poderá traduzir-se na violação do contrato de administração, do estabelecido nos estatutos da sociedade, ou ainda, na violação de obrigações resultantes da deliberação de nomeação. Conforme refere o Professor António Pereira de Almeida, *“o contrato de administração é complementado por disposições legais, quer imperativas, quer supletivas, tanto do Código das Sociedades Comerciais, como do Código Comercial ou mesmo do Código Civil, pelo que a violação dessas normas, pode determinar responsabilidade contratual”* (Almeida, 2013:298)²⁰.

Além disso, a preterição da lei, nomeadamente o incumprimento dos deveres fundamentais dos administradores, consagrados no art.º 64.º n.º 1 CSC, poderá fazê-los incorrer em responsabilidade civil.

Neste âmbito, resulta do acórdão do STJ de 29-10-2015²¹, versa que:

“A afirmação da ilicitude da conduta, mais do que a invocação de deveres de natureza formal que devem ser acatados pelos gerentes e administradores de sociedades comerciais, exige a alegação e prova de factos reveladores de uma actuação contrária ao direito ou ao pacto social, em prejuízo da sociedade, como entidade jurídica dotada de autonomia relativamente aos detentores do seu capital social”.

No caso em juízo que acima explanamos, o Tribunal considerou que um gerente de uma sociedade por quotas, ter sacado um cheque em representação de uma sociedade comercial, sem que praticamente mais nada tenha sido alegado e se tenha provado, não constitui, por si,

²⁰ No mesmo sentido, versa o acórdão do STJ, processo n.º 189/11, de 28-02-2013.

²¹ Acórdão do STJ, processo 535/11, de 29-10-2015.

um facto ilícito, inscrevendo-se no âmbito dos poderes de administração conferidos ao gerente de sociedade por quotas. Mais acrescentou que *“mesmo o facto de o referido cheque ter sido depositado, sem endosso do A., na conta bancária da R. não basta para revelar a exigida ilicitude, já que igualmente ficou por apurar o real motivo que presidiu a esse comportamento”*.

Face ao exposto, não é suficiente apenas alegar a prática de factos ilícitos, exige-se a alegação e prova de factos reveladores de uma actuação contrária ao direito ou ao pacto social, em prejuízo da sociedade. Ou seja, deverá provar-se a prática de factos que violam os direitos e interesses legítimos da sociedade, em prejuízo da mesma.

3.4.2. A culpa

Agir com culpa significa atuar de forma a merecer a reprovação ou a censura do direito. Concluímos que a conduta de determinado agente é reprovável, quando face à capacidade do mesmo, e às circunstâncias concretas da atuação em análise, aferimos que o agente podia e devia ter agido de outro modo.

Em matéria de responsabilidade dos administradores, para aferirmos a culpa, temos de recorrer ao critério da *“diligência de um gestor criterioso e ordenado”* previsto no art.º 64.º do CSC, sobre o qual já tivemos ocasião de nos pronunciar.

No âmbito da responsabilidade para com a sociedade, estando no âmbito da responsabilidade contratual, o legislador consagrou uma presunção de culpa, pelo que verificando-se os restantes pressupostos, caberá ao administrador provar que atuou sem culpa.

Este é ademais, o regime regra da responsabilidade contratual, conforme resulta do art.º 799.º n.º 1²² do CC, mas excecional na responsabilidade delitual, tal como consagrado no art.º 483.º n.º 1²³ do CC.

Nesse sentido, o acórdão do STJ, processo 535/11, de 29-10-2015, no âmbito da responsabilidade dos administradores para com a sociedade, indica que *“apurada a ilicitude*

²² Artigo 799.º n.º 1 Código Civil verte que *“incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua”*.

²³ Artigo 483.º n.º 1 Código Civil verte que *“aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação”*.

da conduta do gerente, é de presumir a sua culpa". Mais afirma, que para a ação proceder é necessário que a matéria de facto revele todos os pressupostos da *responsabilidade civil*, com exceção da culpa.

Também o acórdão do STJ²⁴ de 28 de fevereiro de 2013, refere que tendo a responsabilidade dos administradores para com a sociedade, um carácter subjetivo, a culpabilidade é um pressuposto essencial. No entanto, essa culpabilidade, presume-se, conforme resulta do artigo 72º, n.º 1 CSC, bastando, por isso, a prova da violação de deveres por parte do gerente, independentemente dessa mesma culpa.

Mais acrescenta o mesmo acórdão do STJ, que:

“Na determinação do critério de avaliação de culpa que deve prevalecer na ponderação de eventual responsabilidade dos gerentes, resulta do citado artigo 64º estarmos na presença de um critério de apreciação da culpa em abstracto particularmente exigente. Uma eventual responsabilidade só será afastada por ausência de culpa quando o gerente ou administrador tenham actuado tal como faria um gestor medianamente criterioso em face das mesmas circunstâncias. Verificados os demais pressupostos de responsabilidade civil, é ao gerente ou administrador que competirá o ónus da prova da ausência de culpa”.

Contrariamente, no caso da responsabilidade face aos sócios, terceiros e credores sociais, essa presunção de culpa não existe, porquanto no âmbito da responsabilidade delitual, o ónus da prova cabe a quem invoca o direito.

3.4.3. O dano

A existência do dano é essencial para haver lugar a responsabilidade civil. Isto porque, é um pressuposto em qualquer tipo de responsabilidade civil, subjetiva ou objetiva.

Mais acresce dizer, que tal como disposto no art.º 563.º do CC, os danos serão aqueles “*que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão*”, ou seja, que não se teriam verificado se não fosse a conduta ilícita do administrador.

Sobre esta matéria versam as teorias da causalidade adequada e da imputação, que não aprofundaremos nesta sede.

No que se refere aos danos produzidos na esfera jurídica da sociedade devem ser próprios da

²⁴ Acórdão do STJ, processo n.º 189/11, de 28-02-2013.

mesma, e apenas reflexamente podem lesar os interesses dos sócios.

E por danos a reparar, compulsado o art.º 564.º n.º 1 do CC, concluímos que se refere tanto aos danos emergentes, isto é, os prejuízos diretamente causados à sociedade, como aos lucros cessantes, ou seja, os benefícios que a sociedade deixa de obter em consequência de conduta ilícita do administrador.

No caso acórdão do STJ, de 28 de fevereiro de 2013, verificamos que a partir de certo momento, a sociedade apenas tem a sua sede e não desenvolve qualquer actividade, nem tem aptidão para o efeito, em face das alienações efectuadas pelo réu²⁵.

Assim sendo, encontramos-nos perante a integral dissipação do património social, o que traduz uma evidente inobservância do dever de actuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, e se traduz não só em prejuízos causados, mas também em lucros cessantes.

3.4.4. O nexó de causalidade

Para além dos pressupostos acima indicados, é ainda fundamental que exista nexó de causalidade entre a conduta ilícita e o dano.

Isso porque, tendo em conta o disposto no art.º 483.º do CC, o administrador apenas é responsável pelos danos resultantes do facto por ele causado.

Ou seja, o administrador só é obrigado a indemnizar, quando se verifique nexó de causalidade entre o facto ilícito e o prejuízo. Assim sendo, não será suficiente verificar-se a prática de um facto ilícito. Para além disso, essa atuação deverá resultar num dano. Por outras palavras, é necessário que o facto tenha atuado como condição do dano.

Contudo, não basta a relação de causalidade concreta entre eles, é ainda necessário que se verifique uma adequação abstrata entre facto e dano, atendendo às circunstâncias cognoscíveis à data da produção do facto, por uma pessoa normal e às circunstâncias conhecidas na realidade pelo agente.

Nessa esteira, os danos resultantes da ação ou omissão, não deverão ser imprevisíveis ou impossíveis de antever, para alguém que tenha a posição privilegiada e especializada, que tem um administrador.

²⁵ Acórdão do STJ, processo n.º 189/11, de 28-02-2013.

3.5. Solidariedade na responsabilidade

Do disposto no n.º 1 art.º 73.º CSC resulta que a responsabilidade dos administradores é solidária. Isso significa, que a sociedade poderá exigir a indemnização a qualquer um dos administradores responsáveis, e que o cumprimento da obrigação de indemnização por parte de um dos administradores responsáveis, a todos libera²⁶.

Contudo, convém salientar que a solidariedade apenas existe entre os administradores responsáveis, o que significa que a responsabilidade dos administradores é por culpa e por facto próprio. Nenhum administrador será responsável pelo simples facto de pertencer a um órgão colegial.

É certo que a solidariedade estrutura o princípio da colegialidade, fundamental em qualquer órgão coletivo²⁷, contudo não assenta apenas nesse princípio, porquanto o n.º 3 do art. 72.º CSC refere que não são responsáveis pelos danos causados por uma determinada deliberação, os administradores que nela não tenham participado ou nela hajam votado vencidos.

Nas relações internas, entre administradores, conforme estatui o n.º 2 do mesmo preceito legal, existe o direito de regresso “na medida das respectivas culpas e das consequências que delas advierem, presumindo-se iguais as culpas das pessoas responsáveis”²⁸. Por conseguinte, quando o administrador satisfaça a indemnização para além do que lhe compita, terá direito de regresso, direito esse que também se encontra consagrado no art. 524.º do CC. Verificamos que esta norma que resulta do n.º 2 do art.º 73.º CSC, retirada do n.º 2 do art.º 497.º CC é de grande utilidade nesta sede, porquanto sendo este último preceito legal típico da responsabilidade aquiliana, não teria no âmbito da responsabilidade dos administradores, uma aplicação direta.

Uma vez que estamos perante obrigações comerciais, a solidariedade já resultaria do disposto no n.º 1 do art.º 100.º do Código Comercial, o qual versa que “nas obrigações comerciais os

²⁶ Artigos 512.º n.º 1, 517.º n.º 1, 518.º, 519.º n.º 1, e 523.º do Código Civil.

²⁷ Menezes Cordeiro, anotação ao art.º 73, CSC Anotado, pág. 281.

²⁸ Neste sentido, Coutinho de Abreu apresenta como exemplo a situação de um administrador que aproveita ilicitamente uma oportunidade de negócio da sociedade e de um outro que não se opôs, como podia e deveria, para evitar tal aproveitamento. Nesse caso, nas relações internas, será maior a responsabilidade do primeiro administrador.

co-obrigados são solidários, salva estipulação contrária”. Além disso, a solidariedade é estabelecida no n.º 4 do art.º 72.º CSC²⁹, preceito legal sobre o qual nos debruçaremos adiante.

Acresce referir que, não obstante a solidariedade da responsabilidade, no caso de ser demandado, cada administrador poderá socorrer-se de meios de defesa. Do disposto no art.º 514.º do Código Civil resulta que o devedor solidário pode defender-se, recorrendo a todos os meios de defesa, que “pessoalmente lhe competem ou que são comuns a todos os condevedores”.

Capítulo IV. A responsabilidade civil dos administradores não executivos

4.1. Enquadramento

No nosso estudo, ao procedermos à análise dos deveres gerais dos administradores e da consequente responsabilidade proveniente da sua violação, não podemos deixar de abordar, as situações em que as sociedades anónimas com estrutura organizatória tradicional ou com estrutura monística, tenham administradores delegados ou executivos, ou comissão executiva, e administradores não executivos.

4.2. As modalidades da administração e fiscalização das sociedades anónimas

Nos termos do disposto no n.º 1 do art. 278.º do Código das Sociedades Comerciais, na redacção dada pelo art. 2.º do Decreto-lei n.º 76.º- A/2006, de 29 de Março *“a administração e a fiscalização da sociedade podem ser estruturadas segundo uma de três modalidades: a) Conselho de administração e conselho fiscal; b) Conselho de administração, compreendendo uma comissão de auditoria, e revisor oficial de contas; c) Conselho de administração executivo, conselho geral e de supervisão e revisor oficial de contas”*.

Assim sendo, foi estabelecida uma maior e mais flexível pluralidade de escolha do modelo de governação das sociedades anónimas, nomeadamente, entre o sistema monista latino ou tradicional (al. a) n.º 1 do art.º 278.º), o sistema anglo-saxónico ou anglo-americano (al. b) n.º

²⁹ Art.º 72.º n.º 4 CSC: “O gerente ou administrador que não tenha exercido o direito de oposição conferido por lei, quando estava em condições de o exercer, responde solidariamente pelos atos a que poderia ter-se oposto”.

1 do art.º 278.º) e o sistema dualista ou dualista germânico (al. c) n.º 1 do art.º 278.º). Não se procedeu apenas ao aumento para três modelos, quando antes havia apenas dois, mas também se introduziu a possibilidade de variantes nesses modelos, ainda que sem a possibilidade de combinação de elementos típicos dos distintos modelos nos órgãos obrigatórios, face ao princípio da tipicidade das sociedades comerciais e à inerente segurança jurídica proporcionada.

Com a consagração do modelo anglo-saxónico, em 2006, mediante a introdução da “*comissão de auditoria*”, procurou o legislador português acompanhar os mais recentes desenvolvimentos verificados na teoria da corporate governance, em resposta às escandalosas fraudes mediáticas, que se verificaram em diversas sociedades.

Com as alterações introduzidas, pretendeu-se salvaguardar uma governação societária mais credível, transparente e eficiente, que simultaneamente tenha a capacidade de promover a competitividade nos mercados nacionais e internacionais.

O modelo monista latino, também apelidado de sistema tradicional, de estruturação do governo societário, baseia-se na distinção entre um órgão de gestão e um órgão de controlo.

Este modelo tem diversas variantes na medida em que, pode ser um modelo de conselho de administração ou de administrador único, por opção dos estatutos e quando o capital social não exceda os € 200.000, conforme resulta da conjugação do disposto no art.º 278.º n.º 2 CSC com o art.º 390.º n.º 2 CSC. Além disso, o mesmo modelo pode ainda subdividir-se em modelo com conselho fiscal e modelo com fiscal único.

Contrariamente, resulta do n.º 5 do art.º 278.º CSC que o modelo anglo-saxónico não permite a existência de administrador único.

No modelo dualista, ou dualista germânico, são admitidas variações que passam pela existência de um conselho de administração executivo ou de administrador único, mediante estipulação nos estatutos e quando o capital não exceda os € 200.000. Os administradores executivos, conforme versa o n.º 1 do art.º 425.º CSC, podem ser designados pelo conselho geral e de supervisão ou pela assembleia geral, quando os estatutos assim o determinem.

4.3. Competências genéricas do conselho de administração

Do disposto no art.º 405.º CSC resulta que o conselho de administração tem a competência de gerir as atividades da sociedade, compreendidas no objeto contratual e cujo exercício efetivo

haja sido deliberado pelos sócios (art.º 11.º números 2,3 CSC), tendo exclusivos e plenos poderes de representação da mesma.

Em virtude disso, compete ao conselho de administração deliberar sobre todos os temas elencados no art.º 406.º CSC. Neste âmbito, cumpre ainda referir, que relativamente a matérias de gestão, conforme disposto no n.º 3 do art.º 373.º CSC, os acionistas só podem deliberar a pedido do órgão de administração. E do art.º 56.º n.º 1 c) CSC aferimos que são nulas as deliberações dos sócios, *“cujo conteúdo não esteja, por natureza, sujeito a deliberação dos sócios”*.

Face ao exposto, concluímos que é da competência própria e exclusiva ao conselho de administração, a gestão das actividades sociais.

Nessa sequência, face ao impacto dessa matéria na responsabilidade civil dos administradores, nomeadamente para com a sociedade, passamos a referir o disposto no n.º 1 do art.º 407.º CSC que menciona, que no âmbito das suas competências, se o contrato de sociedade não o proibir, o conselho pode *“encarregar especialmente algum ou alguns administradores de se ocuparem de certas matérias de administração”* e o n.º 3 do mesmo preceito legal, do qual resulta que *“o contrato de sociedade pode autorizar o conselho de administração a delegar num ou mais administradores ou numa comissão executiva a gestão corrente da sociedade”*.

4.4. A atribuição de encargo especial a algum ou alguns administradores e a responsabilidade solidária de todos os administradores

Conforme referimos acima, *“a não ser que o contrato de sociedade o proíba, pode o conselho encarregar especialmente algum ou alguns administradores de se ocuparem de certas matérias de administração”*³⁰ No entanto, o n.º 2 do mesmo art. 407.º CSC, acrescenta que: *“O encargo especial referido no número anterior não pode abranger as matérias previstas nas alíneas a) a m) do artigo 406.º e não exclui a competência normal dos outros administradores ou do conselho nem a responsabilidade daqueles, nos termos da lei”*.

O encargo especial referido, mais não é do que uma distribuição interna de tarefas. Fazemos esta afirmação uma vez que tal encargo não exclui a competência normal dos outros administradores. E assim sendo, todos os administradores, o que inclui os que não foram

³⁰ Artigo 407.º n.º 1 CSC

encarregados especialmente de determinada matéria, mantêm todos os poderes e deveres de administração. Da mesma forma, por uma questão de coerência, o mesmo preceito legal dispõe que o encargo especial atribuído a algum ou alguns administradores, não exclui a responsabilidade dos outros administradores, nos termos da lei.

Face ao exposto, nesse enquadramento, não fará sentido distinguir entre administradores executivos e administradores não executivos, porquanto verificados os respetivos pressupostos, a responsabilidade dos administradores, sejam encarregados ou não especialmente, de se ocuparem de certas matérias, será solidária, nos termos do art.º 73.º CSC.

Tal distinção apenas terá relevância nas relações entre os administradores, em virtude do direito de regresso, na medida das respectivas culpas e das consequências que delas advierem, conforme resulta da conjugação do estabelecido no art.º 73.º, n.º 2 CSC, do art.º 497.º, n.º 2 CSC, e do art.º 516.º do CC.

Por conseguinte, podemos concluir que o disposto nos números 1 e 2 do art.º 407.º pretende que o tal encargo especial, tenha por objeto assuntos de menor relevância na administração da sociedade, razão pela qual se prescinde da autorização dos sócios, e não se qualifica esse encargo especial como uma autêntica delegação de poderes.

Dessa forma, salvaguardam-se os interesses da sociedade, mediante a manutenção da responsabilidade solidária dos administradores.

4.5. A delegação de poderes de gestão num ou mais administradores ou numa comissão executiva e a responsabilidade dos administradores não executivos

Do estatuído nos números 3, 4 e 8 do art.º 407.º CSC resulta que “o contrato de sociedade pode autorizar o conselho de administração a delegar num ou mais administradores ou numa comissão executiva a gestão corrente da sociedade”, que a “deliberação do conselho deve fixar os limites da delegação, na qual não podem ser incluídas as matérias previstas nas alíneas a) a d), f), l) e m) do artigo 406.º e, no caso de criar uma comissão, deve estabelecer a composição e o modo de funcionamento desta”, e ainda que “a delegação prevista nos números 3 e 4 não exclui a competência do conselho para tomar resoluções sobre os mesmos assuntos; os outros administradores são responsáveis, nos termos da lei, pela vigilância geral da atuação do administrador ou administradores delegados ou da comissão executiva e, bem assim, pelos prejuízos causados por atos ou omissões destes, quando, tendo conhecimento de

tais atos ou omissões ou do propósito de os praticar, não provoquem a intervenção do conselho para tomar as medidas adequadas”.

Dos preceitos legais acima transcritos aferimos que: O conselho de administração só pode delegar a gestão corrente da empresa num ou mais administradores ou numa comissão executiva se o contrato de sociedade o permitir ou autorizar; os limites da delegação de poderes devem ser fixados na deliberação; a delegação de poderes não poderá incluir as matérias previstas nas alíneas a) a d), f), l) e m) do art. 406.º CSC, o que confere uma menor amplitude dos assuntos indelegáveis relativamente à sobrevista figura de encargos especiais; a delegação de poderes não exclui a competência do conselho para tomar resoluções sobre os mesmos assuntos, tendo dessa forma, o conselho de administração a faculdade de proceder à avocação de poderes; os administradores não executivos, tendo conhecimento de atos ou omissões prejudiciais ou do propósito de os praticar por parte dos administradores executivos ou da comissão executiva, devem provocar a intervenção do conselho de administração, que deverá intervir com vista a prevenir tais atos ou omissões ou a minorar os seus efeitos; para além do dever de provocar a intervenção do conselho, supra indicado, os administradores não executivos ficam obrigados à vigilância geral da atuação do administrador ou administradores delegados ou da comissão executiva, porquanto a vigilância mais analítica permanece na competência do conselho fiscal.

Verificamos portanto, que a delegação de poderes difere do encargo especial a algum ou alguns administradores, na medida em que a delegação de poderes libera os administradores não executivos do dever de gestão corrente da sociedade. Como refere a doutrina italiana, verifica-se uma alteração no “estatuto” (Serens, 1997:67) dos administradores não delegados. É excluída a responsabilidade destes pelos atos ou omissões praticados no exercício das funções delegadas. Mas por outro lado, conforme refere a doutrina italiana, surge um diverso título de responsabilidade para esses administradores, resultante do dever de controlo, fiscalização ou vigilância geral da actuação dos administradores executivos ou delegados.

Assim sendo, o “nexo de solidariedade” (Ramos, 2002:115) existente entre os vários administradores, é limitado pela delegação de poderes, na medida em que esta atenua a responsabilidade dos administradores não delegados ou não executivos. Contudo, essa

solidariedade volta a operar quando os administradores não executivos incumprem a obrigação de vigilância e de intervenção³¹.

Dado que os administradores não executivos, usando a terminologia do art. 2381.º, n.º 3, do Código Civil italiano, têm a obrigação de acompanhar “*o andamento geral da gestão*”, teremos de “*reconhecer-se-lhes o poder-dever de se informarem e serem informados tempestiva e adequadamente sobre a actividade social, a fim de poderem cumprir nos termos devidos, esse dever geral de vigilância que impende sobre todos e cada um deles*” (Silva, 2006/2007:13), o que aliás se harmoniza com a obrigação de os administradores atuarem em termos informados no processo de tomada de decisão, conforme estatuído no n.º 2 do art.º 72.º CSC. Nesse sentido, a alínea a) do n.º 6 do art.º 407.º CSC vem estabelecer que “*o presidente da comissão executiva deve assegurar que seja prestada toda a informação aos demais membros do conselho de administração relativamente à actividade e às deliberações da comissão executiva*”. Isso significa que a informação relevante deve ser prestada a cada um dos membros não executivos do conselho, tempestivamente, por forma a que esses administradores não executivos possam monitorizar a atividade dos administradores executivos ou delegados, com a diligência que o artigo 64.º CSC exige.

No âmbito do vertido no atual n.º 8 do art.º 407.º CSC, a doutrina italiana tem suscitado algumas questões, nomeadamente quanto ao dever de vigilância. Existem os que defendem que este dever constitui um princípio geral inerente ao exercício da atividade de administração, sendo por conseguinte, a concretização do dever de gerir a sociedade com a diligência de um gestor criterioso e ordenado³². E outros que consideram o dever de vigilância um dever autónomo previsto especificamente para a delegação de poderes de gestão a um ou vários administradores ou a uma comissão executiva.

Na doutrina portuguesa, vários autores têm o entendimento de que o dever de vigilância não se limita aos casos em que há delegação da gestão corrente da sociedade, antes que esse dever

³¹ Os ilícitos cometidos pelo administrador delegado ou pela comissão executiva só determinam a responsabilidade dos não delegados se se puder estabelecer um nexo causal entre a omissão da vigilância e o ilícito do administrador delegado (neste sentido, Borgioli, *L'amministrazione delegata*, cit., pág. 263).

³² Na doutrina italiana, Cagnasso, *Gli organi delegati nella società per azioni*, cit., págs 86 e ss; Bonelli, *Responsa bilitá degli amministratori di società per azioni*, cit., pág. 52.

assume um caráter geral, em virtude da lei submeter os membros do órgão de administração ao padrão do gestor criterioso e ordenado, e também do disposto no n.º 3 do art.º 72.º CSC, nos termos do qual, o gerente ou administrador que não tenha exercido o direito de oposição conferido por lei, quando estava em condições de o exercer, responde solidariamente pelos atos a que não se opôs³³.

Uma outra questão suscitada pela doutrina italiana é referente ao âmbito subjetivo dos deveres de vigiar e de intervir, quanto a se estamos perante um dever suscetível de ser exercido individualmente, ou se pelo contrário, tem de ser exercido colegialmente. Parte da doutrina, inclusive, distingue o dever de vigilância do dever de intervenção, considerando que o primeiro é da competência individual de cada administrador, delegado ou não delegado, e o segundo da competência do conselho de administração.

Consideramos que do teor do n.º 5 do art.º 407.º CSC facilmente retiramos que o dever de vigilância é um dever dos administradores não delegados e que não integram a comissão executiva³⁴, assim como é uma competência de exercício individual. O preceito legal refere expressamente que os “*outros administradores são responsáveis*”, referindo-se portanto, aos administradores individualmente e não ao conselho de administração. Uma consequência normativa do caráter individual do dever de vigilância é tratar-se de um dever não delegável, porquanto só se podem delegar atribuições que competem ao conselho de administração³⁵.

Relativamente ao dever de intervenção, retira-se do n.º 8 do art.º 407.º CSC que o impulso destinado a provocar a intervenção do conselho de administração, é de competência individual, já a adoção das medidas adequadas é da competência do conselho de administração. Assim sendo, não restam dúvidas de que no quadro normativo português, a intervenção cabe ao conselho de administração. Logo, se o administrador singular provocar a intervenção do conselho, caso esse órgão decida não intervir, o administrador singular exonerar-se-á da sua responsabilidade.

Para João Calvão da Silva o dever geral de vigilância é uma espécie do género “*deveres de cuidado*”—que impende sobre os administradores não executivos, nos termos da conjugação

³³ Ilídio Duarte Rodrigues, Administração das sociedades por quotas e anónimas, cit., pág. 52.

³⁴ Nogueira Serens, Notas sobre a sociedade anónima, cit., pág. 67.

³⁵ Artigo 407.º n.º 3 e n.º 4 CSC.

do disposto no n.º 8 do art.º 407.º com o n.º 2 do art.º 64.º CSC. Para o mesmo autor, o duplo perfil de gestão e controlo, que o conselho de administração com delegação de poderes acaba por assumir no sistema monista ou tradicional, o dever de vigilância que resulta do disposto no art.º 407.º, n.º 8 CSC, integra o perfil das funções de fiscalização. Assim sendo, quando os administradores não executivos, incumprirem o dever geral de vigilância da atuação dos administradores executivos, bem como, quando tendo conhecimento de atos ou omissões prejudiciais ou do propósito da sua prática pelos administradores executivos, não provoquem a intervenção do conselho de administração, para tomar as medidas adequadas, violando dessa forma, o dever de intervenção, porque se tratam de funções de fiscalização, serão responsáveis por incumprimento dos seus deveres por força do art. 81.º CSC e não por aplicação directa do art. 73.º CSC. Nesses casos, os administradores não executivos respondem solidariamente, por culpa própria.

Reiteramos assim, que sendo a competência para a gestão corrente da sociedade apenas dos administradores executivos, sempre que o conselho não chame a si uma matéria objeto da delegação dos seus poderes, os administradores não executivos não são responsáveis nessas matérias, e a delegação de poderes excluí-os do âmbito de aplicação directa do art. 73.º CSC.

Mais acresce referir que os administradores não executivos só respondem solidariamente com os administradores executivos pelos atos ou omissões destes, quando o dano se não teria verificado se houvessem cumprido as suas obrigações de vigilância geral e de intervenção previstas no art. 407.º, n.º 8 CSC. Se pelo contrário, o dano se tivesse verificado ainda que tivessem cumprido com lealdade e diligência profissional³⁶, nos termos do n.º 2 do art.º 64.º CSC, seria excluída a culpa dos administradores não executivos, porquanto o incumprimento do dever de vigilância não teria constituído a real causa adequada dos danos sofridos.

³⁶ João Calvão da Silva apresenta o exemplo de *numa fraude financeira, praticada com subtil e inovadora engenharia, que, mesmo com a diligência devida in vigilando, os membros delegantes não teriam detectado*

Capítulo V. A Business Judgment Rule

5.1. A origem, fundamentos e campos de aplicação da BJR

A *Business Judgment Rule* (BJR) é uma regra com origem norte-americana, resultante da jurisprudência dos tribunais americanos do Estado de *Delaware*.

A consagração da BJR tem por fundamento estimular o empreendedorismo dos administradores, na medida em que pretende que os mesmos não se abstenham de tomar decisões que envolvam riscos, com receio de uma eventual ação de responsabilidade civil, caso obtenham maus resultados.

Por forma a salvaguardar a inovação e o sucesso de uma empresa, o grau de incerteza inerente a qualquer decisão, não pode ofuscar a criatividade e a capacidade de inovar dos seus administradores.

Assim sendo, a BJR surge para proteger os administradores, de eventuais maus resultados, que sejam uma consequência das suas decisões. Ou seja, mediante a aplicação desta regra, os administradores não serão responsabilizados por perdas resultantes das suas decisões, se a sua atuação não implicar a violação dos deveres procedimentais de cuidado e lealdade.

Nesta esteira, a BJR terá sido desenvolvida para “*promover o pleno e livre exercício da corporate governance, protegendo os administradores que cometam erros de julgamento, mesmo em casos de negligência*” (Almeida:9) ou como refere Nuno Calaim, o propósito fundamental desta regra é o de “*perdoar o gestor por um mau resultado obtido no exercício cuidadoso dos seus poderes discricionários*” (Lourenço, 2011:36).

Quanto ao âmbito de aplicação da BJR, cumpre referir que esta regra aplica-se apenas a decisões de gestão, ou seja, decisões empresarias, tomadas pela administração, e apenas quando haja margem de discricionariedade e autonomia de atuação do administrador³⁷. Ou seja, num cenário em que o administrador detém liberdade de escolha, a BJR constitui uma salvaguarda de que o mesmo não será penalizado, caso obtenha maus resultados. Isto porque, num contexto de liberdade de escolha, não faz sentido haver uma obrigação de tomar sempre

³⁷ Ricardo Costa defende que, não sendo a BJR aplicável aos deveres de cumprimento estrito, o art.º 72.º n.º 2 deve ser objeto de uma redução teleológica. Cf. Costa, Ricardo, “Responsabilidade dos Administradores e Business Judgment Rule” in Reformas do Código das Sociedades, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 66 e segs.

as decisões mais adequadas. Contudo, para tal, deverá ter sido observado o necessário dever de cuidado.

Quando a lei, os estatutos ou as deliberações societárias³⁸ exijam condutas específicas aos administradores, sem qualquer margem de discricionariedade, consideramos que não teremos qualquer dúvida em aferir qual o comportamento devido pelo administrador. E nessas situações, verificando-se a violação de tais deveres específicos, a BJR não terá aplicação, resultando responsabilidade para com a sociedade, de tal conduta ilícita.

Por essa razão, alguns autores concluem que a BJR também não terá aplicação, caso as decisões da administração violem o dever de lealdade, porquanto trata-se de um dever de conteúdo inequívoco e vinculado. Os administradores têm a obrigação de prosseguir o interesse social, e nunca interesses pessoais ilegítimos. É certo que o art.º 72.º n.º 2 CSC faz referência ao dever de lealdade, mas defendem que apenas como pressuposto da insindicabilidade do mérito da decisão do administrador. E assim sendo, concluem que a BJR assenta sobretudo no dever de cuidado e de boa administração³⁹.

Embora não pretendamos aprofundar nesta sede a responsabilidade dos órgãos de fiscalização, é nosso entendimento que a BJR não se aplica à atuação dos titulares desses órgãos. Contudo, mesmo no sistema norte-americano que deu origem à BJR, têm surgido concepções divergentes da mesma.

No nosso estudo, não pretendemos aprofundar o sistema jurídico norte-americano, ou analisar em detalhe as diferentes concepções da BJR que surgiram no mesmo. Contudo, dado que atualmente, os mercados financeiros são dominados pelos padrões anglo-americanos, não podemos deixar de voltar a nossa atenção para esse sistema, e mais concretamente para o sistema de *Delaware*.

É evidente que o sistema jurídico português contém as suas próprias normas referentes a sociedades comerciais, no CSC. No entanto, a legislação portuguesa no âmbito societário, tem tido uma forte influência da doutrina alemã. E por sua vez, a doutrina alemã tem sido, nessas

³⁸ Ressalvamos a hipótese de alguns deveres fundados em deliberação poderem implicar a tomada de uma decisão com autonomia. Relativamente aos deveres específicos não legais, Ricardo Costa propõe que se efetue uma “tarefa interpretativa prévia”. Cf. Costa, Ricardo, op. cit., p. 69.

³⁹ Posição perconizada pelos autores Manuel A. Carneiro da Frada e Nuno Calaim Lourenço.

matérias, influenciada pela lei do Estado norte-americano do *Delaware*.

Em virtude disso, a redação consagrada em 2006, dos artigos 64.º e 72.º do CSC, bem como o texto dos trabalhos preparatórios da CMVM, foram fortemente inspirados pelo sistema de *Delaware*, nomeadamente no que se refere à BJR.

5.2. A introdução da BJR no sistema português

No que se refere ao ordenamento jurídico português, o processo de consulta pública lançado pela CMVM, o qual esteve na base das alterações legislativas ao Código das Sociedades Comerciais de 2006, vertia o seguinte:

“Qualquer reforma legislativa atual sobre a posição jurídica do administrador deve implicar uma tomada de posição sobre a consagração da chamada Business Judgment Rule, de inspiração norte-americana. Como é sabido, estabelece-se aí uma presunção de licitude da conduta em favor dos administradores. Desde que reunidos certos pressupostos, designadamente a ausência de conflito de interesses e um adequado esforço informativo, o juiz abster-se-á de aferir do mérito da atuação do administrador. Visa-se assim potenciar o sentido empresarial e empreendedor de atuação dos administradores”.

Contudo, a proposta legislativa apresentada foi noutro sentido, justificando a CMVM tal opção da seguinte forma: “*A consagração de uma norma presuntiva da atuação lícita dos administradores correria o risco de agravar o já existente défice de sentenças condenatórias nesta matéria*”.

Finalmente, a reforma de 2006, através do decreto-lei n.º 76-A/2006, de 29 de março, introduziu alterações de relevo no código das sociedades comerciais, uma das quais foi precisamente o art.º 72.º do CSC, nomeadamente o disposto no seu n.º 2⁴⁰. A doutrina portuguesa, de forma quase unânime, tem referido que esta norma corresponde à transposição da BJR para o direito societário português, não obstante a sua redação ambígua.

Contudo, a doutrina divide-se quanto a se a BJR constitui uma regra de avaliação da responsabilidade dos administradores ou uma causa de justificação, quer seja de exclusão de ilicitude, quer de culpa.

⁴⁰ Artigo 72.º n.º 2 do CSC dispõe o seguinte: “*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*”.

5.3. A BJR e os deveres dos administradores

O estabelecido no n.º 2 do art.º 72.º do CSC implica uma necessária conjugação com os deveres dos administradores. Por deveres dos administradores referimo-nos em particular, aos seus deveres gerais de conduta, que resultam do vertido no art.º 64.º do CSC, o qual já tivemos oportunidade de analisar.

A nova redação do art.º 64.º CSC, introduzida pela reforma de 2006, principalmente na sua nova alínea a), com expressa referência a deveres de cuidado (*duty of care*) e deveres de lealdade (*duty of loyalty*), consagra uma cláusula geral⁴¹ relativa aos deveres fundamentais dos administradores. No que se refere particularmente, aos deveres fundamentais dos administradores para com a sociedade, esses deveres florescem de uma especial relação de confiança existente entre os administradores e a sociedade, na medida em que os primeiros são responsáveis pela gestão dos interesses patrimoniais da segunda, ou seja, pela gestão de interesses patrimoniais alheios.

Conforme menciona o Professor Pedro Pais de Vasconcelos, na lógica do *shareholder primacy* “os gestores são tidos como *agents*, que devem exercer o seu ofício por conta e no interesse dos sócios que investem no negócio” (Vasconcelos, 2009: 11-32).

Tal como tivemos ocasião de indicar alguns autores defendem que quanto ao campo de aplicação da BJR, a mesma não tem aplicação, sempre que as decisões do administrador contrariem o dever de lealdade, na medida, em que o gestor deverá prosseguir o interesse da sociedade e não o seu interesse pessoal. Pelo que, a BJR assenta fundamentalmente com o dever de cuidado e boa administração, posição que também defendemos.

Quanto ao dever de cuidado, parece-nos que o administrador apenas terá esse dever perante a sociedade, porquanto é à sociedade que se encontra juridicamente vinculado pelo contrato de gestão ou administração. Assim sendo, consideramos que apenas a sociedade, poderá nos

⁴¹ No entanto, não significa que essa norma se esgota nos deveres de cuidado e nos deveres de lealdade. “Outros deveres fundamentais poderão ser reconhecidos quer pela jurisprudência, quer pela doutrina. A título de exemplo, o mesmo autor menciona os deveres de boa fé, já reconhecidos como deveres autónomos pela jurisprudência norte-americana, em especial pela do Estado do Delaware” - CÂMARA PAULO, “O Governo das Sociedades e a Reforma do Código das Sociedades Comerciais” in Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 9-143.

termos do n.º 2 do artigo 72.º do CSC invocar esse dever, e dessa forma exigir ao administrador uma atuação informada, isenta de interesse pessoal e empresarialmente racional, o que, contrariamente, já não poderá ser legitimamente exigido por sócios, credores ou terceiros.

Face ao exposto, Coutinho de Abreu sugere que as remissões dos artigos 78.º n.º 5 CSC e 79.º n.º 2 CSC para o artigo 72.º n.º 2 CSC sejam interpretadas restritivamente, aplicando-se apenas, nos casos em que os credores nos termos do disposto no n.º 2 do art.º 78.º CSC, se sub-rogam à sociedade.

5.4. A responsabilidade civil e a BJR

As principais disposições sobre responsabilidade civil dos gerentes ou administradores, administradores em sentido lato, encontram-se sistematizadas nos artigos 71.º a 84.º do CSC.

Da leitura e análise de tais preceitos, aferimos que a matéria da responsabilidade dos administradores, pode ser subdividida em responsabilidade para com a sociedade, responsabilidade para com os credores sociais e responsabilidade para com sócios e terceiros.

Na nossa explanação, apenas pretendemos abordar o tema da responsabilidade dos administradores para com a sociedade, conforme já tivemos ocasião de referir.

Conforme supra indicado, o vertido no n.º 1 do art.º 72.º do CSC estabelece uma presunção de culpa, a qual tem por base a regra do direito comum, que resulta do n.º 1 do art.º 799.º do CC⁴². Assim sendo, caberá ao administrador da sociedade ilidir a presunção de culpa, demonstrando ter observado os deveres de cuidado, consagrados na alínea a) do n.º 1 do art.º 64.º do CSC, com a devida diligência de um gestor criterioso e ordenado. Caso consiga ilidir tal presunção legal, apesar da ilicitude cometida, face à falta de culpa, os administradores não responderão para com a sociedade.

No âmbito da responsabilidade dos administradores para com a sociedade, importa referir ainda o estabelecido no n.º 2 do art.º 72.º do CSC, que tal como supra referido, representa uma tentativa de acolhimento da BJR. O principal objetivo desta regra é a insindicância das decisões dos administradores, desde que tomadas em termos informados, sem qualquer interesse pessoal e de acordo com critérios de racionalidade empresarial. Verificados tais

⁴² Art.º 799.º n.º 1 Código Civil: *“Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua”*.

pressupostos, ainda que a decisão cause danos à sociedade, os administradores são eximidos de qualquer responsabilidade.

Pretende-se desta forma, que o processo de determinação da violação dos deveres de cuidado, por parte dos administradores, não culmine na substituição das decisões dos órgãos decisórios das sociedades, por decisões de tribunal tomadas *a posteriori*.

Para contextualizar a relevância da BJR, importa ainda referir que, como muito bem sabemos, a insegurança e o risco são inerentes à gestão empresarial. Por um lado, no âmbito da sua autonomia e discricionariedade, todos os administradores se confrontam com um vasto leque de escolhas. Por outro lado, não existe um guia de conduta que garanta o sucesso de cada decisão.

A inovação que promove o desenvolvimento e o crescimento económico de cada empresa, e a necessária obtenção de lucro, implica muitas vezes criatividade e inovação, e por conseguinte, a assunção de riscos.

Nesse sentido, Buxbaum afirma que *“it is prudent to take risks and imprudent not to do so”* (Buxbaum, 1991:81). Por outras palavras, ser um bom gestor, implica uma obrigação de meios e não de resultados. Isso, na medida em que a atuação do gestor, deve ser norteada pela informação adequada, e pela ausência de conflitos ou interesses pessoais, o que ainda assim, não significa, que tal atuação não se venha a revelar *a posteriori*, lesiva do interesse societário. Por conseguinte, o disposto na alínea a) do n.º 1 do art.º 64.º não impõe a obtenção de resultados, mas apenas o dever de cuidado na tomada de decisões e condução da vida societária.

O Professor Pedro Pais de Vasconcelos considera que o art.º 64.º do CSC é uma fonte autónoma de responsabilidade civil quando refere que esse preceito *“contém o núcleo fundamental do critério de licitude e de ilicitude na gestão da sociedade”*, acrescentando que, *“é sobre este ponto de apoio que se torna operacional o sistema de responsabilidade dos gestores contido nos arts. 71.º e seguintes do CSC”* (Vasconcelos, 2009:19-20).

Julgamos que o estabelecido no art.º 64.º do CSC é complementado pelo que resulta do n.º 2 do art.º 72.º do CSC. Resulta do disposto no n.º 2 do art.º 72.º CSC que o administrador tem de provar que cumpriu os deveres que lhe são impostos pelo n.º 1 do art.º 64.º CSC. Ou seja, o administrador terá de provar que *“atuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial”*. Caso contrário, a sua conduta será

qualificada como ilícita, não se excluindo a sua responsabilidade.

Em virtude por um lado, dos deveres dos administradores consagrados no art.º 64.º n.º 1 CSC e por outro lado, da consagração do princípio *business judgment rule*, que resulta do n.º 2 do art.º 72.º CSC, tem sido possível uma maior sindicabilidade, não propriamente quanto ao mérito, mas quanto ao processo de decisão.

Contrariamente ao que se verifica no direito anglo saxónico, a jurisprudência portuguesa tem privilegiado o princípio da insindicabilidade do mérito das decisões de gestão, uma vez que tem considerado que o contrário, implicaria uma imiscuição do governo nas sociedades. Além disso, a jurisprudência portuguesa, tem entendido que os tribunais não estão preparados para tal avaliação.

Analisando os comportamentos do mercado, facilmente concluímos que é perigoso avaliar *a posteriori* o mérito de uma decisão de gestão. Qualquer decisão de gestão, inclusivamente uma decisão tecnicamente irrepreensível, comporta um certo risco.

E foi exatamente por isso, que no direito norte americano, os *Principles of Corporate Governance* vieram consagrar o princípio *business judgment rule* e os tribunais o adotaram, nomeadamente a *Delaware Supreme Court*. Nos termos da Section 4.01 (c) dos *Principles of Corporate Governance*, é disposto que:

“Um administrador que toma uma decisão sobre o negócio de boa fé cumpre o seu dever... se o administrador não tem qualquer interesse na matéria da decisão relativa ao negócio; está informado com respeito a essa matéria na extensão em que o administrador acredita razoavelmente ser apropriado segundo as circunstâncias; e racionalmente acredita que a decisão é tomada no melhor interesse da sociedade”.

Tal como refere a doutrina anglo-saxónica, a BJR constitui um *safe harbour*, que permite aos administradores tomarem decisões mais inovadoras, sem receio de uma eventual ação de responsabilidade civil.

5.5. BJR - Regra de avaliação ou causa de exclusão da responsabilidade?

5.5.1. Regra de avaliação da responsabilidade

A doutrina portuguesa divide-se entre aqueles que vêem a BJR como causa de exclusão da responsabilidade, quer seja causa de exclusão da ilicitude, quer seja causa de exclusão da culpa, e os que a qualificam como mera regra de avaliação da conduta dos administradores.

No ordenamento jurídico norte-americano, onde foi originariamente criada a BJR, essa regra constitui uma regra de avaliação da conduta dos administradores.

Da mesma forma, no nosso ordenamento jurídico, os que qualificam a BJR como regra de avaliação da conduta dos administradores, consideram que esta regra contribui para uma melhor concretização dos deveres dos gestores, em particular no que se refere ao dever de cuidado. Ou seja, a BJR complementa o estabelecido no art.º 64.º CSC, na medida em que o gestor deve atuar, devidamente informado, de forma independente e racional.

Essa é a posição doutrinal defendida pelo Professor António Pereira de Almeida (Almeida, 2013:293) que considera que o estatuído no n.º 2 do art.º 72.º do CSC, reflete a consagração desta regra nos *Principles of Corporate Governance*, dos quais resulta o entendimento de que a BJR define a conduta mínima exigível aos administradores.

Assim sendo, presume-se a licitude da atuação do administrador, partindo-se do pressuposto, que ele terá tomado uma decisão informada, racional e isenta de interesse pessoal, cumprindo desta forma o dever de boa administração. Caso a sociedade não consiga ilidir esta presunção, a decisão tomada pelo gestor torna-se insindicável, e por conseguinte, o administrador não será responsabilizado.

Ou seja, a sociedade lesada ou demandante, tem o ónus de produção de prova relativamente aos factos que integram a violação dos deveres legais por parte do administrador, nomeadamente os deveres fundamentais consagrados no art.º 64.º n.º 1 do CSC, bem como, o ónus de produção de prova no que se refere ao dano sofrido.

Para além disso, os tribunais julgarão não o mérito da decisão, mas o processo decisório.

Contudo, nesse âmbito, o Professor António Pereira de Almeida não considera adequado “*configurar a business judgment rule como uma presunção de licitude*”, antes afirma que o “*que acontece é simplesmente que não se verifica a responsabilidade civil do agente se não se provar que ele violou quaisquer normas ou direitos subjetivos*” (Almeida, 2013:294).

Os defensores de que o n.º 2 do art.º 72.º CSC constitui uma regra de avaliação da conduta dos administradores, consideram que essa norma, não veio propriamente, acrescentar nada de novo, que não resultasse já de outras normas, nomeadamente do art.º 64.º n.º 1 CSC. Nesse sentido, importa referir que Carneiro da Frada, face à primitiva redação do art.º 64.º CSC, e mesmo antes da introdução da atual redação do art.º 72.º n.º 2 CSC, já antevia a aplicação da

regra *business judgment rule* à responsabilidade dos administradores, como regra de avaliação da responsabilidade.

Os adeptos deste entendimento alegam que não faz sentido interpretar o n.º 2 do art.º 72.º CSC como uma causa de exclusão da ilicitude, em virtude da manifesta correspondência entre os requisitos de aplicação da BJR e o núcleo duro dos deveres fundamentais decorrentes do art.º 64.º CSC. Não faria sentido a causa de exclusão da ilicitude ter o mesmo conteúdo que os factos integrantes da própria ilicitude, conforme resultaria da conjugação do art.º 64.º n.º 1 com o art.º 72.º n.º 2 CSC. Ou seja, por um lado, o autor teria de provar os factos integrantes da conduta ilícita, através da demonstração da violação dos deveres fundamentais consagrados no art.º 64.º n.º 1 CSC, e por outro, o administrador demandado teria de provar a exclusão da ilicitude, mediante a demonstração dos mesmos factos.

As causas de justificação impõem-se como circunstâncias alheias e autónomas dos factos que geram a responsabilidade⁴³.

Neste sentido, Carneiro da Frada tem uma posição mitigada, porque embora acabe por qualificar o art.º 72.º n.º 2 do CSC como causa de exclusão da ilicitude, não deixa ainda assim de afirmar que a BJR contribui para fixar a ilicitude.

Além disso, não deixa de reconhecer que para haver responsabilidade dos administradores é necessário a prova indiciária da violação dos deveres gerais, uma vez que a BJR não se aplica à violação de deveres concretos, competindo ao administrador o ónus de impugnação dessa prova.

Carneiro da Frada justifica este aligeiramento da prova por parte do demandante com o argumento de que ele terá maior dificuldade em obter os elementos probatórios da violação dos deveres gerais, sendo mais fácil ao administrador a sua impugnação. No entanto, a sustentabilidade deste argumento tornar-se-á mais frágil e desprovida de fundamento, se tivermos em consideração que a BJR funciona no âmbito da responsabilidade para com a sociedade. Face ao exposto, será mais difícil de compreender como é que a sociedade não teria meios de obtenção de provas para responsabilizar o seu administrador.

⁴³ “as causas de exclusão da responsabilidade, em particular da ilicitude, são circunstâncias exteriores aos factos constitutivos da responsabilidade e que justificam a conduta do agente... ou que acrescem ao facto. Ora, nada disto acontece no art.º 72.º n.º 2, que não se refere a quaisquer factos estranhos ao conteúdo dos próprios deveres gerais, que se baseia a responsabilidade civil” (Almeida, 2008, p. 261).

5.5.2. Causa de exclusão da responsabilidade

5.5.2.1. Exclusão da culpa

Conforme supra referido, parte da doutrina, defende que a BJR constitui causa de exclusão da responsabilidade, em parte devido à letra da lei do n.º 2 do art.º 72.º CSC que dispõe que “*a responsabilidade é excluída se*”.

Existem doutrinas que defendem que a BJR, constitui causa de exclusão da culpa, e outras que defendem que essa regra constitui causa de exclusão da ilicitude.

Do disposto no n.º 1 do art.º 72.º CSC resulta uma presunção de culpa dos administradores, sendo que a culpa é um dos pressupostos da responsabilidade civil, e a presunção em apreço tem fundamento na relação contratual existente entre sociedade e administrador. A doutrina que perfilha o entendimento de que a BJR constitui uma causa de exclusão, defende que o n.º 2 do art.º 72.º do CSC funciona como elisão da presunção que consta do n.º 1 do art.º 72.º CSC, através do fornecimento dos elementos necessários para o efeito.

É de referir que essa é a posição da CMVM, entidade impulsionadora da reforma legislativa através da qual se introduziu a regra em análise, conforme consta da anotação ao art.º 72.º n.º 2 do CSC, onde se dispõe que “a influência da *business judgment rule* foi acolhida apenas quanto à explicitação dos elementos probatórios a ser utilizados pelo administrador demandado para elidir a presunção de culpa”⁴⁴. O mesmo entendimento é partilhado por Calvão da Silva e Menezes Cordeiro⁴⁵, se bem que este último autor veio posteriormente a considerar a BJR como “*uma específica exclusão da ilicitude*” (Cordeiro, 2009:56).

Para ilidir a presunção de culpa, o administrador, ainda que tenha atuado ilicitamente, terá de demonstrar que atuou com a diligência profissional que lhe era exigida, de forma a afastar a culpa. O disposto no n.º 2 do art.º 72.º CSC estabelece os elementos cuja prova se revela imprescindível à elisão da presunção, a saber, “*ter atuado em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial*”.

⁴⁴ Governo das Sociedades Anónimas: Proposta de Articulado Modificativo do Código das Sociedades Comerciais – Complemento ao Processo de Consulta n.º 1/2006, disponível para consulta em www.cmvm.pt.

⁴⁵ “*no preceito nacional, a sequência sistemática e o “interesse” referido...aproximam-nos de uma exclusão de culpa*” (Cordeiro, 2006, pág. 450).

A doutrina que defende esta posição, considera que no preceito plasmado no art.º 64.º CSC, não são definidos critérios de conduta exigíveis aos administradores, contribuindo essa norma, apenas para a concretização do critério da culpa. Assim sendo, a ilicitude não resultaria da violação dos deveres consagrados nessa norma, mas do incumprimento de deveres estabelecidos noutras normas legais. Verificada a ilicitude, o administrador poderia ser ilibado, mediante a elisão da presunção de culpa, desde que o administrador demandado provasse ter atuado nos termos do estabelecido no n.º 2 do art.º 72.º CSC.

Contrariamente, à posição acima indicada, poder-se-ia alegar que o art.º 64.º CSC não é uma norma sem conteúdo prestacional, antes, um preceito com sentido útil, na medida em que consagra os deveres fundamentais dos administradores.

Esta corrente, entendendo o dever de cuidado e a diligência, resultantes do art.º 64.º n.º 1 a) CSC, como elementos da culpa, desligados da ilicitude (Silva, 2006:53 e seguintes), considera que o n.º 2 do art.º 72.º CSC fixa o grau de diligência exigível, sendo que a falta dessa diligência, equivale a uma atuação culposa. Isso significa que caso a atuação do administrador seja conforme com o disposto no n.º 2 do art.º 72.º CSC, a sua atuação será considerada diligente, e por conseguinte, isenta de culpa.

Esse entendimento poderá ser contraposto, alegando-se que o dever de diligência, conexas com a ilicitude e nunca com a culpa, uma vez que define o conteúdo do comportamento devido, decorre do disposto no art.º 64.º CSC.

5.5.2.2. Exclusão da ilicitude

No âmbito da ilicitude, a doutrina assume duas posições diferentes, aquela que considera a BJR uma causa de exclusão da ilicitude e a que a considera uma presunção de ilicitude. Verifica-se uma divergência quanto à qualificação da BJR, contudo, ambas as correntes acabam por convergir, ao onerar o administrador com o dever de provar a verificação dos requisitos do n.º 2 do art.º 72.º CSC, de forma a afastar a responsabilidade.

Das posições indicadas, resultam níveis de proteção diferentes do administrador, resultando da segunda posição indicada, consequências mais gravosas para o administrador.

De seguida, explanaremos a posição doutrinal que defende que a BJR constitui uma causa de exclusão da ilicitude.

A doutrina que defende a BJR como causa de exclusão da ilicitude, reconhece uma estreita

ligação entre o disposto no n.º 2 do art.º 72.º CSC e o preceituado no n.º 1 do art.º 64.º CSC. A correspondência entre esses preceitos define os critérios de avaliação da conduta dos administradores, os quais sendo observados, confirmam uma conduta lícita. No entanto, esta conclusão, de que o comportamento do administrador é lícito, é independente de qualquer juízo de culpa.

Por conseguinte, interpretar a BJR como causa de exclusão da culpa revela-se um entendimento contraditório face à posição que agora explanamos. Enquanto o primeiro entendimento, considera que no preceito plasmado no art.º 64.º CSC, não são definidos critérios de conduta exigíveis aos administradores, contribuindo essa norma, apenas para a concretização do critério da culpa, o segundo entendimento, defende precisamente o contrário. Ou seja, que do estabelecido no art.º 64.º CSC decorrem normas orientadoras dos comportamentos objetiva e funcionalmente exigíveis ao administrador, de forma a qualificar uma determinada conduta como lícita.

Entender que a BJR constitui uma causa de exclusão da culpa, significa que ainda que o administrador cumpra os requisitos exigidos pelo n.º 2 do art.º 72.º CSC, e por conseguinte, manifeste um comportamento eticamente não censurável ou não culposo, ainda assim, a ilicitude não é afastada. Ora, o ramo da doutrina que interpreta a BJR como causa de exclusão da ilicitude, considera contrário ao espírito subjacente à adoção dessa regra no nosso ordenamento jurídico, admitir a ilicitude de um comportamento, que se verifica ser conforme aos requisitos estabelecidos no n.º 2 do art.º 72.º CSC.

Na esteira desse preceito, a responsabilidade é excluída se estivermos perante uma atuação informada, livre de interesse pessoal, que respeite critérios de racionalidade empresarial. Assim sendo, a BJR não confere primazia aos resultados obtidos, mas sim ao processo decisório. O que importa e releva, é a forma como o administrador executa a sua administração. Desta forma, o administrador tem uma maior liberdade para tomar diferentes decisões, que não obstante a sua diferença, continuam a cumprir os procedimentos legalmente exigíveis.

Face ao exposto, concordamos que interpretar a BJR como causa de exclusão de culpa, contraria o espírito dessa regra. Ou seja, verificado o cumprimento dos requisitos previstos no n.º 2 do art.º 72.º CSC, a ilicitude deverá ser afastada.

Se considerarmos a BJR uma causa de exclusão da ilicitude, o administrador será

responsabilizado, sempre que o lesado faça prova dos pressupostos da responsabilidade civil, nomeadamente do incumprimento dos deveres de cuidado durante o processo decisório. Dessa forma, de acordo com as regras gerais de distribuição do ónus da prova, será indeferida a pretensão do autor da ação, ou seja, do lesado, sempre que não consiga produzir essa prova.

Mas ainda relativamente à exclusão da ilicitude, Carneiro da Frada defende uma posição mitigada, na medida em que considera que o lesado apenas terá de produzir uma prova meramente indiciária da verificação dos pressupostos da responsabilidade civil, designadamente, da violação dos deveres de conduta. Esta posição assenta no entendimento de que o dever de cuidado estabelecido na alínea a) do n.º 1 do art.º 64.º CSC, ainda que vise promover o sucesso de uma sociedade, não tem na sua essência um dever de resultado. Assim sendo, para apurar se esse direito foi ou não respeitado, deverá ser tida em consideração a conformidade da atuação do administrador com o cumprimento dos deveres que lhe é exigido. Ao nível judicial, apenas será sindicável a condução do procedimento decisório.

Contudo, Carneiro da Frada admite que a BJR possa ser interpretada de duas perspetivas diferentes:

- i. a que considera a violação dos requisitos resultantes da BJR como pressuposto essencial para a verificação da responsabilidade civil do administrador;
- ii. e a que interpreta como causa de exclusão da responsabilidade.

No que se refere à primeira perspetiva, o ónus da prova da violação, caberia ao lesado, opção que beneficia claramente o administrador. Fazemos essa afirmação, porque nesse caso, para além de o administrador não ter o ónus da prova, também não será responsabilizado, caso o lesado não produza a necessária prova de todos os pressupostos da responsabilidade civil.

Relativamente à segunda perspetiva, o ónus da prova da verificação dos pressupostos para exclusão da responsabilidade, já seria do administrador, o qual seria responsabilizado, caso não conseguisse produzir tal prova.

Caso se pretenda optar por uma das perspetivas indicadas, julgamos que deverá ser tido em consideração o espírito do legislador, aquando da introdução da BJR no ordenamento jurídico português. E nesse sentido, concordamos com a afirmação que *“a virtude mais relevante desse mecanismo seja precisamente o equilíbrio que pretende instaurar entre espaços de proteção e de responsabilização do administrador.”* (Serafim, 2010:567). Ou seja, com esta

regra, por um lado, pretende-se incentivar os administradores das sociedades a exercerem a administração com mais cuidado e responsabilidade, sem no entanto, perderem a possibilidade de atuarem de forma inovadora, e por outro lado, pretende-se promover o acesso dos lesados, ao justo ressarcimento.

Nesse sentido, alguma doutrina defende que a BJR deverá ser interpretada como causa de exclusão da responsabilidade, por falta de ilicitude, mas com repartição do ónus da prova entre lesado e administrador. Conforme já referimos, tendo em conta que os deveres dos administradores, constituem obrigações de meios e não de resultados, ao lesado e autor da ação, apenas será exigido que alegue factos indiciários, que apontem para a violação de deveres no processo decisório. Por sua vez, o administrador terá o ónus de provar que a sua conduta respeitou os requisitos previstos no n.º 2 do art.º 72.º CSC. Caso o administrador produza essa prova, a ilicitude é excluída.

A repartição do ónus da prova defendida por alguma doutrina, pretende facilitar o caminho ao autor da ação, na medida em que lhe é exigida uma prova meramente indiciária. O Professor António Pereira de Almeida crítica essa posição, na medida em que *“não se compreende como é que a sociedade não teria meios de obtenção de prova para responsabilizar o seu administrador”* (Almeida, 2013:296).

Ainda existe uma parte da doutrina que interpreta a BJR como uma causa de exclusão da ilicitude, que simultaneamente afasta a culpa, sendo Coutinho de Abreu um dos adeptos dessa posição.

Esta é uma teoria defendida por quem considera que os deveres gerais de cuidado e de lealdade que resultam do art.º 64.º n.º 1 CSC, constituem elementos de concretização da ilicitude, e por outro lado, relaciona a culpa com a referência ao gestor criterioso e ordenado. Ou seja, sendo aplicada a BJR, deverá ser tida em consideração a dupla função do n.º 1 do art.º 64.º CSC, e assim sendo, uma vez demonstrado o cumprimento dos requisitos estabelecidos no n.º 2 do art.º 72.º CSC, será excluída a responsabilidade, afastando-se quer a ilicitude, quer a culpa.

De um ponto de vista positivo, resulta dessa posição doutrinal, que a BJR define os critérios mínimos de boa conduta dos administradores. E nesse sentido, ainda que seja produzida prova dos factos ilícitos e do dano causado à sociedade lesada, se os administradores visados demonstrarem que atuaram em conformidade com tais critérios mínimos de boa conduta, é

excluída a responsabilidade dos mesmos. Por outro lado, de um ponto de vista negativo, se o administrador não respeitar tais critérios definidos pela BJR, evidencia uma atuação subjetivamente reprovável, e portanto culposa.

Essa dicotomia resulta da conjugação do disposto no n.º 2 do art.º 72.º CSC com a primeira parte do n.º 1 do mesmo preceito legal, no que se refere à exclusão da ilicitude, e com a segunda parte do n.º 1 do mesmo artigo 72.º CSC, que prevê a presunção de culpa dos administradores.

Nessa esteira, considerando-se que o n.º 2 do art.º 72.º CSC estabelece um dever de cuidado com um conteúdo mais restrito, na medida em que se aplica apenas ao processo de tomada de decisão, sendo o mesmo respeitado, aquando da tomada de decisão, exclui-se a ilicitude que possa resultar da violação do dever geral de cuidado consagrado na alínea a) do n.º 1 do art.º 64.º CSC.

E uma vez que dessa posição resulta que os critérios do n.º 2 do art.º 72.º CSC também se conjugam com o previsto na segunda parte do n.º 1 do art.º 72.º CSC, para avaliar a eventual atuação culposa do administrador, excluindo-se a ilicitude, também se afastará a culpa do administrador.

5.5.2.3. Presunção da ilicitude

Relativamente à interpretação da BJR, cumpre ainda referir a posição de Pedro Pais de Vasconcelos, o qual considera a BJR uma presunção de ilicitude.

Nesse sentido, considera que quer o art.º 72.º n.º 2 CSC, quer o disposto no n.º 1 do art.º 64.º CSC, constituem matéria de ilicitude, na medida em que fixam os critérios de aferição da boa conduta do administrador.

Desta forma, Pedro Pais de Vasconcelos à semelhança dos defensores de que a BJR constitui um padrão de avaliação da conduta dos administradores, defende uma correspondência entre os conteúdos do art.º 72.º n.º 2 CSC e do n.º 1 do art.º 64.º CSC, traduzindo o disposto no n.º 2 do art.º 72.º CSC, o cumprimento dos deveres de cuidado já decorrentes do art.º 64.º n.º 1 CSC.

Nessa esteira, será a prova da verificação dos pressupostos da BJR, a cargo do administrador, que permitirá aferir a licitude ou ilicitude da sua atuação. Nessa medida, demonstrado o cumprimento dos deveres de cuidado, poderá concluir-se que o administrador atuou de forma

lícita. E assim sendo, será afastada a sua responsabilidade, e deste ponto de vista, desnecessário convocar o juízo de culpa.

No nosso ordenamento jurídico, e contrariamente ao que se verifica no ordenamento norte-americano, é o administrador quem tem o ónus da prova de que a sua conduta refletiu o respeito pelos deveres de cuidado e lealdade, por forma a afastar a sua responsabilidade. Por essa razão, Pedro Pais Vasconcelos defende uma presunção da ilicitude, dado que o administrador terá sempre de provar que atuou em termos informados, na prossecução do interesse social e segundo critérios de racionalidade empresarial.

Importa ainda referir que essa posição, decorre do entendimento de que o n.º 2 do art.º 72.º CSC, apenas tem aplicação na relação estabelecida entre o administrador e a sociedade, com base no contrato de administração.

Discordamos desta posição, até porque, decorre do art.º 342.º n.º 1⁴⁶ do Código Civil, que *“àquele que invocar um direito cabe fazer a prova dos factos constitutivos do direito alegado”*. Assim sendo, no nosso sistema jurídico, compete ao demandante provar os factos em que assenta a ilicitude da conduta do agente. E não nos parece que o art.º 72.º n.º 1 do CSC estabeleça a inversão do ónus da prova da ilicitude, até porque se assim fosse, *“iria ao arrepio da nossa tradição jurídica e consistiria num desmesurado agravamento da responsabilidade dos administradores, ao contrário do que foi a intenção do legislador”* (Almeida, 2013:295).

5.6. Pressupostos de aplicação da BJR

Tal como supra referido, a aplicação da BJR implica a verificação de determinados pressupostos ou condições, nomeadamente:

- i. Existência de uma decisão empresarial tomada no âmbito da autonomia e

⁴⁶ Resulta do acórdão da Relação de Lisboa, de 11 de novembro de 2014, que a sociedade demandante tem o ónus de provar os factos constitutivos do direito a indemnização (art.342º, nº1, do C.Civil), isto é, tem de provar que atos ou omissões ilícitos do administrador causaram danos ao património social.

O administrador só tem de provar que não teve culpa desde que se prove a violação de algum dos seus deveres legais ou contratuais, ou seja, a ilicitude de uma qualquer sua conduta, competindo à demandante, pretensamente lesada, a prova deste facto constitutivo da responsabilidade do demandado.

discricionariiedade do administrador. Pelo que, a BJR não terá aplicação nas situações em que o administrador omite um comportamento por negligência ou esquecimento.

- ii. A tomada dessa decisão não deverá implicar a violação de normas procedimentais.
- iii. O administrador deve estar razoavelmente informado.
- iv. A decisão deverá ser inteiramente livre de interesses pessoais, não implicando qualquer conflito de interesses com a sociedade.
- v. A decisão deverá ser tomada mediante critérios de racionalidade empresarial.

Caso não se verifiquem os pressupostos de aplicação da BJR, isso não constitui prova automática de comportamento ilícito e de violação de deveres legais. Antes, implica que o administrador não beneficiará da aplicação dessa regra.

Face ao exposto, a decisão empresarial será escrutinada à luz dos padrões de conduta estabelecidos no art.º 64.º CSC, em toda a sua amplitude. Dessa forma, já não será tido em conta o vertido no n.º 2 do art.º 72.º CSC, mas antes o dever de gestão razoável aferido pela bitola da diligência do “gestor criterioso e ordenado”. Como refere Ricardo Costa, “o juiz volta a estar investido de autoridade para entrar na análise de fundo da decisão empresarial que causou o dano” (Costa, 2007:80).

Poderá acontecer que o administrador tome uma decisão não informada, em conflito de interesses e desrespeito pelos critérios de racionalidade empresarial, sem que sejam causados danos à sociedade. Nesse caso, embora estejamos perante uma conduta ilícita, é excluída a obrigação de indemnizar. Eventualmente, tal conduta será passível de destituição com justa causa, tema que abordaremos adiante.

Relativamente aos pressupostos indicados em iii. e iv., respetivamente atuação “*em termos informados*” e “*livre de qualquer interesse pessoal*”, correspondem a requisitos de procedimento e não de mérito da conduta dos administradores. Conforme tivemos ocasião de referir, a BJR exclui a apreciação substancial, limitando-se a avaliar aspetos formais.

O pressuposto indicado em v., “*segundo critérios de racionalidade empresarial*” é aquele que provoca maiores dificuldades, face ao escopo da BJR. Conforme já referimos, o n.º 2 do art.º 72.º CSC tem por objetivo excluir o escrutínio judicial sobre o mérito das decisões empresariais, tomadas no âmbito da autonomia e discricionariiedade dos administradores. Em virtude disso, parece um contrasenso, exigir que o administrador justifique a racionalidade

empresarial dos seus atos. A doutrina tem vindo a tentar apurar o sentido hermenêutico desse pressuposto.

Com vista a essa clarificação, tendo em conta que a decisão empresarial que habitualmente beneficia da BJR é tipicamente uma decisão económica, Coutinho de Abreu refere uma racionalidade económica, orientada por critérios de eficiência (Abreu, 2007:44)⁴⁷. Mas nesse caso, perante critérios de eficiência, a questão que surge, será como justificar maus resultados financeiros.

Um critério puramente económico não parece ser compatível com a BJR, porquanto a aplicação dessa regra, não assenta na responsabilidade pelos resultados. Por outro lado, ficariam por explicar decisões que não obstante implicarem uma diminuição imediata de receitas, revelam-se necessárias para viabilizar a empresa, a médio ou longo prazo⁴⁸.

Face à inadequação do critério da “*racionalidade económica*”, parte da doutrina veio propor uma interpretação restritivo-teleológica desse conceito (Abreu, 2007:44) e (Costa, 2007:84). O entendimento dominante é o de que bastará ao administrador, para ficar isento de responsabilidade, demonstrar que a sua atuação não foi incompreensível, incoerente ou insensata⁴⁹. Por outras palavras, deverá justificar que a sua atuação foi revestida de razoabilidade e enquadrada nos ditames da boa fé.

5.7. Posição adotada

Concordamos que o estatuído no n.º 2 do art.º 72.º do CSC, veio estabelecer uma efetiva regra

⁴⁷ Esta ideia de racionalidade económica foi, desde logo, promovida pela própria CMVM. No texto *Governo das Sociedades Anónimas: Propostas de Alteração ao Código das Sociedades Comerciais, processo de consulta pública n.º 1/2006*, pág. 16, a CMVM define, como imperativo de conduta, uma atuação obediente a “critérios de racionalidade económica”.

⁴⁸ Nesse âmbito, o Professor Carneiro da Frada apresenta alguns exemplos: um aumento salarial que se revele necessário à paz empresarial ou a decisão de não deslocar a empresa, para proteger economicamente as famílias que dela dependem.

⁴⁹ Silva, João Calvão da, “Responsabilidade dos administradores não executivos” in *A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 145. O autor considera que o requisito estará preenchido quando a decisão seja “racional, sensata, acreditando razoável e honestamente, de boa fé, ser no melhor interesse da sociedade”.

de avaliação da responsabilidade dos administradores para com a sociedade, conforme resulta dos *Principles of Corporate Governance*, e tem sido consagrado sobretudo pelos tribunais do *Delaware Supreme Court*. Assim sendo, a BJR, também no ordenamento jurídico português, constitui uma regra de avaliação da responsabilidade dos administradores perante a sociedade e não uma causa de justificação.

Constituir a BJR uma regra geral de avaliação da responsabilidade dos administradores, significa que a sociedade lesada ou demandante, deverá fazer a prova de que o administrador violou deveres legais, nomeadamente os deveres de diligência e cuidado consagrados no art.º 64.º n.º 1 do CSC. Contudo para além disso, tem ainda o ónus da prova, ainda que indiciária, de factos integrantes da violação desses deveres, por ação ou omissão, ficando a cargo do administrador demandado a impugnação dessa prova. Nesse sentido, o acórdão do STJ, de 29 de outubro de 2015, refere que:

“A afirmação da ilicitude da conduta, mais do que a invocação de deveres de natureza formal que devem ser acatados pelos gerentes e administradores de sociedades comerciais, exige a alegação e prova de factos reveladores de uma atuação contrária ao direito ou ao pacto social, em prejuízo da sociedade, como entidade jurídica dotada de autonomia relativamente aos detentores do seu capital social”.

Nesse sentido, não podemos esquecer a posição de Carneiro da Frada, que face à primitiva redação do art.º 64.º CSC, e mesmo antes da introdução da atual redação do art.º 72.º n.º 2 CSC, já considerava a aplicação da regra BJR à responsabilidade dos administradores, como regra de avaliação da responsabilidade, o que nos conduz ao entendimento que o art.º 72.º n.º 2 CSC, não veio propriamente, acrescentar nada de novo, que não resultasse já de outras normas, nomeadamente do art.º 64.º n.º 1 CSC.

Capítulo VI. Outros fatores de exoneração da responsabilidade

6.1. A não participação ou oposição do administrador

Tivemos ocasião de referir em capítulos anteriores, o disposto nos n.º 3⁵⁰ e n.º 4⁵¹ do art.º 72.º

⁵⁰ Artigo 72.º n.º 3 CSC: “Não são igualmente responsáveis pelos danos resultantes de uma deliberação colegial os gerentes ou administradores que nela não tenham participado ou hajam votado vencidos, podendo neste caso fazer lavrar no prazo de cinco dias a sua declaração de voto, quer no respetivo

CSC, dos quais aferimos que a mera pertença à administração não é fonte de responsabilidade. O disposto no n.º 3 do do art.º 72.º CSC ao referir que “*não são igualmente responsáveis pelos danos resultantes de uma deliberação colegial os gerentes ou administradores que nela não tenham participado ou hajam votado vencidos*”, atribui um carácter individual à responsabilidade dos administradores.

Podemos referir, no que se refere às sociedades anónimas, que o administrador não participa na deliberação quando não está presente na reunião, e não se faz representar⁵², não vota por correspondência⁵³, não intervém na reunião mediante meios telemáticos⁵⁴, ou mesmo quando o administrador, ainda que participe na reunião, não vota por se encontrar impedido de o fazer⁵⁵.

Por outro lado, se o administrador exercer o seu poder-dever de votar vencido, não será responsabilizado perante a sociedade, dado que não é responsável pelo dano decorrente de uma deliberação colegial, na qual votou em sentido contrário. Veja-se que o preceito legal em análise exige ação por parte do administrador, na medida em que terá de votar vencido, não se afigurando suficiente um comportamento passivo, como é o caso da abstenção.

Resulta ainda do disposto na mesma norma, que o administrador poderá fazer lavrar a sua declaração de voto no prazo de cinco dias.

Da mesma forma, nos termos do disposto n.º 4 do art.º 72.º CSC, se o administrador podia exercer legalmente a sua oposição e não o faz, responde solidariamente pelos atos a que poderia ter-se oposto, o que significa *a contrario*, que opondo-se, o administrador não será responsável por tais atos.

livro de atas, quer em escrito dirigido ao órgão de fiscalização, se o houver, quer perante notário ou conservador”.

⁵¹ Artigo 72.º n.º 4 CSC: “O gerente ou administrador que não tenha exercido o direito de oposição conferido por lei, quando estava em condições de o exercer, responde solidariamente pelos atos a que poderia ter-se oposto”.

⁵² Artigo 410.º n.º 5 CSC.

⁵³ Artigo 410.º n.º 7 CSC.

⁵⁴ Artigo 410.º n.º 8 CSC

⁵⁵ Artigo 410.º n.º 6 CSC. Conforme refere Coutinho de Abreu, em *Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades*, pág. 49.

6.2. Deliberação dos sócios

Do disposto no n.º 5 do art.º 72.º CSC, resulta uma verdadeira causa de justificação, ou seja, uma delimitação negativa da responsabilidade civil. O preceito versa que: “*A responsabilidade dos gerentes ou administradores não tem lugar quando o ato ou omissão assente na deliberação dos sócios, ainda que anulável*”.

Assim sendo, ainda que se verifiquem todos os pressupostos da responsabilidade civil, caso o comportamento ilícito assente em deliberação dos sócios, é retirada a carga axiologicamente negativa ao comportamento abstratamente ilícito.

Relativamente ao dever de obediência às deliberações dos sócios, a situação dos gerentes das sociedades por quotas diverge da situação dos administradores das sociedades anónimas.

Isso porque, se por um lado, o art.º 259.º CSC estabelece que os gerentes devem respeito às deliberações dos sócios, por outro lado, o art.º 405.º n.º 1 CSC determina que o conselho de administração apenas deve obediência às deliberações dos acionistas, nos casos em que a lei ou o contrato de sociedade o determinem. E o art.º 373.º n.º 3 CSC estabelece ainda que em matérias “*de gestão da sociedade, os acionistas só podem deliberar a pedido do órgão de administração*”.

Face ao exposto, afigura-se-nos que o cumprimento da deliberação dos sócios constitui uma causa de justificação da responsabilidade dos gerentes das sociedades por quotas. No que se refere às sociedades anónimas, caso os estatutos nada estabeleçam, os administradores respondem civilmente pelos atos de gestão, ainda que assentes em deliberação dos acionistas, não sendo aplicável nesses casos, o disposto no n.º 5 do art.º 72.º CSC.

Assim sendo, o cumprimento da deliberação dos sócios só é causa de exclusão da responsabilidade quando o administrador deva obediência a essa deliberação, pelo que o n.º 5 do art.º 72.º CSC deverá ser interpretado restritivamente.

No entanto, mesmo nos casos em que os administradores devem obediência à deliberação dos sócios, defende Coutinho de Abreu, que não deverão executar tais deliberações, “*quando tenham ocorrido factos que alteram substancialmente as circunstâncias que justificaram a sua adoção*” (Abreu, 2007:51), e dessa execução resultem danos para a sociedade.

Decorre ainda do n.º 5 do art.º 72.º CSC, que verificados os necessários pressupostos, a responsabilidade dos administradores é excluída, ainda que as deliberações sejam anuláveis, o

que já não se verifica relativamente às deliberações nulas.

Da mesma forma, a causa de justificação não funcionará se o ato ou omissão do administrador, tiver lugar em momento posterior à suspensão ou anulação da deliberação dos sócios. Do disposto no n.º 3 do art.º 78.º CSC resulta que a causa de justificação em apreço, não se aplica à responsabilidade dos administradores para com os credores da sociedade. E o mesmo se verifica quanto à responsabilidade para com os sócios ou terceiros.

Capítulo VII Destituição dos administradores

7.1. Direito de não serem destituídos sem justa causa

Do disposto no art.º 257.º n.º 1⁵⁶ CSC e no art.º 403.º n.º 1⁵⁷ CSC, resulta que os administradores, quer nas sociedades por quotas, quer nas sociedades anónimas, podem ser destituídos a todo o tempo, mediante deliberação dos sócios.

Nos termos do disposto nos artigos 403.º e 430.º CSC, no caso das sociedades anónimas, a destituição dos administradores depende de deliberação da assembleia geral, ou do conselho geral e de supervisão, conforme tenham sido nomeados nos estatutos, pela assembleia geral ou pelo conselho geral e de supervisão.

No entanto, ainda assim, podemos afirmar que os administradores têm o direito de não serem destituídos sem justa causa, na medida em que, não havendo fundamento para a destituição, terão direito a uma indemnização pelos danos sofridos. Esse direito encontra-se consagrado nos artigos 257.º n.º 7 e 403.º n.º 5 CSC. No caso das sociedades por quotas, o valor da indemnização poderá ser estipulado contratualmente. Não o sendo, a lei estabelece supletivamente, o valor correspondente à perda de retribuições de um mandato de quatro anos ou “*do tempo que faltar para perfazer o prazo por que fora designado*”. Contrariamente, nas sociedades anónimas, o limite máximo da indemnização é o equivalente ao montante das remunerações que o administrador presumivelmente receberia até ao final do período para que foi eleito, ainda que tivesse sido definido contratualmente um valor superior. Nesse sentido, quer o Professor António Pereira de Almeida⁵⁸, quer Coutinho de Abreu⁵⁹, defendem que essa limitação do valor de indemnização também se aplica às cláusulas dos contratos de administração, as quais, serão consideradas nulas e nos termos do art.º 292.º do CC, o valor da indemnização será reduzido ao limite legal.

Contudo, aos administradores compete o ónus da prova dos prejuízos sofridos, os quais não se presumem. Nesse sentido refere o acórdão do STJ, processo n.º 04B1218, de 20-05-2014, “*que compete ao destituído a prova dos danos que são consequência adequada da*

⁵⁶ 257.º n.º 1: “*Os sócios podem deliberar a todo o tempo a destituição de gerentes*”.

⁵⁷ 403.º n.º 1: “*Qualquer membro do conselho de administração pode ser destituído por deliberação da assembleia geral, em qualquer momento*”.

⁵⁸ António Pereira de Almeida, *Sociedades Comerciais I*, Coimbra Editora, 7.ª Edição, 2013, pág. 497.

⁵⁹ Coutinho de Abreu, *A Governação das Sociedades Comerciais*, págs. 160 e segs.

destituição, conforme regra geral do ónus da prova prevista no art.º 342.º n.º 1 do Código Civil". Além disso, esses prejuízos não podem corresponder apenas à mera perda de retribuições, devendo o destituído alegar e provar "*os factos indispensáveis à fixação do quantum indemnizatório*"⁶⁰.

Por fim, referimos ainda, que não se verificando justa causa para destituição, quer nas sociedades por quotas (251.º n.º 1 al. f) CSC), quer nas sociedades anónimas (art.º 384.º n.º 6, al. c) CSC), os administradores podem votar na deliberação sobre a sua destituição.

7.2. Destituição com justa causa

Constitui justa causa de destituição a violação grave dos deveres de administração e a incapacidade ou inaptidão para o exercício das funções, tal como versam respetivamente o n.º 6 do art.º 257.º CSC e o n.º 4 do art.º 403.º do CSC. Consideramos que, tal como expõe o Professor António Pereira de Almeida, apesar da diferente terminologia, os termos incapacidade e inaptidão referir-se-ão "*à falta de competência técnica para o exercício das funções de administração na sociedade em causa, tendo em conta a sua dimensão e características*" (Almeida, 2013:276).

Efetivamente o conceito de justa causa é muito amplo, uma vez que a lei não define critérios taxativos de justa causa.

Nesse sentido, para uma melhor caracterização deste conceito, importa recorrer quer, à doutrina, quer à jurisprudência.

Uma vez que a justa causa de destituição é um conceito indeterminado, teremos de aferir esse conceito através dos deveres de diligência e de lealdade definidos no art. 64.º CSC. Mediante os padrões de conduta diligente, definidos nesse preceito, poderemos identificar um comportamento revelador de incompetência, negligência grave e continuada, falta de critério e de ordenação, no exercício das funções que se insiram no quadro da sua competência⁶¹.

O conceito de justa causa compreende um elemento subjectivo que se traduz num comportamento culposos, grave, e violador de determinados deveres e um elemento objectivo que impossibilita ou justifica a não manutenção da relação existente. Ou seja, quando sejam

⁶⁰ Acórdão do STJ, processo n.º 04B1218, de 20-05-2014.

⁶¹ Pinto Furtado in "Curso de Direito das Sociedades", 4ª ed. – 367.

apurados factos/atos que impossibilitem a continuação da relação de confiança que o exercício do cargo supõe, isto é, quando dos factos apurados resulte uma situação em face da qual, segundo a boa fé, não seja exigível à sociedade a continuação da relação contratual com o administrador⁶². Coutinho de Abreu define justa causa, em tese geral, como sendo:

“A situação que, atendendo aos interesses da sociedade e do administrador, torna inexigível àquele manter a relação orgânica com este, designadamente porque o administrador violou gravemente os seus deveres, ou revelou incapacidade ou ficou incapacitado para o exercício normal das suas funções” (Abreu, 2005/2006: 155)⁶³.

A justa causa tem um carácter especial, consubstanciando-se numa quebra de confiança por razões justificadas, entre a sociedade e a respetiva administração⁶⁴.

O acórdão do TRL de 06-12-2012, considerou que a violação dos deveres de diligência, lealdade e informação, impossibilitando a continuação da relação de confiança que o exercício do cargo supõe (não sendo exigível à sociedade, segundo os ditames de boa fé, a continuação da relação contratual), preenche o conceito de justa causa de destituição⁶⁵.

No mesmo sentido, o acórdão do STJ, de 30-09-2014, vem dizer que:

“Constitui justa de causa de gerente, atuação sua que exprima violação grave dos deveres de gerente, mormente, dos deveres de cuidado, de diligência e de lealdade, que impliquem perda irreparável da confiança dos afetados por essa atuação, seja no contexto interno da sociedade, seja na sua relação com terceiros a justificar a impossibilidade da manutenção do vínculo que o une ao ente societário, por existir conflito de interesses gerador de danos efetivos ou potenciais, que devam ser consideradas razão inequívoca da inexigibilidade da manutenção daquele vínculo jurídico. A lei alemã alude a “*grosseira violação dos deveres, incapacidade de condução regular dos negócios ou privação da confiança...*”, ou seja, quando “*a confiança por manifestos e im procedentes fundamentos foi destruída*”.

⁶² Acórdão do STJ, de 12/08/2016, Acórdão da Relação de Lisboa 14/2/95, in BMJ 444650 e Acórdão da Relação de Lisboa, de 18/11/99 in www.dgsi.pt.

⁶³ A ideia central da noção de inexigibilidade é pacífica na Alemanha. A enumeração exemplificativa dos fundamentos da justa causa coincide no essencial com a prevista nos artigos 257.º n.º 6 e 403.º n.º 4, que por sua vez, coincide com o previsto na legislação alemã.

⁶⁴ Acórdão STJ, de 11-07-2006 e Acórdão STJ, de 13-03-2003, in www.dgsi.pt.

⁶⁵ Acórdão do TRL, de 06-12-2012.

Contudo, no que se refere à violação de deveres, em algumas situações, a própria lei comina o comportamento dos administradores com a possibilidade de destituição com justa de causa, das quais citamos os seguintes exemplos:

- i. Do disposto no art.º 254.º n.º 1 e do art.º 398.º n.º 3 CSC resulta que sem consentimento dos sócios ou autorização da assembleia geral, os administradores não podem exercer por conta própria ou alheia, atividade concorrente da sociedade, comportamento que entre outras consequências, constitui justa causa de destituição, conforme resulta do disposto nos artigos 254.º n.º 5 e 398.º n.º 5 CSC.
- ii. A não comunicação à sociedade, com culpa, da posse, aquisição, oneração ou cessação de titularidade de ações e obrigações, tal como previsto no art.º 447.º n.º 8 CSC.
- iii. Ou o abuso de informação nos termos dos artigos 449.º n.º 4 CSC e 450.º CSC.

Quanto ao ónus da prova dos factos que integram a justa causa, a jurisprudência divide-se. Podemos citar acórdãos que defendem que é ao administrador destituído que compete a prova da inexistência de justa causa⁶⁶, e outros acórdãos que consideram que compete à sociedade o ónus da prova⁶⁷.

⁶⁶ Acórdão da Relação de Coimbra de 28-05-1991, in Col. Jur, 1991, III, pág. 77 e segs. e acórdão STJ de 23-06-1992, in B.M.J., n.º 418 (1992), pág. 803 e segs..

⁶⁷ Acórdãos STJ de 16-05-2000 in B.M.J, 497, págs. 396 e segs. e de 11-07-2006, Col. Jur., 2006, II, pág. 141.

Capítulo VIII - As ações de responsabilidade

8.1. Enquadramento

Verificados os pressupostos da responsabilidade civil dos administradores, estes podem ser processados, em benefício da sociedade, pela própria sociedade ou pelos seus sócios.

Ou seja, pode ser proposta uma ação pela própria sociedade, ou pelos sócios detentores de uma percentagem mínima de capital social. Em ambas as situações, pretende-se que os administradores visados sejam condenados pela gestão deficiente que promoveram, e o consequente ressarcimento dos danos sofridos pela sociedade. De seguida, indicaremos os dois tipos de ação a que nos referimos.

8.2. Ação da sociedade

Conforme resulta do vertido no n.º 1 do art.º 75.º CSC, a “*ação de responsabilidade proposta pela sociedade depende de deliberação dos sócios*”. Com efeito, para que se delibere a propositura da ação, os sócios têm duas opções:

- a) No caso das sociedades anónimas, requerem a convocação de uma assembleia geral para apreciação da conduta dos administradores, nos termos do n.º 1 do art.º 23.º-A do CVM ou no n.º 2 do art.º 375.º CSC, devendo o requerimento ser subscrito por 2% ou 5% dos acionistas, consoantes a sociedade seja cotada ou não cotada. Quanto às sociedades por quotas, resulta do disposto no n.º 2 do art.º 248.º CSC, que qualquer sócio, independentemente, da participação que detenha no capital social, poderá requerer a convocação da assembleia geral com essa finalidade.
- b) Como estabelece o n.º 2 do art.º 72.º CSC, aproveitam uma assembleia geral anual, convocada para apreciação de contas e aplicação de resultados, ainda que esse assunto, não conste da respetiva convocatória.

Mais acresce referir, que a deliberação deve ser formada pela maioria dos votos presentes, não sendo esta regra derogável estatutariamente, e a ação deverá ser proposta no prazo de seis meses a contar da referida deliberação.

Dada a sensibilidade desta matéria, e os conflitos de interesses que muitas vezes se verificam, a lei permite que os sócios que aprovam a propositura desta ação, designem um ou mais *representantes especiais*, para reclamar a indemnização correspondente aos danos sofridos pela sociedade. Caso os sócios não designem tais representantes, ou se justifique a sua

substituição, o tribunal, a requerimento de um ou mais sócios, que possuam, pelo menos, 5% do capital social, nomeará “*pessoa ou pessoas diferentes daquelas a quem cabe normalmente a sua representação*”.

8.3. Ação Social *ut singuli*

A lei, nos termos do art.º 77.º CSC, permite que os sócios, que individual ou conjuntamente, sejam titulares de 5% do capital de uma sociedade não cotada ou de 2% de uma sociedade cotada, proponham uma ação social de responsabilidade contra administradores, “*com vista à reparação, a favor da sociedade, do prejuízo que esta tenha sofrido, quando a mesma a não haja solicitado*”. Trata-se ainda assim, de uma ação social, na medida em que “*aproveita à sociedade e indiretamente a todos os sócios e não apenas àqueles que a promoveram*” (Almeida, 2013:305).

Tem sido discutido, se antes de recorrerem a este tipo de ação, os sócios têm de tentar o recurso à ação proposta pela sociedade, ou se é suficiente aguardar que a sociedade nada faça no prazo estabelecido para requerer à assembleia geral, aprovar a propositura da ação social *ut singuli* e apresentá-la no tribunal.

Paulo Olavo Cunha considera que será suficiente aguardar que a sociedade nada faça, porque não sendo proposta a ação em nome da sociedade, num prazo razoável, porque a maioria a rejeitou, “*faz sentido conferir efetividade ao direito de os sócios o poderem fazer, em defesa dos interesses da sociedade, e, indiretamente, dos seus próprios, sem prejuízo da responsabilidade por danos que venham a causar infundadamente*” (Cunha, 2006:776).

O Professor António Pereira de Almeida considera este tipo de ação, uma ação subsidiária, dado que apenas poderá ser utilizada pelos sócios, quando a própria sociedade não tome a iniciativa de propor uma ação para responsabilização dos administradores. Dessa forma, resulta do disposto no art.º 608.º CC com o n.º 4 do art.º 77.º CSC, que tal como em qualquer ação sub-rogatória, a sociedade pode ser chamada a intervir na ação social *ut singuli*.

No acórdão STJ, processo 535/11, de 29-10-2015, o autor, na qualidade de sócio, demanda a ré, sócia-gerente da mesma sociedade, a fim de obter a sua condenação no pagamento, a favor da mesma, de uma quantia de que alegadamente se apropriou de forma indevida. O STJ vem considerar que essa ação tem “*natureza sub-rogatória*”, na medida em que o interessado direto na sua procedência não é o próprio autor, antes a sociedade. Mais acrescenta que na

eventualidade da procedência da acção, “*o interesse que daí advirá para o autor é de natureza reflexa ou mediata, na medida em que venha a ser efetivamente reintegrado o património da sociedade com a devolução do quantitativo de que a ré alegadamente se apropriou*”.

A lei prevê para tal acção de responsabilidade civil sub-rogação diversas especificidades que encontram justificação na natureza e no modo de funcionamento das sociedades comerciais, nos termos previstos nos arts. 72º e 77º do CSC.

Da mesma forma, ainda que os sócios que promovam esta acção, venham a perder essa qualidade, tal facto não impedirá o prosseguimento da acção (art.º 77.º n.º 3 CSC).

Importa ainda referir, que para salvaguardar eventuais abusos, os administradores, alegando que a acção foi proposta para prosseguir “*interesses diversos dos protegidos por lei*”, podem requerer que sobre a questão suscitada recaia decisão prévia ou que os autores prestem caução (art.º 77.º n.º 5 CSC).

8.4. Acção sub-rogação dos credores sociais

Verificando-se os pressupostos de responsabilidade civil dos administradores, pode acontecer que nem a sociedade, nem os sócios, por variados motivos, tomem a iniciativa de os acionar. Nessa situação, existe um terceiro tipo de acção social, à qual poderão recorrer os credores sociais.

Resulta da conjugação do art.º 78.º n.º 2 CSC, com os preceitos 606.º a 609.º do Código Civil, que os credores sociais se podem subrogar no exercício do direito de indemnização de que a sociedade seja titular, e não exerça, podendo, em lugar desta, acionar os seus administradores.

Trata-se de uma acção subsidiária, uma vez que, conforme já referimos, os credores apenas poderão recorrer a essa opção, caso a sociedade e os sócios, não recorram às acções judiciais que acima indicamos. Além disso, é também uma acção social, na medida em que tem como pressuposto, um prejuízo diretamente causado à sociedade e aproveita diretamente a esta.

Os pressupostos desta acção são os mesmos da responsabilidade dos administradores para com a sociedade, porquanto os credores agem na posição da sociedade. Em virtude disso, nos termos do disposto no n.º 1 do art.º 72.º CSC, neste tipo de acção, os credores não têm o ónus da prova da culpa dos administradores.

Os Deveres Gerais dos Administradores e a sua Responsabilidade Civil para com a Sociedade

Face ao exposto, também nestes casos, os administradores poderão invocar a causa de exclusão da responsabilidade, que resulta do disposto no n.º 5 do art.º 72.º CSC, a qual já tivemos oportunidade de desenvolver acima.

Conclusões

Ao concluir o nosso tema consideramos que se torna evidente a sua importância e o impacto do mesmo na vida societária.

Sem dúvida, trata-se de um tema de grande complexidade, existindo inúmeras opções de reflexão sobre o mesmo, o qual suscita posições divergentes, quer ao nível da doutrina, quer ao nível da jurisprudência.

No que se refere aos deveres dos administradores, o foco do nosso estudo foram os deveres gerais ou fundamentais dos administradores, consagrados no art.º 64.º CSC, e na consequente responsabilidade civil para com a sociedade, resultante da violação de tais deveres. Essa análise assume particular relevo na delimitação da atuação exigida aos administradores.

Verificamos ainda que o sistema de responsabilidade dos administradores nas sociedades comerciais resulta da conjugação do art.º 64.º com o art. 72.º e seguintes do CSC.

No domínio do regime dos deveres gerais dos administradores e da responsabilidade civil para com a sociedade, face à influência norte-americana, através dos princípios do *Corporate Governance*, verificaram-se importantes alterações legislativas, no ordenamento jurídico português, por força do decreto-lei 76-A/2006, de 29 de março. Esse diploma teve por escopo estabelecer os deveres fundamentais dos administradores, no art.º 64.º CSC, e consagrar a BJR no n.º 2 do art.º 72.º CSC. Com essas alterações, nasceram muitas esperanças de uma maior sindicabilidade por parte dos tribunais, quanto à análise da atuação dos administradores e consequente responsabilização.

Contudo, não só a jurisprudência portuguesa tem privilegiado o princípio da insindicabilidade do mérito das decisões empresariais, como tem sido pouco frequente a responsabilização dos administradores, nomeadamente perante a sociedade.

Mas ainda assim, conforme fizemos referência no nosso estudo, o acórdão do STJ, de 28 de fevereiro de 2013, trata de um caso concreto, em que a sociedade, autora, demanda o seu gerente, tendo o Tribunal tecido as seguintes conclusões:

- i. No exercício das suas funções os gerentes e/ou administradores são responsáveis pelos danos que, com preterição dos deveres legais ou contratuais (contrato de administração) causem.
- ii. Tal responsabilidade, prevista no artigo 72º, n.º 1, do CSC, é uma responsabilidade

contratual e subjectiva, que pressupõe a verificação dos pressupostos da responsabilidade civil: facto, ilícito, culpa, dano (danos emergentes e lucros cessantes) e nexos de causalidade.

- iii. De entre os deveres a que estão adstritos, os gerentes estão vinculados à observância dos deveres de diligência (definido em função de um padrão objectivo, de um gestor criterioso e ordenado), e de cuidado e lealdade, impondo-lhes que, no exercício das suas funções, não só se mostrem diligentes e zelosos, mas que também sejam informados e competentes.
- iv. Ao dever de lealdade costuma ser associado a obrigação de não concorrência, de não se aproveitar em benefício próprio de eventuais oportunidades de negócio, de não actuação em conflito de interesses com a sociedade protegida.
- v. A culpa presume-se, bastando ao autor a prova da violação dos deveres por parte do gerente, ao qual, para afastar tal pressuposto, incumbe provar que actuou tal como, naquelas circunstâncias, faria um gestor criterioso.
- vi. Viola os deveres de cuidado e de lealdade o gerente que, exercendo idênticas funções numa sociedade concorrente da autora, procede à integral dissipação da património social desta, vendendo parte à primeira, venda que teve por consequência a cessação de toda a actividade da última.
- vii. Não sendo possível fixar o valor exacto dos danos a indemnizar, tal facto não exclui a efectivação do direito à indemnização, sendo de deixar para liquidação, através da dedução do incidente a que alude o artigo 378º do CPC, o apuramento do seu montante.

Assim sendo, identificamos um caso de responsabilização dos administradores perante a sociedade, por dupla violação dos deveres gerais consagrados no art.º 64.º CSC, a saber, os deveres de cuidado e de lealdade.

Contudo, não podemos deixar de referir que apesar das alterações legislativas, verificadas em 2006, a redacção do disposto no art.º 64.º CSC continua a permitir uma certa subjetividade na sua análise e concretização.

Por outro lado, conforme tivemos ocasião de referir, temos dúvidas que a introdução do n.º 2 do art.º 72.º CSC tenha realmente constituído uma alteração significativa no nosso ordenamento jurídico. Mas ainda que assim seja, a sua redação tem permitido demasiadas posições divergentes, quanto à sua interpretação.

Possivelmente seria útil uma nova reflexão sobre essas normas, com vista à sua clarificação e aperfeiçoamento legislativos.

Tivemos ainda ocasião de abordar a situação particular dos administradores não executivos, relativamente aos quais, como refere a doutrina italiana, se verifica uma alteração no estatuto. Isso porque, por um lado, é excluída a responsabilidade dos administradores não executivos pelos atos ou omissões praticados no exercício das funções delegadas. Mas por outro lado, conforme refere a doutrina italiana, surge um diverso título de responsabilidade para esses administradores, resultante do dever de controlo, fiscalização ou vigilância geral da actuação dos administradores executivos ou delegados.

Assim sendo, onexo de causalidade existente entre os vários administradores, é limitado pela delegação de poderes, na medida em que esta atenua a responsabilidade dos administradores não delegados ou não executivos. Contudo, essa solidariedade volta a operar quando os administradores não executivos incumprem a obrigação de vigilância e de intervenção.

Consideramos que este dever de controlo, fiscalização ou vigilância geral dos administradores não executivos, assume um papel de grande relevância na salvaguarda da transparência e credibilidade, nas sociedades anónimas.

Ainda relativamente às sociedades anónimas, nomeadamente às *intuitus personae*, porquanto em Portugal, muitas dessas sociedades comerciais, se caracterizam por ser de pequena/média dimensão, de cariz familiar, e pelo facto de muitas os sócios dessas sociedades, serem também os membros da gerência ou conselho de administração, levantamos a questão, quanto a se o disposto no art.º 242.º CSC se aplica ou não a essas sociedades.

Nesse tipo de sociedades, não se pede apenas aos administradores, o cumprimento dos deveres fundamentais que resultam do art.º 64.º CSC, mas também se exige aos sócios, o cumprimento dos deveres de lealdade à prossecução do objeto social e à correspondente capacidade de realização do contrato de sociedade, nos termos dos art.º 6.º e art.º 11.º do CSC.

Por essa razão, concordamos com o Professor António Espírito Santo, quanto ao facto de a

não regulamentação do regime de exclusão para as sociedades anónimas, constituir uma lacuna legal. E nessa medida, sendo os pressupostos das sociedades anónimas *intuitus personae* idênticos aos das sociedades por quotas, poder-se-á fazer uma interpretação extensiva dos art.º 241.º e art.º 242.º do CSC, sobre a violação pelo acionista do seu dever de lealdade para com a sociedade ou comportamento perturbador do funcionamento da sociedade.

Esperando que este estudo possa contribuir para a reflexão das temáticas abordadas, deixamos uma última nota de esperança de que o direito das sociedades comerciais possa continuar a evoluir no sentido de promover sociedades mais transparentes, credíveis e competitivas.

Bibliografia

ABREU, J. M. COUTINHO DE - *“Reformas do Código das Sociedades”*, in Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Colóquios, n.º 3, Almedina, Coimbra, 2007, p. 14-47.

ABREU, J. M. COUTINHO DE - *“Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades”*, in Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Cadernos, n.º 5, Almedina, Coimbra, 2007.

ABREU, J. M. COUTINHO, *“Curso de Direito Comercial”*, Vol II – *Das sociedades*”, Almedina, Coimbra, Outubro 2003.

ALMEIDA, ANTÓNIO PEREIRA DE - *“Sociedades Comerciais, valores Mobiliários, Instrumentos Financeiros e Mercados”*, Volume I, 7.ª Edição, Coimbra Editora, 2013.

ALMEIDA, ANTÓNIO PEREIRA DE - *“A Business Judgement Rule”*, in I Congresso DSR, Almedina, Coimbra, 2011, p. 359-372.

BARREIROS, FILIPE - *“Responsabilidade Civil dos Administradores: Os Deveres Gerais e a Corporate Governance”*, Coimbra Editora, 2010.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES - *“Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Anónimas”*, Lisboa, Lex Editora, 1997.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES - *“Direito das Sociedades”*, Almedina, 3.ª Edição, 2011.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, *“Manual do Direito das Sociedades II”*, 2.ª Edição, 2007.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES – *“Tratado de Direito Civil”*, Edições Almedina, S.A., Coimbra, Vol. VIII, 2004.

CORREIA, MIGUEL PUPO - *“Direito Comercial”*, 6ª edição, página 544.

COSTA, RICARDO – *“Responsabilidade dos Administradores e Business Judgment Rule”* in *Reformas do Código das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 66 e segs.

FRADA, MANUEL CARNEIRO DA - *“A Business Judgement Rule no Quadro dos Deveres Gerais dos Administradores”* in *Jornadas Sociedades Abertas Valores Mobiliários e Intermediação Financeira*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 201-242.

JORGE, PESSOA, *“Lições de Direito das Obrigações”*, AAFDL, 1976.

LEITÃO, LUÍS MENEZES, *“Pressupostos da Exclusão de Sócio nas Sociedades Comerciais”*, AAFDL, 2004

LOURENÇO, NUNO CALAIM - *“Os Deveres de Administração e a Business Judgement Rule”*, Almedina, Coimbra, 2011.

NUNES, PEDRO CAETANO - *“Corporate Governance”*, Almedina Coimbra, 2006.

NUNES, PEDRO CAETANO - *“Responsabilidade Civil dos Administradores Perante os Acionistas”*, Almedina, 2001.

SANTO, ANTÓNIO ESPIRÍTO, *“Breves Notas sobre o Regime de Exclusão dos Acionistas em Sociedade Anónima”*

SERAFIM, SÓNIA DAS NEVES – *“Os Deveres Fundamentais dos Administradores: O Dever de Cuidado, A Business Judgement Rule e o Dever de Lealdade”*, Coimbra Editora, págs. 495 a 595.

SERENS, M. NOGUEIRA, *“Notas sobre sociedade anónima”*, 2.^a Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1997.

SILVA, CALVÃO DA SILVA, *“Corporate Governance – Responsabilidade civil de administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão*, in RLJ, ano 136.º (2006/2007).

TRIUNFANTE, ARMANDO MANUEL - *“Código das Sociedades Comerciais”*, página 62.

VARELA, ANTUNES - *“Das Obrigações em Geral”*, Volume I, 10^a edição, página 581.

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE - *“Business Judgement Rule, Dever de Cuidado e de Lealdade, Ilicitude e Culpa e o artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais”*, in DSR, Ano I, Vol. 2, Coimbra Almedina, 2009, p. 41-79.

VASCONCELOS, PEDRO PAIS, *“A Participação Social nas Sociedades Comerciais”*, Almedina, 2014.

VASCONCELOS, PEDRO PAIS DE, *“Responsabilidade Civil dos Gestores das Sociedades Comerciais”*, in *Direito das Sociedades em Revista*, Março 2009, Ano I, Vol. 1, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 11-32.

VARELA, ANTUNES, “*Das Obrigações em Geral*”, Volume I, 10ª edição, p. 581.

VENTURA, RAÚL E CORREIA, LUÍS BRITO, “*Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Anónimas e Gerentes de Sociedades por Quotas*”, Boletim do Ministério da Justiça n.º 193 (1970), pág. 5, BMJ n.º 194 (1970), pág. 5, BMJ n.º 195 (1970).

Jurisprudência

Acórdão do STJ, processo n.º 189/11, de 28-02-2013, in www.dgsi.pt

Acórdão do STJ, processo 535/11, de 29-10-2015, in www.dgsi.pt

acórdão do STJ, processo n.º 04B1218, de 20-05-2014, in www.dgsi.pt

Acórdão da Relação do Porto, processo n.º 202/08, de 28-06-2010, in www.dgsi.pt

Acórdão da Relação de Lisboa, processo n.º 5314/06, de 11-11-2014, in www.dgsi.pt

Acórdão da Relação de Guimarães, processo n.º de 14-03-2013, in www.dgsi.pt

Acórdão da Relação do Porto, processo n.º 202/08, de 28-06-2010, in www.dgsi.pt

Acórdão do STJ, de 12-08-2016, in www.dgsi.pt

Acórdão da Relação de Lisboa, de 18-11-99, in www.dgsi.pt

Acórdão STJ, de 11-07-2006, in www.dgsi.pt

Acórdão STJ, de 13-03-2003, in www.dgsi.pt

Acórdão do TRL, de 06-12-2012, in www.dgsi.pt

Acórdão do STJ, de 30-09-2014, www.dgsi.pt

Acórdão da Relação de Lisboa, processo n.º de 14-02-95, in BMJ 444650

Legislação

Decreto-lei n.º 49 381, de 15 de novembro de 1969

Código das Sociedades Comerciais

Código Comercial

Código Civi