



**Escola de Ciências Sociais e Humanas**  
Departamento de Economia Política

*A Responsabilidade dos Administradores para com a  
Sociedade: O Princípio da Business Judgment Rule e a sua  
transposição para o Ordenamento Jurídico Português*

Sara Cristina Santos Silva do Nascimento Minhalma

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito das  
Empresas e do Trabalho, especialização em Direito das Sociedades Comerciais

Orientador:

Professor Doutor Manuel António Pita, Professor Auxiliar  
ISCTE – Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa

Outubro, 2017

A Responsabilidade dos Administradores para com a Sociedade: O Princípio da *Business Judgment Rule* e a sua transposição para o Ordenamento Jurídico Português



**Escola de Ciências Sociais e Humanas**

Departamento de Economia Política

*A Responsabilidade dos Administradores para com a  
Sociedade: O Princípio da Business Judgment Rule e a sua  
transposição para o Ordenamento Jurídico Português*

Sara Cristina Santos Silva do Nascimento Minhalma

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito das Empresas e do Trabalho, especialização em Direito das Sociedades Comerciais

Orientador:

Professor Doutor Manuel António Pita, Professor Auxiliar  
ISCTE – Instituto Superior de Ciências do Trabalho e da Empresa

Outubro, 2017

*Aos meus queridos pais, por todo o amor e apoio incondicionais, ao longo da minha vida pessoal e no meu percurso académico.*

*Ao João, pelo apoio, por acreditares em mim e me incentivares a ser melhor diariamente.*

## **Agradecimentos**

Em primeiro lugar, um agradecimento muito especial ao Professor Doutor Manuel António Pita, orientador da minha dissertação, pela sua disponibilidade, ajuda e transmissão de conhecimentos, que foram imprescindíveis para o desenvolvimento e conclusão do presente estudo.

Principalmente, tenho a agradecer à minha mãe e ao meu pai, pelo amor incondicional e encorajamento diários, por me incentivarem a ultrapassar todos os obstáculos e a alcançar com sucesso todas as etapas da minha vida pessoal, profissional e académica.

À minha restante família, só tenho a agradecer pelo carinho e apoio que me oferecem desde sempre, em todas as fases da minha vida.

Agradeço, também, a ti João, pelo amor, carinho e paciência de ficares fechado em casa comigo nos longos dias e noites de elaboração da minha dissertação, a dar-me sempre muito apoio e energia positiva.

A todos os que, direta ou indiretamente, contribuíram para a realização desta dissertação de mestrado, os meus sinceros agradecimentos.

## Resumo

A responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade constitui um tema de grande importância, dada a crescente globalização do mercado internacional e a consequente necessidade de promover a liberdade de escolha, a criatividade, a inovação e o empreendedorismo dos administradores na tomada de decisões empresariais que visam a obtenção de lucro.

A discricionariedade empresarial deve ser limitada por critérios gerais de conduta exigíveis aos administradores, com o intuito de evitar os atos negligentes de má gestão societária, e encontram-se consagrados no atual artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais.

Os Princípios da *Corporate Governance* de origem norte-americana, influenciaram a consagração dos deveres gerais dos administradores na lei societária portuguesa, correspondendo ao regime substantivo utilizado para aferir a responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade.

A regra da *business judgment rule* oriunda da jurisprudência norte-americana, que visa excluir a valoração do mérito das decisões empresariais dos administradores, independentemente do seu resultado, foi transposta para o ordenamento jurídico português no n.º 2, do artigo 72.º do Código das Sociedades Comerciais.

A forma dessa transposição e o sentido da *business judgment rule* dado pela introdução do novo preceito, tem sido alvo de grande controvérsia na doutrina portuguesa, dado que parece elencar uma causa de exclusão da responsabilidade dos administradores.

Para afastar a responsabilidade civil dos administradores, é necessário conjugar o n.º 2, do artigo 72.º do Código das Sociedades Comerciais, com o regime substantivo dos deveres gerais dos administradores previsto no artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais.

**Palavras-Chave:** responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade, deveres gerais dos administradores, *business judgment rule* e causa de exclusão da responsabilidade dos administradores.

## Abstract

The civil liability of the directors to the society is a very important theme, given the increasing of international market globalization and the consequent need to promote the freedom of choice, the creativity, the innovation and the entrepreneurship of directors in the corporate decision taking to obtain profit.

The corporate discretion must be limited by general criteria of conduct due the directors, to avoid the negligent acts of corporate mismanagement, that are established on the actual article 64.º of the Commercial Company Code.

The Principles of Corporate Governance originally from North America, influenced the establishment of the director's general duties in the portuguese corporate law, that corresponds to the substantive regime used to assess the civil liability of the directors to the society.

The *business judgment rule* originally from the North America case law, that intends to exclude the evaluation of the merit of the director's corporate decisions, in spite of its results, was transposed to the portuguese law system to the n.º 2, of article 72.º of the Commercial Company Code.

The transposition form and the meaning of the *business judgment rule* introduced by the new rule, has been a matter of controversy in the portuguese doctrine, because it seems to establish a cause of exclusion of director's civil liability.

To remove the director's civil liability, it's necessary to combine the n.º 2, of article 72.º of Commercial Company Code, with the substantive regime of directors general duties established in the article 64.º of Commercial Company Code.

**Keywords:** civil liability of the directors to the society, directors general duties, business judgment rule and cause of exclusion of director's civil liability.

## **Modo de Citação**

Na primeira vez em que se fizer menção a uma referência bibliográfica, são citados todos os elementos que identificam a obra, conforme consta da Bibliografia no final da dissertação.

Nas menções seguintes da mesma obra, apenas se fará a citação do apelido, nome do autor e ano, seguindo-se a expressão “*ob. cit.*” e a (s) página (s) da obra, exceto se para o mesmo autor for referida mais do que uma obra na presente dissertação

Nesses casos, são citados todos os elementos das referências bibliográficas, para evitar a confusão de obras citadas.

## Índice

|  |    |
|--|----|
| Introdução.....  | 1  |
| Capítulo I - A Business Judgment Rule no Sistema Societário Norte-Americano .....  | 1  |
| Secção I - Breve Abordagem aos Princípios da Corporate Governance do Regime Jurídico Norte-Americano .....   | 1  |
| Secção II - A Regra da Business Judgment Rule como Limitação da Responsabilidade dos Administradores.....  | 5  |
| Capítulo II - Os Deveres Fundamentais dos Administradores no Sistema Jurídico Português 11   |    |
| Secção I – Breve Abordagem às Sucessivas Reformas do Código das Sociedades Comerciais e as suas Repercussões no Quadro dos Deveres Fundamentais dos Administradores..... | 11 |
| Secção II - O Dever de Cuidado .....   | 13 |
| Secção III - O Dever de Diligência .....   | 19 |
| Secção IV - O Dever de Lealdade .....  | 25 |
| (i) A Conceção de Interesse Social .....   | 30 |
| (ii) A Problemática da Ponderação de Interesses.....   | 35 |
| Capítulo III - A Responsabilidade Civil Dos Administradores para com a Sociedade.....  | 43 |
| Secção I - Da Natureza da Responsabilidade Civil dos Administradores .....   | 45 |
| Secção II - Os Pressupostos da Responsabilidade Civil dos Administradores.....   | 46 |
| Secção III - A Business Judgment Rule no Ordenamento Jurídico Português.....   | 48 |
| (i) O novo n.º 2, do artigo 72.º do Código das Sociedades Comerciais.....  | 48 |
| (ii) Pressupostos e Aplicabilidade da Business Judgment Rule.....  | 52 |
| (iii) O n.º 2, do artigo 72.º do Código das Sociedade Comerciais: Causa de Exclusão da Ilicitude ou da Culpa? .....  | 58 |
| Capítulo IV - Outros Casos de Inexistência de Responsabilidade Civil .....   | 67 |
| Capítulo V - Concretização da Responsabilidade Civil .....   | 71 |
| Secção I - Acção Social “Ut Universi” .....  | 71 |



A Responsabilidade dos Administradores para com a Sociedade: O Princípio da *Business Judgment Rule* e a sua transposição para o Ordenamento Jurídico Português

|   |    |
|---|----|
| Secção II - Acção Social “Ut Singuli” .....                 | 72 |
| Secção III - Acção Sub-Rogatória dos Credores Sociais ..... | 73 |
| Conclusão .....   | 75 |
| Referências Bibliográficas .....                            | 79 |

## Glossário de Siglas

Ac. - Acórdão

al. - Alínea

art. – Artigo

AKTG - *Aktiengesetz*

CC - Código Civil

CEE – Comunidade Económica Europeia

Cfr. – Confrontar (disposições legais)

CIRE – Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas

CMVM – Comissão de Mercado de Valores Mobiliários

CSC - Código das Sociedades Comerciais

i.e. – Isto é

n.º - Número

ob. cit. – Obra Citada

p. – Página

pp. – Páginas

v. - *versus*

Vol. - Volume

## Introdução

A presente dissertação foi realizada no âmbito do Mestrado em Direito das Empresas e do Trabalho, na área de especialização em Direito das Sociedades Comerciais e tem como tema de investigação “*A Responsabilidade dos Administradores para com a Sociedade: O Princípio da Business Judgment Rule e a sua transposição para o Ordenamento Jurídico Português*”.

No contexto do mercado internacional cada vez mais competitivo, com o intuito de fomentar o empreendedorismo, a criatividade e a inovação empresariais tendo vista a obtenção de lucros, a tomada de decisões empresariais caracteriza-se pela discricionariedade e pela assunção de riscos.

No entanto, a atuação dos gestores face a estas condições não deve ser negligente ou ter por base atos de má gestão, existindo normas ou padrões de conduta exigíveis e próprias das suas funções de gestão, que devem balizar a liberdade de escolha empresarial, sob pena de virem a ser condenados em sede de responsabilidade civil.

O presente estudo da responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade irá incidir, essencialmente, sobre duas vertentes fundamentais.

Em primeiro lugar, será efetuada uma exposição sucinta sobre os Princípios da *Corporate Governance* do sistema societário norte-americano, dada a sua influência na delimitação dos deveres gerais de conduta consagrados na redação atual do artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais, que constituem o regime substantivo da responsabilidade civil dos administradores.

Em segundo, analisar-se-á o princípio da *business judgment rule* que visa excluir a valoração do mérito das decisões empresariais, limitando a responsabilidade civil dos administradores. Será feita referência à sua origem, aos pressupostos e âmbito de aplicação à luz da doutrina e jurisprudência norte-americanas, contrapondo-se a forma como forma como essa regra foi transposta para o ordenamento jurídico português, caracterizada por divergências doutrinárias quanto ao seu sentido e orientação, que resulta das diferentes interpretações feitas

ao n.º 2, do artigo 72.º do Código das Sociedades Comerciais, introduzido pelo Decreto-lei n.º 76-A/2006, de 29 de março.

A doutrina portuguesa diverge quanto à classificação da *business judgment rule* no direito societário português e, conseqüentemente, relativamente à interpretação do n.º 2, do artigo 72.º do CSC, surgindo várias questões sobre esta problemática: Deverá este preceito ser entendido como uma presunção de ilicitude contrariando a orientação clássica da *business judgment rule*? Ou será que consagra uma cláusula de exclusão da responsabilidade civil, que opera ao nível da ilicitude ou da culpa, ou de ambas? Poderá apenas ser entendida como um *standard* de conduta que permite afastar a responsabilidade civil dos administradores quando verificados os seus pressupostos de aplicação?

Sobre estas questões incidirá o debate doutrinário exposto ao longo da presente dissertação, chamando constantemente à discussão os deveres de conduta consagrados no artigo 64.º do CSC.

Na medida em que, para que a responsabilidade civil dos administradores possa ser afastada, é necessário conjugar o n.º 1, do artigo 64.º do CSC, que consagra os padrões de conduta exigíveis aos administradores no exercício das suas funções de gestão, com o n.º 2, do artigo 72.º do CSC, o qual elenca os requisitos formais/procedimentais da atuação dos administradores.

## Capítulo I - A *Business Judgment Rule* no Sistema Societário Norte-Americano

### Secção I - Breve Abordagem aos Princípios da *Corporate Governance* do Regime Jurídico Norte-Americano

A matéria da responsabilidade civil dos administradores é uma das mais cruciais no âmbito da *corporate law* dos Estados Unidos da América.

Dada a influência dos seus princípios nos deveres gerais consagrados no artigo 64.º do CSC, no âmbito da avaliação da responsabilidade civil dos administradores <sup>1</sup>, será feita uma exposição bastante sucinta sobre esta temática.

A *Corporate Governance* ou governo das sociedades é entendida por Coutinho de Abreu como “o complexo das regras (legais, estatutárias, jurisprudenciais, deontológicas), instrumentos e questões respeitantes à administração e ao controlo (ou fiscalização) das sociedades” <sup>2</sup>.

O *corporate governance movement* teve início nos Estados Unidos da América na década de 70, do século passado, alastrando-se posteriormente à Europa <sup>3</sup>.

Surgiu, essencialmente, da necessidade de controlar o exercício da atividade empresarial dos administradores e de prevenir a má gestão sem, no entanto, limitar a assunção de riscos e a liberdade de escolha na tomada de decisões empresariais do sistema corporativo norte-americano, fortemente marcado pela elevada litigância ao nível da responsabilidade civil dos administradores.

Os *Principles of Corporate Law* foram adotados e promulgados, em 13 de maio de 1992, pelo *American Law Institute* <sup>4</sup> e constituem um modelo de regulamentação jurídica sobre variados temas de *corporate law* e uma tentativa de unificação *do corporate law* norte-

---

<sup>1</sup> A palavra “administradores” será utilizada para designar, simultaneamente, os gerentes das sociedades por quotas e os administradores das sociedades anónimas.

<sup>2</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Governança das Sociedades Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 5;

<sup>3</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Governança das Sociedades Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 7;

<sup>4</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 25, nota 17;

americano <sup>5</sup>. São designados por *soft law*, na medida em que não consubstanciam uma lei, mas correspondem a uma proposta de regulamentação que poderá ser acolhida quer pelos tribunais, quer pelos legisladores estaduais e pela sociedade civil <sup>6</sup>.

São os deveres gerais dos administradores, os denominados *fiduciary duties*, que estão na base do regime substantivo da responsabilidade civil dos administradores no sistema norte-americano <sup>7</sup>: os administradores são *fiduciaries*, na medida em que exercem a atividade societária com base numa relação de confiança e lealdade estabelecida com a sociedade <sup>8</sup>, segundo normas de conduta que lhe são exigíveis.

Assim, o leque dos deveres fiduciários dos administradores no direito norte-americano abrange, designadamente: o *duty of care* (dever de cuidado ou diligência em sentido lato <sup>9</sup>), o *duty of loyalty* ou *duty of fair dealing* (dever de lealdade) e ainda o *duty to act lawfully* (dever de agir de acordo com a lei) <sup>10</sup>.

A Sentença da 3.<sup>a</sup> Vara Cível de Lisboa, de 27-10-2003, processo n.º 208/99, define concretamente em que consiste cada um desses deveres e as suas diversas manifestações.

Assim, recorrendo à exposição da matéria de direito da supra mencionada sentença, o *duty of care* consiste no dever dos administradores cumprirem com diligência as obrigações derivadas das suas funções, o qual decorre da regra moral do *law of negligence*, que impõe a obrigação moral de cumprir o seu dever com diligência, dado o risco de danos que a sua conduta pode causar à sociedade <sup>11</sup>.

O *duty of care* abrange os seguintes deveres, nomeadamente:

- a) O *duty to monitor*, que impõe ao administrador um controlo da informação, uma vigilância, através de um sistema de controlo da informação, designado por *monitoring procedures* (que é suscetível de ser delegado) <sup>12</sup>;

---

<sup>5</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 25, nota 17;

<sup>6</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 25, nota 17;

<sup>7</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 22;

<sup>8</sup> Barreiros, Filipe, *Responsabilidade Civil dos Administradores: Os Deveres Gerais e a Corporate Governance*, Dissertação de Mestrado em Direito das Empresas, Coimbra, Wolters Kluwer Coimbra Editora, 2010, p. 39;

<sup>9</sup> Barreiros, Filipe (2010), *ob. cit.*, p. 40;

<sup>10</sup> Barreiros, Filipe (2010), *ob. cit.*, p. 40;

<sup>11</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 22;

<sup>12</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 22;

- b) O *duty to inquiry*, que impõe ao administrador a realização de uma investigação sempre que tome conhecimento de factos que possam causar danos à sociedade<sup>13</sup> ;
- c) O administrador tem ainda o dever de realizar uma *reasonable decision*, isto é, uma decisão ponderada e equitativa<sup>14</sup>;
- d) No processo tendente à tomada de decisão, o administrador deve também observar o *reasonable decisionmaking process*, nomeadamente, deve obter a informação suficiente e razoável para o habilitar a tomar uma boa decisão<sup>15</sup>. O processo de obtenção de informação, o denominado *process due care*, varia de acordo com uma série de fatores a ter em conta, como a complexidade da decisão, as alternativas de escolha possíveis, os custos inerentes a essa decisão e o tempo disponível, que poderá ser escasso e não permitir a obtenção de informação suficiente para a tomada de uma boa decisão<sup>16</sup>.

Relativamente ao *duty of loyalty* ou *duty of fair dealing*, este dever impõe ao administrador uma atuação correta no exercício das suas funções, impondo que o administrador aja no interesse exclusivo da sociedade e dos acionistas, dando primazia aos interesses desta, face aos seus interesses pessoais<sup>17</sup>.

A parte IV, dos *Principles of Corporate Governance* debruça-se sobre o *dever de cuidado* e a *business judgment rule*, designadamente<sup>18</sup>:

“§ 4.01 *Duty of Care of Directors and Officers; the Business Judgment Rule:*

(a) *A director or officer has a duty to the corporation to perform the director’s or officer’s functions in good faith, in a manner that he or she reasonably believes to be in the best interests of the corporation, and with the care that an ordinarily prudent person would reasonably be expected to exercise in a like position and under similar circumstances. This Subsection (a) is subject to the provisions of Subsection (c) (the business judgment rule) where applicable.*

---

<sup>13</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 22;

<sup>14</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 22;

<sup>15</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 22;

<sup>16</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 22-23;

<sup>17</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 23;

<sup>18</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 25-26, nota 17;

- (1) *The duty in Subsection (a) includes the obligation to make, or cause to be made, an inquiry when, but only when, the circumstances would alert a reasonable director or officer reasonably believes to be necessary.*
  - (2) *In performing any of his or her functions (including oversight functions), a director or officer is entitled to rely on materials and persons in accordance with §§ 4.02 and 4.03 (reliance on directors, officers, employees, experts, other persons, and committees of the board).*
- (b) *Except as otherwise provided by statute or by a standard of the corporation and subject to the board's ultimate responsibility for oversight, in performing its functions (including oversight functions), the board may delegate, formally or informally by course of conduct, any function (including the function of identifying matters requiring the attention of the board) to committees of the board or to directors, officers, employees, experts, other persons; a director may rely on such committees and persons in fulfilling the duty under this Section with respect to any delegated function if the reliance is in accordance with §§ 4.02 and 4.03.*
- (c) *A director or officer who makes a business judgment in good faith fulfills the duty under this Section if the director or officer:*
- (1) *Is not interested in the subject of the business judgment;*
  - (2) *Is not informed with respect to the subject of the business judgment to the extent the director or officer reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and*
  - (3) *Rationally believes that the business judgment rule is in the best interests of the corporation.*
- (d) *A person challenging the conduct of a director or officer under this Section has the burden of providing a breach of the duty of care, including the inapplicability of the provisions as to the fulfillment of the duty under Subsection (b) or (c), and, in a damage action, the burden of providing that the breach was the legal cause of damage suffered by the corporation".*<sup>19</sup>

De acordo com o supra exposto na secção 4.01 dos *Principles of Corporate Governance*, o administrador tem o dever de exercer as suas funções com boa-fé, convicto de que atua no melhor interesse para a sociedade e o com o cuidado com que uma pessoa normalmente

---

<sup>19</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 25-26, nota 17;



prudente e numa posição e circunstâncias similares atuaria. Destaque para o *duty to inquiry* e o *duty to monitor* previstos também nesta secção dos *Principles of Corporate Governance*.

A *business judgment rule* é mencionada neste parágrafo, por referência ao *duty of care* dos *Principles of Corporate Governance*, constitui uma regra que limita a responsabilidade dos administradores no sistema societário norte-americano, a qual será objeto de análise na secção seguinte da presente dissertação.

## **Secção II - A Regra da Business Judgment Rule como Limitação da Responsabilidade dos Administradores**

A *business judgment rule* surge no segundo quartel do século XIX e foi desenvolvida pela jurisprudência dos Estados Unidos da América <sup>20</sup>, tendo sido posteriormente consagrada pelo *American Law Institute* nos *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations* <sup>21</sup>, nomeadamente no subparágrafo (c), da *section 4.01* (“*Duty of Care and Business Judgment Rule*”), já transcrito e mencionado anteriormente.

Não obstante vir mencionada nos *Principles of Corporate Governance*, a *business judgment rule* encontra-se, também, referenciada no *Model Business Corporation Act*, elaborado pelo *Committee on Corporate Laws of the American Bar Association’s Section of Business Law* e promulgado em 1950, que corresponde a um modelo de estatutos societário <sup>22</sup>.

Enquanto que a secção 8.30 (“*Standards of Conduct for Directors*”) prevê as regras gerais de conduta dos administradores, designadamente, o dever de agir de boa fé, com a crença razoável de que atuam no melhor interesse da sociedade <sup>23</sup>, a secção 8.31 (“*Standards of Liability for Directors*”) estabelece os critérios de avaliação da responsabilidade dos administradores e refere a *business judgment rule* como uma presunção de licitude, cuja aplicação decorre da verificação dos mesmos <sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, Cadernos, n.º 5, Coimbra, Almedina, 2007, p. 36;

<sup>21</sup> Barreiros, Filipe (2010), *ob. cit.*, pp. 93-94;

<sup>22</sup> Rocha, Liliana Barcelos, *A Responsabilidade dos Administradores e a Business Judgment Rule*, Dissertação de Mestrado em Direito das Empresas, Lisboa, ISCTE, 2014, p. 40;

<sup>23</sup> Rocha, Liliana Barcelos (2014), *ob. cit.*, p. 10;

<sup>24</sup> Rocha, Liliana Barcelos (2014), *ob. cit.*, p. 40;

Assim, a regra da *business judgment rule* é fundamental no contexto do *duty of care*, apresentando formulações diversas dadas pela jurisprudência e doutrina norte-americanas<sup>25</sup>.

O Supremo Tribunal de Delaware, em 1971, na decisão *Sinclair Oil Company v. Levien*, referiu que a *business judgment rule* “*protege as decisões empresariais, desde que possam ser justificadas por um qualquer propósito empresarial racional (“can be attributed to any rational business proposal”)*”<sup>26</sup>.

A decisão tomada também por este Supremo Tribunal, no caso *Aronson v. Lewis*, em 1984, descreve a *business judgment rule* como “*uma presunção de que, ao adotarem uma decisão empresarial, os administradores atuaram em termos informados, de boa fé e na convicção honesta de que a ação prosseguida é do melhor interesse da sociedade*”<sup>27</sup>. Nesta decisão foi dado ênfase ao dever de obter informação razoável no decurso do processo de decisão para que os administradores possam socorrer-se da aplicação da *business judgment rule*<sup>28</sup>.

Melvin Eisenberg, por seu lado, critica a jurisprudência que consagra a *business judgment rule* como uma presunção, considerando esta regra como um *standard of review*<sup>29</sup>, que avalia a racionalidade substancial das decisões empresariais de forma a afastar a responsabilidade e a sua sindicância por parte dos tribunais, aplicável quando verificadas as condições enunciadas na secção 4.01, (c), dos *Principles of Corporate Governance*, nomeadamente: *quando uma decisão é tomada, de boa-fé e sem qualquer interesse pessoal dos directors ou officers, de forma razoavelmente informada e na convicção de que essa decisão foi apropriada às circunstâncias e racionalmente no melhor interesse da sociedade*”<sup>30</sup>.

Para este autor, sendo a *business judgment rule* um *standard of review*, o dever de cuidado constitui um *standard of conduct* que estabelece a forma como os administradores

---

<sup>25</sup> Eisenberg, Melvin Aron, “An Overview of The Principles of Corporate Governance”, *The Business Lawyer*, (Online), Vol. 48, Berkeley Law, 1993, Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3024&context=facpubs>, 02-09-2017, p. 1281;

<sup>26</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Dissertação de Doutoramento, Coimbra, Almedina, 2012, p. 272;

<sup>27</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Dissertação de Doutoramento, Coimbra, Almedina, 2012, p. 273;

<sup>28</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Dissertação de Doutoramento, Coimbra, Almedina, 2012, p. 273;

<sup>29</sup> Eisenberg, Melvin Aron (1993), *ob. cit.*, pp. 1282-1284;

<sup>30</sup> Eisenberg, Melvin Aron (1993), *ob. cit.*, pp. 1281-1282;

devem atuar para a tomada de decisões razoáveis, através da obtenção de informação no processo de decisão <sup>31</sup>.

O conceito e âmbito de aplicação da *business judgment rule* no direito norte-americano é também objeto de análise na doutrina portuguesa.

No entendimento de Gabriela Figueiredo Dias, a *business judgment rule* é uma regra que visa proteger os administradores face a uma eventual responsabilidade pessoal para com a sociedade <sup>32</sup> e “*surge sob a forma de uma presunção de licitude, ilidível mediante prova em contrário a produzir pelo lesado*” <sup>33</sup>, presunção ou *safe harbour rule*, que se justifica pelo contexto de elevada litigância existente no sistema norte-americano, no âmbito de julgar a conduta dos administradores das sociedades <sup>34</sup>.

Também António Pereira de Almeida considera que a *business judgment rule* funciona como um *safe harbour*, pois “*conforta os administradores contra os riscos da administração da sociedade*”<sup>35</sup>, permitindo-lhes tomar decisões mais inovadoras e com maior grau de incerteza <sup>36</sup>.

Sustenta, também, que a *business judgment rule* tem o propósito de fazer com que os administradores não se abstenham de tomar decisões arriscadas nem pratiquem uma *administração defensiva* <sup>37</sup>, com receio de virem a ser responsabilizados por eventuais danos causados à sociedade resultantes das suas decisões.

No entanto este autor, à semelhança de Coutinho de Abreu <sup>38</sup> e de Melvin Eisenberg <sup>39</sup> não considera que a *business judgment rule* no sistema norte-americano consagra uma

---

<sup>31</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Dissertação de Doutoramento, Coimbra, Almedina, 2012, p. 277;

<sup>32</sup> Dias, Gabriela Figueiredo, *Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil (Após a Reforma do Código das Sociedades Comerciais)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 71;

<sup>33</sup> Dias, Gabriela Figueiredo (2006), *ob. cit.*, p. 71;

<sup>34</sup> Dias, Gabriela Figueiredo (2006), *ob. cit.*, p. 71;

<sup>35</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários E Mercados*, 6.<sup>a</sup> Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 282;

<sup>36</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários E Mercados*, 6.<sup>a</sup> Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 282;

<sup>37</sup> Almeida, António Pereira de, “A Business Judgment Rule”, *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 395;

<sup>38</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, Cadernos, n.º 5, Coimbra, Almedina, 2007, p. 42;

<sup>39</sup> Eisenberg, Melvin Aron (1993), *ob. cit.*, pp. 1283-1284;

presunção de licitude, uma vez que os *Principles of Corporate Governance* não se referem a qualquer *presumption* <sup>40</sup>.

Filipe Barreiros designa a *business judgment rule* como uma “*regra de análise e julgamento da conduta e mérito das decisões empresariais do gestor (gerentes e administradores)*” <sup>41</sup>, que visa “*consagrar uma presunção de licitude dos atos dos administradores, libertando os tribunais da análise do mérito das decisões dos administradores, procurando fomentar o estímulo e o empreendedorismo dos administradores*” <sup>42</sup>, “*limitando a sua responsabilidade, de forma a não inibir a adoção de decisões arriscadas e o dinamismo empresarial*” <sup>43</sup>.

A *business judgment rule* assume-se, assim, no panorama jus societário norte-americano, como uma regra que exclui a valoração pelos tribunais do mérito das decisões dos administradores e constitui uma restrição da sua responsabilidade <sup>44</sup>.

A anteriormente mencionada sentença da 3.<sup>a</sup> Vara Cível de Lisboa, de 27-10-2003, processo n.º 208/99, descreve os fundamentos subjacentes à regra da *business judgment rule* no direito norte-americano, designadamente<sup>45</sup>:

*“Em primeiro lugar, os juízes não possuem informação específica na área de gestão empresarial, pelo que a sua análise do mérito das decisões empresariais poderia ser desastrosa. (...) Em segundo lugar, porque a análise realizada pelos tribunais é redutora. É difícil carrear para os processos judiciais todos os factos que importa pesar nas decisões empresariais. Mas este é um problema genérico da função jurisdicional. Em terceiro lugar a análise ex post do mérito da decisão empresarial é muitas vezes entorpecida pelos dados referentes aos resultados da decisão. Uma decisão empresarial com maus resultados pode ser uma excelente decisão no momento da sua prolação, dado que é próprio das empresas estarem sujeitas ao risco. (...) É ainda apontado o argumento de que a atividade profissional de gestão empresarial não é dotada de modelos de comportamento suficientemente definidos, pelo que é difícil igualmente aos administradores exercerem sua defesa quando os resultados das decisões*

---

<sup>40</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários E Mercados*, 6.<sup>a</sup> Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 284;

<sup>41</sup> Barreiros, Filipe (2010), *ob. cit.*, p. 93;

<sup>42</sup> Barreiros, Filipe (2010), *ob. cit.*, p. 92;

<sup>43</sup> Barreiros, Filipe (2010), *ob. cit.*, p. 93;

<sup>44</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 23;

<sup>45</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 21-26;

*são negativos. Mas o argumento essencial é o que é economicamente desejável a tomada de decisões arriscadas, sendo que um sistema em que fosse exercido um apertado controlo judicial ex post das decisões empresariais inibiria os administradores de tomarem decisões arriscadas. É preferível incentivar os administradores a tomarem decisões arriscadas, exigindo no entanto que se informem devidamente antes de tomar essas decisões. (...)*”

Pelo exposto, concluímos que a exclusão da avaliação do mérito das decisões empresariais pelos tribunais norte-americanos fundamenta-se essencialmente no seguinte: por um lado, os juízes não possuem conhecimentos na área da gestão empresarial e a sua análise seria redutora dada a dificuldade em carrear para o processo todos os factos que estiveram na base da tomada da decisão empresarial; por outro, o tribunal tenderia, inevitavelmente, a avaliar os maus resultados da decisão que causassem prejuízos elevados para a sociedade e não a forma como a mesma foi tomada (o processo de obtenção da informação adequada e profissional), o que inibiria os administradores de tomar decisões arriscadas.

Coutinho de Abreu designa a *business judgment rule* como a regra da decisão empresarial que significa que “o mérito de certas decisões dos administradores não é julgado pelos tribunais com base em critérios de “razoabilidade”, mas segundo critério de avaliação exceccionalmente limitado: o administrador será civilmente responsável somente quando a decisão for considerada (nos termos da formulação dominante) “irracional””<sup>46</sup>.

Assim, para este autor a *business judgment rule* visa, para garantia da discricionariedade do administrador no âmbito da tomada de decisões, limitar notavelmente a sindicabilidade judicial do mérito das decisões de gestão, uma vez que o tribunal avaliará segundo um critério de “irracionalidade”<sup>47</sup>.

Ainda citando a opinião de Gabriela Figueiredo Dias, a *business judgment rule* pressupõe que as decisões e opções empresariais que os administradores tomam no exercício das suas funções de gestão societária acarretam riscos associados, daí que os administradores possam apenas ser responsabilizados pelo *modo* como tomaram essas decisões e não pelo *resultado* direto delas, independentemente de terem causado danos para a sociedade<sup>48</sup>.

---

<sup>46</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, Cadernos, n.º 5, Coimbra, Almedina, 2007, p. 37;

<sup>47</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, Cadernos, n.º 5, Coimbra, Almedina, 2007, p. 44;

<sup>48</sup> Dias, Gabriela Figueiredo (2006), *ob. cit.*, p. 76;

A *business judgment rule* tem vindo a ser recebida na doutrina e jurisprudência de vários países <sup>49</sup>, tendo sido introduzida pelo legislador alemão no 1.º parágrafo, do § do 93 da *Aktiengesetz*, que atualmente tem a seguinte redação, traduzida: “*Não há violação do dever se o membro da direção, em uma decisão empresarial, pôde crer, razoavelmente que atuava com base em informação adequada para o bem da sociedade.*”<sup>50</sup>.

Em Portugal, a forma e o sentido da transposição desta regra para o nosso ordenamento jurídico será objeto desta investigação, num capítulo mais adiante da presente dissertação.

---

<sup>49</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, Cadernos, n.º 5, Coimbra, Almedina, 2007, p. 39;

<sup>50</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, Cadernos, n.º 5, Coimbra, Almedina, 2007, p. 39;

## **Capítulo II - Os Deveres Fundamentais dos Administradores no Sistema Jurídico Português**

No entendimento de Ricardo Costa, a gestão de sociedades é caracterizada pela assunção de riscos na tomada de decisões empresariais com vista à obtenção de lucros, devendo ser balizada pelas normas de conduta que vinculam os administradores no exercício correto das suas funções.<sup>51</sup>

Releva para o estudo da responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade a análise dos deveres fundamentais consagrados no artigo 64.º do CSC, que consagra o elenco normativo de conduta que define os comportamentos exigíveis aos administradores no exercício da atividade societária.

Deste modo, ao logo deste capítulo irão ser abordados os deveres de cuidado, diligência e lealdade previstos na lei societária portuguesa e a sua influência proveniente do sistema jurídico norte-americano, dada a sua relevância para aferir a responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade.

### **Secção I – Breve Abordagem às Sucessivas Reformas do Código das Sociedades Comerciais e as suas Repercussões no Quadro dos Deveres Fundamentais dos Administradores**

O n.º 1 do artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 49381, de 15 de novembro de 1969, dispunha que: “*Os administradores da sociedade são obrigados a empregar a diligência de um gestor criterioso e ordenado*”<sup>52</sup>.

Este preceito estabeleceu o dever de diligência dos gestores no exercício das suas funções, cuja influência direta se reporta ao parágrafo 84 da AKTG, de 1937, e ao parágrafo 93 do AKTG de 1965<sup>53</sup>, aplicando-se tanto aos gerentes das sociedades por quotas como aos

---

<sup>51</sup> Costa, Ricardo, “Deveres gerais dos administradores e “gestor criterioso e ordenado””, *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 160;

<sup>52</sup> Cordeiro, António Menezes, *Direito das Sociedades I, Parte Geral*, 3.ª Edição Ampliada e Atualizada, Coimbra, Almedina, 2011 pág. 852;

<sup>53</sup> Cunha, Tânia Meireles da, *Da Responsabilidade dos Gestores de Sociedades Perante os Credores Sociais, A Culpa na Responsabilidade Civil e Tributária*, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2009, pág. 37;

administradores das sociedades anónimas, numa tentativa de instituir um capítulo sobre a responsabilidade civil.<sup>54</sup>

A redação dada ao artigo 64.º, anterior à reforma de 2006 do Código das Sociedades Comerciais, introduzida pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de setembro, incorporou o anterior preceito, instituindo o critério abstrato do “*gestor criterioso e ordenado*”, para avaliar a diligência com que os administradores pautavam a sua atuação, no exercício das suas funções de gestão das sociedades<sup>55</sup>.

Assim, dispunha o referido artigo 64.º que: “*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*”<sup>56</sup>.

Pela análise da segunda parte do supra transcrito preceito, constata-se a introdução da obrigação dos administradores respeitarem o interesse social, face à ponderação dos interesses dos sócios e dos trabalhadores.<sup>57</sup>

Contudo, foi a atual redação dada ao artigo 64.º do CSC, pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março, que consagrou os deveres fundamentais de conduta impostos aos administradores para o exercício de uma correta administração/gestão da sociedade, o qual se transcreve:

“ 1 – *Os gerentes ou administradores da sociedade devem observar:*

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

2 – *Os titulares de órgãos sociais com funções de fiscalização devem observar deveres de cuidado, empregando para o efeito elevados padrões de diligência profissional e deveres de lealdade, no interesse da sociedade.*”

---

<sup>54</sup> Cordeiro, António Menezes (2011), *ob. cit.*, p. 842;

<sup>55</sup> Cordeiro, António Menezes (2011), *ob. cit.*, p. 842;

<sup>56</sup> Cordeiro, António Menezes (2011), *ob. cit.*, p. 842;

<sup>57</sup> Cunha, Tânia Meireles da (2009), *ob. cit.*, p. 46;



A alínea a), do n.º 1, do artigo 64.º do CSC, além de consagrar o *dever de diligência*, introduz o *dever de cuidado*, ou o chamado *dever de diligência em sentido estrito*<sup>58</sup>, enquanto que a alínea b) do mesmo preceito, prevê o *dever de lealdade*, com destaque para a prossecução do interesse social, tendo em conta a ponderação dos interesses dos demais interessados.

Por outro lado, o n.º 2 introduz os deveres que os órgãos com funções de fiscalização devem observar no âmbito das suas funções<sup>59</sup>.

Estes deveres fundamentais têm origem e influência anglo-saxónica nos *fiduciary duties* e constituem o *duty of care* e o *duty of loyalty*.

São deveres legais gerais, correspondem a cláusulas abstratas de comportamento que se adaptam, caso a caso, como normação da conduta devida, pautando a atuação dos administradores no exercício das suas funções de gestão das sociedades<sup>60</sup>, os quais serão devidamente abordados nas secções que se seguem do presente capítulo.

## **Secção II - O Dever de Cuidado**

O dever de cuidado ou *duty of care*, dado a influência norte-americana dos *Principles of Corporate Governance*, encontra-se previsto na primeira parte, da alínea a), do n.º 1, do artigo 64.º do CSC, designadamente:

“1 – Os gerentes ou administradores da sociedade deve observar:

a) *Deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado.*”

Verificam-se algumas mudanças do preceito face à sua redação anterior à reforma de 2006 do Código das Sociedades Comerciais, uma vez que, além da introdução de “*deveres de cuidado*”, os administradores devem possuir como qualidades a *disponibilidade, competência*

---

<sup>58</sup> Cunha, Tânia Meireles da (2009), *ob. cit.*, p.52;

<sup>59</sup> Triunfante, Armando Manuel, *Código das Sociedades Comerciais Anotado (Anotações a Todos os Preceitos Alterados)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 59;

<sup>60</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, IDET, Vol. I, Códigos, n.º 1, Coimbra, Almedina, 2011, p. 728;

*técnica e conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções, a par da exigência da diligência do gestor criterioso e ordenado na sua atuação*<sup>61</sup>.

Ricardo costa define o dever de cuidado como a “*obrigação de os administradores cumprirem com diligência as obrigações derivadas do seu ofício-função, de acordo com o máximo interesse da sociedade e com o cuidado que se espera de uma pessoa medianamente prudente em circunstâncias e situações similares*”<sup>62</sup>.

Conforme resulta do disposto no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 05-02-2009, processo n.º 0835545, tal obrigação implica que “*os administradores não-de aplicar nas atividades de organização, decisão e controlo societários o tempo, esforço e conhecimento requeridos pela natureza das funções, as competências específicas e as circunstâncias*”<sup>63</sup>

O dever de cuidado, ou também designado dever de diligência em sentido estrito<sup>64</sup>, constitui um conceito subjetivo e abstrato, na medida em que deve ser concretizado mediante a análise das suas três manifestações autonomizáveis elencadas no supra citado preceito, designadamente: *a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade*, adequados às suas funções.

Ainda na opinião de Ricardo Costa, para a concretização do dever de cuidado, interessa também ter em conta outras circunstâncias que devem assistir a análise em concreto da conduta dos administradores, nomeadamente: *o tipo, objeto e dimensão da sociedade, o fim económico da atividade social, a natureza e a importância (amplitude) da decisão e/ou negócio e o seu enquadramento na gestão corrente ou na gestão extraordinária, o tempo disponível para obter a informação, a confiança dos administradores naqueles que examinaram o assunto e o apresentaram no conselho, o estado da atividade da empresa social naquele momento, o número de decisões que foi necessário tomar naquele período, os tipos de comportamentos adotados naquele tipo de situações, a experiência do administrador, as funções do administrador (executivas ou não, delegadas ou não), e a sua especialidade técnica, entre outras*<sup>65</sup>.

No exercício das suas funções de gestão da sociedade, os administradores devem possuir *a disponibilidade e a competência técnica* que, segundo Filipe Barreiros, “*implica que as*

---

<sup>61</sup> Câmara, Paulo *et al*, *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, Coimbra, Almedina, 2008, p. 273;

<sup>62</sup> Costa, Ricardo (2011), *ob. cit.*, p. 165;

<sup>63</sup> Costa, Ricardo (2011), *ob. cit.*, p. 165;

<sup>64</sup> Cunha, Tânia Meireles da (2009), *ob. cit.*, p. 52;

<sup>65</sup> Costa, Ricardo (2011), *ob. cit.*, p. 166;

*peçoas nomeadas para o cargo devem logo à partida fazer uma auto-avaliação em relação às suas capacidades e ao tempo que tem para dedicar à sociedade, antes de o aceitarem.*”<sup>66</sup>.

Esta avaliação das condições pessoais e profissionais, que deve ter em conta o tipo, a dimensão, o objeto e a área de atuação da sociedade, deve ser feita num duplo sentido: quer pelo administrador, no momento em que aceita o cargo e as funções a ele inerentes, de forma a não incorrer em “*culpa in acceptando*”<sup>67</sup>; quer pelos sócios que o designam para o cargo, sob pena de incorrerem, nos termos do artigo 83.º do CSC, na designada “*culpa in eligendo*”<sup>68</sup>.

No entendimento de António Pereira de Almeida, o dever de cuidado tem início “*logo no momento da aceitação das funções de administração*”<sup>69</sup>, no qual o administrador tem de fazer a sua autoavaliação, no sentido de aferir se reúne *a disponibilidade e a competência técnica* necessárias ao exercício das suas funções, no âmbito da atividade societária em concreto, que é bem mais exigente quando se trata de sociedades abertas admitidas à negociação em mercado regulamentado, cotadas em bolsa, onde se verifica uma maior distância entre os administradores e os acionistas e/ou o público.<sup>70</sup>

Quanto à terceira manifestação do dever de cuidado, *o conhecimento da atividade da sociedade*, verifica-se claramente a influência dos *Principles of Corporate Governance* oriundos do sistema jurídico norte-americano, na esfera dos subdeveres em que se desdobra o *duty of care*, designadamente:

- a) O ***duty to monitor***, que se traduz na obrigação do administrador “*acompanhar e vigiar a atividade social da empresa*”<sup>71</sup>, mediante “*um sistema de vigilância de controlo da informação e de procedimentos de monitorização*”<sup>72</sup>, os designados *monitoring procedures*. Trata-se de um verdadeiro dever de vigilância, que permite um controlo da informação e da atividade económica e organizacional da sociedade, que é suscetível de delegação. A violação do dever de vigilância e de monitorização

---

<sup>66</sup> Barreiros, Filipe (2010), Costa, *ob. cit.*, p. 55;

<sup>67</sup> Barreiros, Filipe (2010), Costa, *ob. cit.*, p. 55;

<sup>68</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários E Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 257;

<sup>69</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários E Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 256;

<sup>70</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários E Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 257;

<sup>71</sup> Barreiros, Filipe (2010), Costa, *ob. cit.*, p. 56;

<sup>72</sup> Barreiros, Filipe (2010), Costa, *ob. cit.*, p. 41;

verificados na avaliação da conduta dos administradores, constitui uma fonte de responsabilidade civil para com a sociedade;

- b) O *duty to inquiry*, que consiste no dever de os administradores promoverem uma investigação cuidada quando tomem conhecimento de factos que possam a vir causar potenciais danos à sociedade.<sup>73</sup>

Sobre esta matéria, entende António Pereira de Almeida que *o conhecimento da atividade da sociedade* por parte dos administradores após a aceitação das suas funções, desdobra-se no *duty to monitor* e no eventual *duty to inquiry* conforme acima se descreveu, assim como no *process due care*, que consiste na “*obrigação de obter a informação necessária para o habilitar a tomar uma decisão ponderada*”<sup>74</sup>.

No processo de tomada de uma determinada decisão empresarial, os administradores devem obter, de forma cuidada e profissional, a informação suficiente e adequada ao caso concreto, de forma a estarem aptos para tomar uma decisão ponderada - o designado *reasonable decision making process*.

O *process due care* varia de acordo com alguns critérios, conforme já se expôs anteriormente, nomeadamente, a complexidade, o grau de risco da decisão, assim como a urgência e necessidade da rapidez da decisão.<sup>75</sup>

Por outro lado, segundo Coutinho de Abreu o dever de cuidado, tal como se encontra previsto na alínea a), do n.º 1, do artigo 64.º do CSC, apresenta-se “*algo imperfeito*”<sup>76</sup>, uma vez que, por um lado, existem outras manifestações deste dever além das mencionadas no preceito e, por outro, “*acaba por remeter para “a diligência de um gestor criterioso e ordenado”, que é a formulação mais genéricas do dever de cuidado e abrangente daquelas precisões*”<sup>77</sup>.

Assim, para este autor, o dever de cuidado decompõe-se nas seguintes manifestações ou subdeveres:

---

<sup>73</sup> Barreiros, Filipe (2010), Costa, *ob. cit.*, p. 41;

<sup>74</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários E Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 257;

<sup>75</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários E Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 257;

<sup>76</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 20;

<sup>77</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 20;

a) O dever de controlo ou vigilância organizativo-funcional, que se traduz na “obrigação dos administradores prestarem atenção à evolução económico-financeira da sociedade e ao desempenho de quem a gere”<sup>78</sup>, mediante a produção ou solicitação da informação necessária para uma vigilância mais eficaz sobre a atividade social, evitando, assim, os atos de má gestão. Neste sentido, o administrador necessita de ter a “disponibilidade” suficiente para se inteirar/tomar “conhecimento da atividade societária”, atendendo ao disposto na alínea a), do n.º 1, do artigo 64.º do CSC;

b) O dever de atuação procedimentalmente correta (para tomada de decisões), que se traduz num dever procedimental de preparação adequada para a tomada de decisões, através da recolha de informação razoavelmente disponível, tendo em conta algumas circunstâncias, designadamente, a importância e o tempo disponibilizados na decisão, assim como o custo da informação e o enquadramento da decisão na gestão corrente ou extraordinária<sup>79</sup>;

c) O dever de tomar decisões (substancialmente) razoáveis, que significa que o administrador na tomada de decisões não deve ultrapassar os limites da discricionariedade empresarial, devendo pautar-se por critérios de racionalidade empresarial e dotar-se dos conhecimentos técnicos/profissionais adequados, tendo em conta o circunstancialismo da dimensão e objeto da sociedade, optando sempre pela opção mais razoável e ponderada, sempre compatível com o interesse social<sup>80</sup>. Este dever impõe aos administradores a obrigação de *não dissipar o património social* e de *evitar riscos desmedidos*, devendo certificar-se sempre que a pior decisão possível não conduzirá à ruína da sociedade.<sup>81</sup> Aqui releva a “competência técnica” elencada na alínea a), do n.º 1, do artigo 64.º do CSC, pois, para gerir razoavelmente a sociedade, os administradores devem possuir os conhecimentos adequados e serem capazes de os aplicar, tendo sempre em conta o circunstancialismo concreto de cada caso (o objeto, a dimensão da sociedade, assim como as suas funções e especialidade)<sup>82</sup>.

---

<sup>78</sup> Coelho, Ulhoa Fábio e Maria de Fátima Ribeiro (coord.) *et al*, *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 134;

<sup>79</sup> Coelho, Ulhoa Fábio e Maria de Fátima Ribeiro (coord.) *et al*, *ob. cit.*, p. 134-135;

<sup>80</sup> Coelho, Ulhoa Fábio e Maria de Fátima Ribeiro (coord.) *et al*, *ob. cit.*, p. 135;

<sup>81</sup> Coelho, Ulhoa Fábio e Maria de Fátima Ribeiro (coord.) *et al*, *ob. cit.*, p. 135;

<sup>82</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 22;

Conclui este autor que, os factos que desrespeitam o dever de cuidado são ilícitos e culposos, quando não se verifica a diligência prevista naquele preceito<sup>83</sup>.

Ricardo Costa partilha da opinião de Coutinho de Abreu, quanto às manifestações do dever de cuidado mencionadas no artigo 64.º, n.º 1, alínea a) do CSC, nomeadamente, a “*disponibilidade*”, “*competência técnica*” e “*conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções*”: estas não são as verdadeiras manifestações autónomas do dever de cuidado ou, admitindo que o são, são imperfeitas e insuficientes<sup>84</sup>, na medida em que constituem qualidades essenciais na *densificação do padrão do “gestor criterioso e ordenado”*<sup>85</sup>, contribuindo também para a avaliação das decisões dos administradores<sup>86</sup>.

Assim, as principais manifestações do dever de cuidado para Ricardo Costa, são, nomeadamente: o dever de controlar ou vigiar a atividade da sociedade (as suas políticas, práticas, etc.)<sup>87</sup> e o dever de informar e investigar as informações adquiridas, suscetíveis de causar eventuais danos à sociedade, através de sistemas de vigilância (solicitação ou produção de informação), sendo que ambos podem absorver-se mutuamente gerando um único subdever, o designado dever de controlar e vigiar a evolução económico-financeira da sociedade e o desempenho dos gestores sobre a atuação dos restantes administradores, trabalhadores e colaboradores com funções de gestão.<sup>88</sup>

Constituem, ainda, para este autor, subdeveres do dever de cuidado, o denominado *reasonable decisionmaking process*, isto é, o dever de obter a informação suficiente e razoável que habilite o administrador a tomar uma boa decisão, assim como o dever de tomar decisões substancialmente razoáveis e ponderadas<sup>89</sup>, no âmbito de um catálogo mais ou menos discricionário de alternativas possíveis<sup>90</sup>, a designada *reasonable decision*.

Segundo Tânia Meireles da Cunha, o dever de cuidado tem na sua génese os mesmos subdeveres do *duty of care* no âmbito do direito anglo-saxónico, isto é, “*o dever de o administrador de informar devidamente para instruir a tomada de decisões, o dever de*

---

<sup>83</sup> Coelho, Ulhoa Fábio e Maria de Fátima Ribeiro (coord.) *et al*, *ob. cit.*, p. 136;

<sup>84</sup> Costa, Ricardo (2011), *ob. cit.*, p. 165;

<sup>85</sup> Costa, Ricardo (2011), *ob. cit.*, p. 166;

<sup>86</sup> Costa, Ricardo (2011), *ob. cit.*, pp. 165-166;

<sup>87</sup> Costa, Ricardo (2011), *ob. cit.*, p. 160;

<sup>88</sup> Costa, Ricardo (2011), *ob. cit.*, p. 165;

<sup>89</sup> Costa, Ricardo (2011), *ob. cit.*, p. 167;

<sup>90</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 59;

*acompanhar e vigiar, a razoabilidade do percurso de decisão e a razoabilidade da decisão”*<sup>91</sup>.

Na opinião de Armando Triunfante, o dever de cuidado pode ser dividido em três parcelas distintas<sup>92</sup>, nomeadamente: “*reunião da competência e disponibilidade para o exercício das funções; obrigação de acompanhar e vigiar a atividade social; obrigação de obter informação indispensável à tomada de decisões*”<sup>93</sup>. Considera os deveres de cuidado consagrados na alínea a), do n.º 1, do artigo 64.º do CSC, a medida de diligência que deve ser adotada pelos titulares dos órgãos sociais<sup>94</sup>, isto é, um “*gestor criterioso e ordenado*” deve ter como qualidades a “*competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade*”<sup>95</sup>, dever que será melhor aprofundado na secção seguinte.

Carneiro da Frada entende que as manifestações do dever de cuidado elencadas na primeira parte da alínea a), do n.º 1, do artigo 64.º do CSC, constituem “*descrições do comportamento objetivamente exigível do administrador*”<sup>96</sup>.

Conclui-se, então, que o dever de cuidado se cinge ao *modo* como os administradores devem desempenhar as suas funções de gestão, sendo que a sua violação releva em termos de ilicitude em sede de responsabilidade civil dos administradores.

### **Secção III - O Dever de Diligência**

O dever de diligência encontra-se previsto na parte final da alínea a), do n.º 1, do artigo 64.º do CSC, e consagra o critério abstrato, influenciado pelo direito societário alemão<sup>97</sup>, do “*gestor criterioso e ordenado*”, que os administradores devem observar no exercício das suas funções e na tomada de decisões de gestão empresarial.

---

<sup>91</sup> Cunha, Tânia Meireles da (2009), *ob. cit.*, p.52;

<sup>92</sup> Triunfante, Armando Manuel (2007), *ob. cit.*, p. 60;

<sup>93</sup> Triunfante, Armando Manuel (2007), *ob. cit.*, p. 60;

<sup>94</sup> Triunfante, Armando Manuel (2007), *ob. cit.*, p. 60;

<sup>95</sup> Triunfante, Armando Manuel (2007), *ob. cit.*, p. 60;

<sup>96</sup> Frada, Manuel A. Carneiro da, “A Business Judgment Rule no Quadro dos Deveres Gerais dos Administradores”, Revista da Ordem dos Advogados, (Online), Ano 67, Vol. I, 2007, Disponível em: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-i-jan-2007/doutrina/manuel-a-carneiro-da-frada-a-business-judgement-rule-no-quadro-dos-deveres-gerais-dos-administradores/>, 06-11-2016, p. 3;

<sup>97</sup> Barreiros, Filipe (2010), Costa, *ob. cit.*, p. 58;

Na redação anterior à reforma de 2006, o artigo 64.º do CSC já mencionava o dever de diligência: “*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*”<sup>98</sup>.

Conforme já se referiu anteriormente, verifica-se que a primeira parte deste preceito foi parcialmente importada do n.º 1, do artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 49381, de 15 de Novembro (“...os administradores da sociedade são obrigados a empregar a diligência de um gestor criterioso e ordenado”)<sup>99</sup>, enquanto que a segunda parte teve a nítida influência do § 7, do AktG de 1937 e da proposta da 5.ª Diretiva relativa ao artigo 54.º, parágrafo 3, alínea g), do Tratado da CEE (1983), no âmbito da estrutura das sociedades anónimas e dos poderes e obrigações dos seus órgãos<sup>100</sup>.

Para Tânia Meireles da Cunha, a primeira parte do artigo 64.º do CSC antes da reforma de 2006, estabelecia o critério abstrato e indeterminado do “*gestor criterioso e ordenado*”, como um “*padrão de avaliação da diligência, de avaliação do comportamento devido pelo gestor*”<sup>101</sup>, que não pode ser confundido com o critério do *bom pai de família* consagrado no n.º 2, do artigo 487.º do Código Civil, porquanto não é exigido ao administrador a atuação característica do homem médio, mas sim uma atuação própria de um gestor criterioso e ordenado, que possui ou deve tentar adquirir determinadas capacidades técnicas e profissionais e conhecimentos adequados às funções que lhe competem, consistindo num critério mais exigente e rigoroso<sup>102</sup>.

No mesmo sentido, sustenta António Pereira de Almeida que o critério do “*gestor criterioso e ordenado*” não se confunde com o padrão comumente utilizado em sede de responsabilidade civil, previsto nos artigos 487.º, n.º 2 e 799.º do CC, do “*bonus pater familiae*”, pois trata-se de um conceito mais amplo que implica uma maior discricionariedade, que serve também para avaliar a justa causa de destituição de gerentes e a culpabilidade em sede de responsabilidade civil dos administradores.<sup>103</sup>

---

<sup>98</sup> Cunha, Tânia Meireles da (2009), *ob. cit.*, p. 36;

<sup>99</sup> Cunha, Tânia Meireles da (2009), *ob. cit.*, p. 37;

<sup>100</sup> Cunha, Tânia Meireles da (2009), *ob. cit.*, p. 37;

<sup>101</sup> Cunha, Tânia Meireles da (2009), *ob. cit.*, p. 37;

<sup>102</sup> Cunha, Tânia Meireles da (2009), *ob. cit.*, p. 38;

<sup>103</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários E Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 259;



Ainda no entendimento de Tânia Meireles da Cunha, o conceito de diligência está associado ao conceito de zelo<sup>104</sup> e no âmbito do sentido normativo desta norma dado por Fernando Pessoa Jorge “*a diligência tanto intervém em sede de definição de comportamentos necessários para a realização da prestação, como em sede de remoção de obstáculos ao cumprimento*”<sup>105</sup>.

Até à reforma de 2006 do CSC, a avaliação do (in)cumprimento do dever de diligência era efetuado através da conjugação das qualidades do gestor (objetivamente consideradas) com as especificidades da sociedade, não relevando as qualidades específicas do gestor (falta de conhecimento ou apetência para o exercício do cargo)<sup>106</sup>.

Entende a autora que, o dever de diligência na formulação anterior à Reforma de 2006 do CSC relevava quer em termos de ilicitude, quer em termos de culpa<sup>107</sup>.

Em sede de ilicitude, o recurso ao dever de diligência possibilitava estabelecer um padrão de atuação ao qual se reconduzia os atos concretos, na medida em que era impossível definir exaustivamente os deveres dos gestores<sup>108</sup>: o administrador praticava um ato ilícito quando o padrão da diligência fosse violado<sup>109</sup>.

No âmbito da culpa, através do critério da diligência de um gestor criterioso e ordenado, podia aferir-se se “*um determinado ato violador de um certo dever, i.e., se um determinado ato ilícito seria ou não culposos, na medida em que seria ou não praticado por um gerente, administrador ou diretor criterioso e ordenado*”<sup>110</sup>.

Com a atual redação do artigo 64.º, n.º 1, do CSC, introduzida pela Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março, Tânia Meireles da Cunha considera que ao anterior dever de diligência sucedem o dever de cuidado e o de lealdade, que constituem verdadeiras concretizações do dever de diligência em termos genéricos<sup>111</sup>.

Sendo que, a alínea a) do atual preceito contém a primeira decomposição do antigo dever de diligência, nomeadamente, *a observância dos deveres de cuidado ou diligência em sentido estrito*<sup>112</sup>.

---

<sup>104</sup> Cunha, Tânia Meireles da (2009), *ob. cit.*, p. 39;

<sup>105</sup> Cunha, Tânia Meireles da (2009), *ob. cit.*, p. 39;

<sup>106</sup> Cunha, Tânia Meireles da (2009), *ob. cit.*, pp. 39-40;

<sup>107</sup> Cunha, Tânia Meireles da (2009), *ob. cit.*, p. 41;

<sup>108</sup> Cunha, Tânia Meireles da (2009), *ob. cit.*, pp. 41-42;

<sup>109</sup> Cunha, Tânia Meireles da (2009), *ob. cit.*, p. 42;

<sup>110</sup> Cunha, Tânia Meireles da (2009), *ob. cit.*, p. 42;

<sup>111</sup> Cunha, Tânia Meireles da (2009), *ob. cit.*, p. 52;

<sup>112</sup> Cunha, Tânia Meireles da (2009), *ob. cit.*, p. 52;

Conclui a autora que, a parte final da alínea a) prevê o critério do gestor diligente e ordenado para aferir do grau de cuidado usado pelo administrador na sua atuação<sup>113</sup>.

Importa salientar que a responsabilidade dos administradores é subjetiva, pois funda-se sempre na culpa, ainda que esta seja presumida, conforme resulta do artigo 72.º, n.º 1 do CSC.

A diligência do gestor criterioso e ordenado assume-se como o critério abstrato na apreciação da culpa (e não como dever autónomo de conduta<sup>114</sup>) em sede de responsabilidade civil dos administradores da sociedade, na medida em que essa responsabilidade será afastada por ausência de culpa, sempre que o administrador tenha atuado como um gestor medianamente criterioso, em face das mesmas circunstâncias<sup>115</sup>.

Quando verificados os restantes pressupostos da responsabilidade civil (facto ilícito, dano e nexó de causalidade), incumbe ao administrador o ónus de provar a ausência de culpa da sua atuação, nomeadamente, a não violação dos deveres legais ou contratuais a que se encontra vinculado, ilidindo, assim, a presunção e, conseqüentemente, afastando a sua responsabilidade.

Segundo Ricardo Costa, que refere o entendimento da CMVM, a alínea a), do n.º 1, do artigo 64.º do CSC pode ser dividida em duas partes: a primeira integra uma “*cláusula geral de atuação cuidadosa*”, enquanto que a segunda consagra o “*critério de atuação diligente que serve de bitola do cumprimento daquela*”<sup>116</sup>.

Esta segunda parte diz respeito à diligência de um gestor criterioso e ordenado que se traduz num padrão procedimental, onde o dever de cuidado se manifesta e concretiza na tomada de decisões razoáveis e ponderadas<sup>117</sup>. Sendo que, o “*gestor criterioso e ordenado*” é o administrador disponível, competente técnica e profissionalmente, conhecedor da atividade da sociedade e sempre “*mediado pelas circunstâncias em que uma certa decisão foi tomada*”<sup>118</sup>.

---

<sup>113</sup> Cunha, Tânia Meireles da (2009), *ob. cit.*, p. 53;

<sup>114</sup> Lourenço, Nuno Calaim, *Os Deveres de Administração e a Business Judgment Rule*, Coimbra, Almedina, 2011, p. 16;

<sup>115</sup> É este o entendimento do Ac. do Supremo Tribunal de Justiça, de 28-02-2013, processo n.º 189/11.3TBCBR.C1.S1, Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>

<sup>116</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, IDET, Vol. I, Códigos, n.º 1, Coimbra, Almedina, 2011, p. 733;

<sup>117</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, IDET, Vol. I, Códigos, n.º 1, Coimbra, Almedina, 2011, p. 734;

<sup>118</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, IDET, Vol. I, Códigos, n.º 1, Coimbra, Almedina, 2011, p. 736;

Nuno Calaim Lourenço também sustenta que as qualidades subjetivas do dever de cuidado consagradas na primeira parte, da alínea a), do n.º 1, do artigo 64.º do CSC, são aferidas pelo padrão de diligência de “*um gestor criterioso e ordenado*”, que se traduz num critério de apreciação da culpa<sup>119</sup>.

Conclui Ricardo Costa que a avaliação da culpa e ilicitude da conduta do administrador, faz-se segundo “*a diligência exigível a um “gestor criterioso e ordenado” colocado nas circunstâncias concretas em que atuou e confrontado com as qualidades que revelou de acordo com o exigível*”<sup>120</sup>.

No mesmo sentido, Armando Triunfante menciona que, ao administrador não basta ser diligente e zeloso, como padrão abstrato na apreciação da culpa, sendo indispensável que possua a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade para que seja afastada a responsabilidade civil<sup>121</sup>, isto é, não releva apenas a “*diligência da vontade, mas também quanto aos conhecimentos e à capacidade ou aptidão exigíveis das pessoas*”<sup>122</sup>.

Para Calvão da Silva, não obstante se verificar no caso concreto a violação dos deveres legais ou contratuais, sempre que o administrador lograr demonstrar que atuou segundo a *diligência profissional devida*<sup>123</sup>, no cuidado exigível a um administrador razoável e prudente<sup>124</sup>, a sua conduta ilícita não será suscetível de juízo de censura e reprovação próprio da culpa<sup>125</sup>.

Entende, ainda, Gabriela Figueiredo Dias que é pressuposto do dever de diligência “*uma atuação informada, profissionalmente competente, da qual resulte que o administrador considerou, ao praticar um ato, todas as outras possibilidades alternativas e razoáveis de atuação, tendo optado por aquela que justificadamente (embora não necessariamente) lhe tenha surgido como a mais adequada*”<sup>126</sup>.

---

<sup>119</sup> Lourenço, Nuno Calaim (2011), *ob. cit.*, p. 16;

<sup>120</sup> Costa, Ricardo (2011), *ob. cit.*, p. 172;

<sup>121</sup> Triunfante, Armando Manuel (2007), *ob. cit.*, p. 62;

<sup>122</sup> Triunfante, Armando Manuel (2007), *ob. cit.*, p. 62;

<sup>123</sup> Silva, João Calvão da, “Responsabilidade Civil dos Administradores Não Executivos”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 67, Vol. I, Edição da Ordem dos Advogados, 2007, p. 147;

<sup>124</sup> Silva, João Calvão da (2007), *ob. cit.*, p. 147;

<sup>125</sup> Silva, João Calvão da (2007), *ob. cit.*, p. 147;

<sup>126</sup> Dias, Gabriela Figueiredo (2006), *ob. cit.*, pp. 43-44;

A conjuntura incerta<sup>127</sup> característica do mercado internacional atual, cada vez mais globalizado e extremamente volátil, onde o risco assume uma presença constante no dia-a-dia da gestão empresarial e da atividade societária, é propícia a que, muitas vezes, a tomada de decisões dos administradores, com múltiplas e complexas alternativas de decisão<sup>128</sup>, tenha resultados imprevisíveis de lucros ou prejuízos avultados para a sociedade<sup>129</sup>.

A discricionariedade empresarial é uma característica que se encontra presente na conduta e nas opções de escolha dos administradores, devendo ter por base um critério de diligência de um gestor criterioso e ordenado<sup>130</sup>.

Significa que os administradores devem decidir de forma ponderada, em termos esclarecidos de acordo com a informação recolhida e disponível e segundo critérios de razoabilidade<sup>131</sup>.

Pois, apesar da tomada de decisões empresariais se caracterizar pela assunção de riscos, em bom rigor, tais riscos estão limitados pelo quadro dos deveres de conduta que pautam a atuação dos administradores.

Neste sentido, é claramente visível a influência dos *Principles of Corporate Governance* oriundos do sistema norte-americano, nomeadamente: o dever de efetuar uma *reasonable decision*, isto é, uma decisão ponderada, razoável e informada, mediante um *reasonable decision making process*, ou seja, um processo de obtenção e recolha de todos os elementos de informação necessários, adequados e disponíveis que habilitem o administrador a tomar uma boa decisão<sup>132</sup>.

Contudo, no entendimento de Filipe Barreiros, os administradores “*devem tomar a melhor decisão possível face à informação que dispunham para a tomada dessa decisão*”<sup>133</sup>, que deve ser “*obtida de forma profissional e cuidada, para que os mesmos estejam habilitados a tomar uma decisão esclarecida, a tanto possível*”<sup>134</sup>.

Conclui que o próprio *process due care* na preparação prévia da tomada de decisão deve ser ponderado e esclarecido<sup>135</sup>.

---

<sup>127</sup> Lourenço, Nuno Calaim (2011), *ob. cit.*, p. 21;

<sup>128</sup> Lourenço, Nuno Calaim (2011), *ob. cit.*, p. 21;

<sup>129</sup> Barreiros, Filipe (2010), Costa, *ob. cit.*, p. 58;

<sup>130</sup> Barreiros, Filipe (2010), Costa, *ob. cit.*, p. 59;

<sup>131</sup> Barreiros, Filipe (2010), Costa, *ob. cit.*, p. 59;

<sup>132</sup> Barreiros, Filipe (2010), Costa, *ob. cit.*, p. 59;

<sup>133</sup> Barreiros, Filipe (2010), Costa, *ob. cit.*, p. 60;

<sup>134</sup> Barreiros, Filipe (2010), Costa, *ob. cit.*, p. 60;

<sup>135</sup> Barreiros, Filipe (2010), Costa, *ob. cit.*, p. 60;

Assim, o dever de diligência assume-se como “*um dever de atuação procedimentalmente correto, para a tomada de decisões*”<sup>136</sup>.

Dado que em Portugal vigora o princípio da insindicabilidade do mérito das decisões empresariais, os tribunais deverão avaliar os pressupostos da responsabilidade civil apenas no que concerne ao processo de tomada de decisão, isto é, mediante a verificação do *reasonable decision making process*, segundo critérios de ponderação e razoabilidade, mediante a obtenção profissional e cuidada de todos os elementos de informação adequados e disponíveis para uma boa decisão<sup>137</sup>.

Uma vez que a responsabilidade civil dos administradores não está dependente do resultado da sua conduta, o artigo 64.º do CSC conjugado com o n.º 2, do artigo 72.º do CSC, consagra uma *obrigação de meios*, podendo o administrador exonerar-se da responsabilidade através da *regra da business judgment rule*, ainda que o resultado da sua atividade não tenha sido o mais desejado, desde que observado o padrão da diligência do gestor criterioso e ordenado no processo de tomada de decisão<sup>138</sup>.

#### **Secção IV - O Dever de Lealdade**

Na esteira de António Pereira de Almeida<sup>139</sup> e Pedro Caetano Nunes<sup>140</sup>, o dever de lealdade corresponde aos designados deveres fiduciários (*fiduciary duties*) do direito anglo-saxónico, no âmbito dos *Principles of Corporate Governance*.

O dever de lealdade ou *duty of loyalty*, encontra-se expressamente consagrado na alínea b), do n.º 1, do artigo 64.º do CSC, nomeadamente:

“1 – Os gerentes ou administradores da sociedade devem observar:

(...)

---

<sup>136</sup> Barreiros, Filipe (2010), Costa, *ob. cit.*, p. 60;

<sup>137</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 260;

<sup>138</sup> Triunfante, Armando Manuel (2007), *ob. cit.*, p. 62; neste sentido ver também o Ac. STJ, de 28-02-2013, processo n.º 189/11.3TBCBR.C1.S1, Disponível em: <http://www.dgsi.pt/>

<sup>139</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 261;

<sup>140</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 51;

- c) *Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.*”

Para António Pereira de Almeida, o designado *duty of loyalty* desdobra-se nos seguintes subdeveres ou manifestações<sup>141</sup>:

- a) **O dever de não concorrência** (*competition with the corporation*), que se traduz na proibição dos administradores exercerem uma atividade concorrente ou similar com a da sociedade, por conta própria ou alheia, não obstante a autorização dada pelos sócios para o exercício dessas atividades, previstas nos artigos 254.º, n.ºs 1 a 4, e 398.º, n.ºs 3 e 4 do CSC <sup>142</sup>;
- b) **O dever de não apropriação de informações internas ou negócios com a sociedade** (*insider trading*), que visa essencialmente evitar conflitos de interesses. Significa que aos administradores é proibido utilizar as informações ou oportunidades de negócio em benefício próprio, provenientes do exercício das suas funções, assim como a obtenção de vantagens patrimoniais que advêm da celebração de negócios com a sociedade e terceiros, sendo que o abuso de informação privilegiada e a manipulação de mercado, no âmbito das sociedades admitidas à negociação em mercado regulamentado, constituem crimes contra o mercado (artigos 378.º e 379.º do CVM). Decorre, ainda, deste dever **a proibição de realizar negócios com a sociedade**, previsto no n.º 1, do artigo 397.º do CSC, com o intuito de proteger o dever de lealdade e a independência dos administradores, sob pena dos mesmos serem considerados nulos, exceto no caso dos contratos celebrados entre a sociedade, que podem ser autorizados nos termos do n.º 2 do mesmo preceito<sup>143</sup>;
- c) **O dever de transparência**, segundo o qual o administrador deve elaborar e submeter aos órgãos competentes da sociedade o relatório de gestão, as contas do exercício e demais documentos de prestação de contas previstos na lei, referentes a cada

---

<sup>141</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 261;

<sup>142</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 261;

<sup>143</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 263;

exercício anual, nos termos dos artigos 65.º, n.º 1, 66.º, n.º 5 e 397.º, n.º 5 do CSC; traduz-se no dever de informar “*os outros administradores, os sócios e o público (duty of disclosure) de todos os factos relevantes, não confidenciais, que possam influenciar o voto dos sócios ou as decisões de investimento*”<sup>144</sup>.

No mesmo sentido desenvolve Coutinho de Abreu que os administradores devem “*comportar-se com correção (fairness) quando contratam com a sociedade, não concorrer com ela, não aproveitar em benefício próprio oportunidades de negócio societárias, assim como bens e informações da sociedade, não abusar do estatuto ou posição de administrador*”<sup>145</sup>.

Para este autor, no caso das sociedades anónimas, existem determinados negócios que os administradores não podem celebrar com a sociedade, sob pena de nulidade, encontrando-se previstos no n.º 1, do artigo 397.º e 428.º do CSC<sup>146</sup>. Contudo, a validade dos restantes contratos celebrados entre os administradores (diretamente ou por pessoa interposta) e a sociedade está dependente de prévia autorização por deliberação do conselho de administração (onde o interessado não pode votar), e com o parecer favorável do conselho fiscal (caso exista, ou fiscal único) ou da comissão de auditoria (cfr. artigos 397.º, n.º 2, 428.º, 278.º, n.º 1, 413.º, n.º 1, al. a) e n.º 6, do CSC), exceto “*quando se trate de um ato compreendido no próprio comércio da sociedade e nenhuma vantagem especial seja concedida ao contraente administrador*”<sup>147</sup>. (cfr. artigo 397.º, n.º 5 do CSC).

A par deste dever que acabámos de referir, também *o dever de não concorrência com a sociedade* constitui um dever legal específico que se encontra regulado no Código das Sociedades Comerciais<sup>148</sup>. Significa que, os gerentes ou administradores das sociedades não podem exercer, por conta própria ou alheia, atividade concorrente com a sociedades, de acordo com o disposto os artigos 254.º, n.º 1, 398.º, n.º 3 e 428.º, todos do CSC, consoante se trate de

---

<sup>144</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 261;

<sup>145</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 23;

<sup>146</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 24;

<sup>147</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 24;

<sup>148</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 22;

sociedades por quotas ou sociedades anónimas, respetivamente. Considera o n.º 2, do artigo 252.º do CSC, aplicável também às sociedades anónimas (*ex vi* artigo 398.º, n.º 5 do CSC), “*como concorrente com a da sociedade qualquer atividade abrangida no objeto desta, desde que esteja a ser exercida por ela ou o seu exercício tenha sido deliberado pelos sócios*”.

Distingue, ainda, Coutinho de Abreu que *exerce atividade concorrente por conta própria*, o administrador que atua em nome próprio, pessoalmente ou por representante, e no seu próprio interesse, assim como aquele que atua por interposta pessoa<sup>149</sup>, enquanto que, *exerce atividade concorrente por conta alheia* o administrador que atua no interesse de um outro sujeito, quer em nome próprio quer em representação dele<sup>150</sup>.

Segundo este autor, os *atos isolados de concorrência* praticados pelos administradores não desrespeitam o *dever de não concorrência*<sup>151</sup>, mas podem desrespeitar o dever de lealdade, quando se traduzem num “*aproveitamento indevido de oportunidades de negócio da sociedade*”<sup>152</sup>. Por outro lado, impende também sobre os administradores o *dever de não exercer atividade concorrente ou atos isolados de concorrência*, no caso da sociedade exercer de facto outras atividades que extravasem o seu objeto social<sup>153</sup>. Porém, a proibição da concorrência pode ser afastada por deliberação dos sócios ou do conselho geral e de supervisão<sup>154</sup> (cfr. artigos 254.º, n.º 1, 398.º, n.º 3 e 428.º do CSC).

Constitui, também, para Coutinho de Abreu uma concretização do dever de lealdade, o *dever de os administradores não se aproveitarem, em benefício próprio, de oportunidades de negócio, bens ou informações exclusivos da sociedade*<sup>155</sup>. Considera uma *oportunidade de negócio societária* (isto é, pertencente à sociedade), aquela que se insere no domínio de atividade da sociedade, ou esta tem interesse objetivamente relevante nela, ou quando a

---

<sup>149</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 25;

<sup>150</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 26;

<sup>151</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 25;

<sup>152</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 25;

<sup>153</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 25;

<sup>154</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 26;

<sup>155</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 26;



sociedade manifestou já interesse no negócio em causa, ou recebeu proposta contratual, ou está em negociações para a conclusão do contrato<sup>156</sup>.

A *oportunidade de negócio é societária* quando o administrador tem conhecimento dela no exercício das suas funções, de forma imediata ou mediata, ou quando o administrador é contactado nessa qualidade, apesar de não estar no exercício das suas funções<sup>157</sup>. Excluem-se do leque das oportunidades de negócio societárias todas aquelas que forem oferecidas pessoalmente ao administrador, e não na sua qualidade de gestor de uma determinada sociedade<sup>158</sup>.

O *aproveitamento indevido de oportunidades de negócio societárias* pode implicar a violação do direito de não concorrência com a sociedade, quando o negócio aproveitado envolve a atividade abrangida no objeto social<sup>159</sup>. Não obstante, no caso de existir consentimento da sociedade (e por aplicação do regime previsto nos artigos 254.º, 398.º, n.º 3 e 428.º do CSC), é lícito o aproveitamento de oportunidades de negócio societários<sup>160</sup>.

Ainda na esteira de Coutinho de Abreu, o administrador *não deve utilizar, em benefício próprio, meios ou bens* (como por exemplo, máquinas, força de trabalho da sociedade) ou *informações* (processos de produção, projetos de investimento, clientes, entre outros, salvo se existir retribuição) *da sociedade*<sup>161</sup>, estando vinculado ao *dever de segredo*, quanto às informações reservadas à sociedade, não podendo comunicar ou publicitar as mesmas a terceiros<sup>162</sup>.

---

<sup>156</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 26-27;

<sup>157</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 27;

<sup>158</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 27;

<sup>159</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 27;

<sup>160</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 28;

<sup>161</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 28;

<sup>162</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 28;

Finalmente, o administrador *não pode abusar da sua posição ou estatuto dentro da sociedade*, isto é, “*não lhe é permitido receber vantagens patrimoniais (“comissões”, “luvas”, etc.) de terceiros ligadas à celebração de negócios entre a sociedade e esses terceiros*”<sup>163</sup>.

Após uma breve exposição acerca das várias manifestações ou subdeveres em que se decompõe o dever de lealdade, importa de seguida analisar a noção de “*interesse da social*”.

### **(i) A Conceção de Interesse Social**

Entende Coutinho de Abreu que o dever de lealdade consiste no “*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*”<sup>164</sup>.

Já Ricardo Costa refere que, segundo o dever de lealdade, “*os administradores, no exercício das suas funções, devem considerar e intentar em exclusivo o interesse da sociedade, com a correspondente obrigação de omitirem comportamentos que visem a realização de outros interesses, próprios e/ou alheios*”<sup>165</sup>.

No sentido de definir concretamente em que consiste o interesse social, no âmbito do dever de lealdade dos administradores previsto na al. b), do n.º 1, do artigo 64.º do CSC, é necessário, em primeiro lugar, fazer a distinção entre duas teorias antagónicas, que têm dividido a doutrina, designadamente<sup>166</sup>: as *teorias institucionalistas* e as *teorias contratualistas*.

Nas *teorias institucionalistas*, o interesse social consiste num “*interesse comum, não apenas aos sócios mas também a outros sujeitos, nomeadamente os trabalhadores (empregados da sociedade), os credores sociais e até a coletividade nacional*”<sup>167</sup>. Assim, parte-se do pressuposto de que existem sujeitos não sócios, titulares de interesse social<sup>168</sup>.

---

<sup>163</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 28;

<sup>164</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 22;

<sup>165</sup> Costa, Ricardo (2011), *ob. cit.*, pp. 178-179;

<sup>166</sup> Cunha, Tânia Meireles da (2009), *ob. cit.*, p. 42;

<sup>167</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 31;

<sup>168</sup> Cunha, Tânia Meireles da (2009), *ob. cit.*, p. 43;

Tânia Meireles da Cunha refere a existência de duas correntes da *teoria institucionalista*, designadamente: a corrente da *empresa em si (Unternehmen)*<sup>169</sup>, paradigma das sociedades anónimas de grande dimensão, cujo interesse social consiste na eficiência produtiva da sociedade, sendo o interesse social encarado como a conjugação dos interesses de todos os sujeitos envolvidos, nomeadamente os sócios/acionistas, consumidores, trabalhadores, credores e da comunidade envolvente, sem prevalência dos interesses dos sócios face aos dos restantes sujeitos<sup>170</sup>; e a corrente da *pessoa em si (Person in Sich)*<sup>171</sup>, na qual o interesse social é o interesse próprio da pessoa coletiva, que se sobrepõe aos demais interesses envolvidos<sup>172</sup>.

No que concerne às *teorias contratualistas*, o interesse da sociedade consiste no “*interesse comum dos sócios enquanto tais (não enquanto vendedores, mutuantes, assalariados da sociedade, etc)*”<sup>173</sup>. Para Tânia Meireles da Cunha os sócios são os titulares do interesse social, rejeitando-se a existência de um interesse societário transcendente ao dos sócios, de natureza individual<sup>174</sup>.

No entendimento de Coutinho de Abreu, existem, ainda, outras “*conceções económicas e jurídicas dos interesses prosseguíveis nas ou pelas empresas (societárias) ou sociedades*”<sup>175</sup>, designadamente:

- a) *As teorias monísticas*, onde o interesse da sociedade identifica-se com o dos sócios<sup>176</sup>. Nesta perspetiva surgiu, no final do século passado, primeiro nos Estados Unidos da América, estendendo-se posteriormente a outros países, a noção de *shareholder value*, aplicável sobretudo às sociedades cotadas em bolsa, onde a atividade da sociedade deve

---

<sup>169</sup> Cunha, Tânia Meireles da (2009), *ob. cit.*, p. 43;

<sup>170</sup> Cunha, Tânia Meireles da (2009), *ob. cit.*, p. 43;

<sup>171</sup> Cunha, Tânia Meireles da (2009), *ob. cit.*, p. 43;

<sup>172</sup> Cunha, Tânia Meireles da (2009), *ob. cit.*, p. 44;

<sup>173</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 31;

<sup>174</sup> Cunha, Tânia Meireles da (2009), *ob. cit.*, p. 43;

<sup>175</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 32;

<sup>176</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 32;

ser orientada para “criar valor para os sócios”<sup>177</sup>, assim como para “aumentar o património dos acionistas”<sup>178</sup>.

- b) As *teorias dualistas*, onde também os trabalhadores e os seus interesses devem ser atendidos pela sociedade, mediante uma co-gestão<sup>179</sup>.
- c) As *teorias pluralistas*, onde se tenta introduzir na sociedade o interesse público<sup>180</sup>. Note-se que, a propósito destas últimas duas teorias (*dualistas* e *pluralistas*) surgiu a noção de *stakeholder value*<sup>181</sup>, segundo a qual a sociedade deve atender, além dos interesses dos acionistas, os interesses dos outros sujeitos. Para António Pereira de Almeida<sup>182</sup> e Filipe Barreiros<sup>183</sup> os designados *stakeholders* constituem outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade, manutenção e continuidade da sociedade, nomeadamente, os trabalhadores, clientes, credores, entre outros.
- d) Os *sistemas finalísticos da maximização do lucro*<sup>184</sup>, onde a sociedade tem por finalidade alcançar os interesses dos acionistas<sup>185</sup>.
- e) A *adequada consideração de interesses*<sup>186</sup>, onde a sociedade procura satisfazer os interesses de vários grupos de sujeitos, embora os interesses dos acionistas pesem sempre mais do que os dos restantes.

---

<sup>177</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 32;

<sup>178</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 32;

<sup>179</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 32;

<sup>180</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 32;

<sup>181</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 33;

<sup>182</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 260;

<sup>183</sup> Barreiros, Filipe (2010), Costa, *ob. cit.*, p. 67;

<sup>184</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 32;

<sup>185</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 32;

<sup>186</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 32;

- f) A *consideração igualitária dos interesses*<sup>187</sup>, em que os interesses dos sócios, trabalhadores e coletividade são tratados em pé de igualdade.

Na opinião de Coutinho de Abreu, ainda é visível atualmente a presença das teorias institucionalistas e das teorias contratualistas, apesar da opinião diversa de vários autores<sup>188</sup>.

No seu entendimento, existiu durante muito tempo no sistema jurídico societário português uma *conceção unitária de interesse social*, de *génese contratualista*, que ainda se mantém válida atualmente no que respeita ao relacionamento dos sócios com a sociedade<sup>189</sup>. Aliás, vários são os preceitos consagrados ao longo do Código das Sociedades Comerciais, que permitem concluir que os interesses da sociedade em causa são também interesses comuns dos sócios, enquanto tais<sup>190</sup> (cfr. a título de exemplo, os artigos 251.º, n.º 1, 329.º, n.ºs 1 e 2, 460, n.º 2 do CSC).

Refere, ainda, Coutinho de Abreu que, com o surgimento do artigo 64.º do CSC em 1986, não foi possível continuar a sustentar a tese contratualista do interesse social, como critério de comportamento dos administradores<sup>191</sup>, dada a sua 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.*” Assim, tornou-se evidente a existência de um certo *institucionalismo*, embora moderado, relativamente aos deveres dos administradores, sendo que não seria mais viável a manutenção de uma *conceção unitária de interesse social*<sup>192</sup>. Neste sentido, os interesses comuns dos sócios, enquanto tais, e os interesses dos trabalhadores, integravam a noção de interesse social<sup>193</sup>.

---

<sup>187</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 32;

<sup>188</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 31-33;

<sup>189</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 33;

<sup>190</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 34;

<sup>191</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 34;

<sup>192</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 34-35;

<sup>193</sup> Cunha, Tânia Meireles da (2009), *ob. cit.*, p. 48;

Segundo Tânia Meireles da Cunha, embora o texto da lei mencionasse três espécies de interesses (da sociedade, dos sócios e dos trabalhadores), verificava-se a previsão apenas do interesse social, sendo que os interesses dos sócios (comuns a todos eles) e os interesses dos trabalhadores, seriam elementos concretizadores do interesse social<sup>194</sup>, contrariamente à posição defendida por Raúl Ventura, que considerava que os interesses dos sócios e os interesses dos trabalhadores, constituíam, na verdade, interesses distintos dos da sociedade<sup>195</sup>.

Alguns foram os autores que consideraram como desnecessária a redação anterior à reforma de 2006, da segunda parte, da alínea b), do n.º 1, do artigo 64.º do CSC, quer por não apresentar qualquer relevância prática, quer pelo facto do respeito pelo interesse social decorrer do dever de diligência de um gestor criterioso e ordenado<sup>196</sup>.

Na opinião de Coutinho de Abreu, com a alteração introduzida na alínea b), do n.º 1, do artigo 64.º do CSC, pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, continua a verificar-se a presença da *conceção institucionalista*, embora numa perspetiva mais alargada, tendo em conta que os administradores devem observar “*deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses a longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores*”<sup>197</sup>.

Coutinho de Abreu refere, também, que o interesse social corresponde à comunidade de interesses dos sócios, que se liga à causa comum do ato constituinte da sociedade, que consiste, em regra, no fim lucrativo<sup>198</sup>.

Define o interesse social como “*a relação entre a necessidade de todo o sócio enquanto tal na consecução de lucro e o meio julgado apto a satisfazê-lo*”<sup>199</sup>.

São vários os interesses sociais comuns a todos os sócios. Coutinho de Abreu, no entendimento de que *interesse* consiste na *relação entre uma necessidade e um bem*<sup>200</sup>, refere

---

<sup>194</sup> Cunha, Tânia Meireles da (2009), *ob. cit.*, p. 46;

<sup>195</sup> Cunha, Tânia Meireles da (2009), *ob. cit.*, p. 46;

<sup>196</sup> Cunha, Tânia Meireles da (2009), *ob. cit.*, p. 49;

<sup>197</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 35;

<sup>198</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 35;

<sup>199</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 37;

<sup>200</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 36;

que, no que diz respeito ao interesse social, existe uma relação entre *uma necessidade que é imutável e concreta* (que em regra, consiste na obtenção de lucro por parte dos sócios) e *um determinado bem que é variável*, dependendo das situações com que a sociedade se depara<sup>201</sup>. É o que acontece, conforme exemplifica este autor, quando existem sócios que pretendem a distribuição dos lucros distribuíveis anualmente e outros que preferem a afetação desses lucros a reservas livres<sup>202</sup>. No confronto de vários interesses sociais, cabe à maioria (através do voto) escolher qual o bem que deve ser escolhido, tendo em vista alcançar o fim social pretendido<sup>203</sup>.

Para Coutinho de Abreu o interesse social consagrado na al. b), do n.º 1, do artigo 64.º do CSC, emerge da “*conjugação dos interesses dos sócios e de outros sujeitos ligados à sociedade (designadamente dos trabalhadores)*”<sup>204</sup>, isto é, os administradores devem atender aos interesses dos sócios, ponderando, no entanto, os interesses de outros sujeitos com relevância para a sociedade, na prossecução do interesse da sociedade.

## (ii) A Problemática da Ponderação de Interesses

Tendo em conta a redação atual do artigo 64.º, n.º 1, alínea b), do CSC, será que os administradores, na prossecução do interesse social, têm efetivamente em ponderação tão vasto leque de interesses dos sujeitos não sócios?

À partida, e adotando, desde já, a opinião de Coutinho de Abreu, não nos parece que assim seja, até pela ausência de sanções na lei que condenem os administradores pela falta de ponderação de tais interesses<sup>205</sup>.

---

<sup>201</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 36;

<sup>202</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 35;

<sup>203</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 36;

<sup>204</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 43;

<sup>205</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 39;

Além disso, a ponderação de tão diversos interesses poderia causar uma maior discricionariedade da conduta dos administradores e menor controlo da sua atividade, que seria sempre justificada pela ponderação de determinado interesse<sup>206</sup>.

Segundo o preceito, constituem sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, entre outros, os trabalhadores, os clientes e os credores.

Pouca ou nenhuma relevância é dada à satisfação dos interesses dos credores e dos clientes da sociedade, pelo que o preceito parece, desde já, um pouco absurdo e desajustado, segundo o pensamento de Coutinho de Abreu<sup>207</sup>.

Quanto aos interesses dos trabalhadores, estes dizem respeito, essencialmente, “à conservação de postos de trabalho, a remunerações satisfatórias, às condições de trabalho (higiene, segurança, organização do processo produtivo)”<sup>208</sup>, assim como, aqueles que se ligam a “organizações sociais (v.g. infantários para os filhos dos trabalhadores), a gratificações no final de cada ano e/ou aquando da entrada dos trabalhadores na reforma, etc.”<sup>209</sup>.

Na opinião de Coutinho de Abreu, apesar de no nosso sistema jurídico societário os trabalhadores não terem uma participação relevante na gestão das sociedades e da inexistência de sanções eficazes<sup>210</sup>, a ponderação dos interesses dos trabalhadores não parece ser totalmente descabida. Isto porque, existem espaços de discricionariedade que os administradores podem e devem preencher tendo em conta os interesses dos trabalhadores, uma vez que a tutela dos interesses dos trabalhadores extravasa as leis laborais e as convenções coletivas de trabalho<sup>211</sup>.

---

<sup>206</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 40;

<sup>207</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 40-41;

<sup>208</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 41;

<sup>209</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 41;

<sup>210</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 41;

<sup>211</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 41-42;



No que concerne aos interesses dos sócios, conforme referido anteriormente, são *aqueles que são comuns a todos os sócios*<sup>212</sup>, devendo os administradores atender ao “interesse social comum” e não aos interesses pessoais, individuais ou extrassociais de cada sócio<sup>213</sup>.

Alguns autores referem que os interesses extrassociais dos sócios podem significar, por um lado, *interesses dos sócios enquanto terceiros*<sup>214</sup>, por outro, *interesses dos sócios enquanto tais mas não comuns a todos eles*<sup>215</sup>.

Os administradores não devem ter em conta, na avaliação do “interesse da sociedade”, os interesses extrassociais dos sócios que estejam em contradição com o interesse social comum a todos eles, que se encontra “*ligado à comunidade do escopo social*”<sup>216</sup>. A referência aos “*interesses de longo prazo dos sócios*”, na al. b), do n.º 1, do artigo 64.º do CSC, devem ser interpretados como os interesses “*dos sócios enquanto tais e comuns a todos eles, não extrassociais nem conjunturais*”<sup>217</sup>.

Assim, poder-se-á concluir que o interesse social a prosseguir pelos administradores, pode ser determinado através da conjugação dos interesses dos sócios e de outros sujeitos ligados à sociedade, designadamente, os trabalhadores<sup>218</sup>.

Na ponderação da medida dos interesses dos sócios e dos outros sujeitos, prevalecem sempre os interesses dos sócios, mesmo que isso signifique, no caso dos trabalhadores da sociedade, a extinção de postos de trabalho ou a agravamento das suas condições de trabalho<sup>219</sup>.

---

<sup>212</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 42;

<sup>213</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 42;

<sup>214</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 42;

<sup>215</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 42;

<sup>216</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 42-43;

<sup>217</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 43;

<sup>218</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 43;

<sup>219</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 43;

Essa prevalência advém, aliás, da própria letra da al. b), do n.º 1, do artigo 64.º do CSC, uma vez que os interesses dos sócios são sempre atendidos em primeiro lugar, seguindo-se os demais interesses que são apenas ponderados<sup>220</sup>.

Exemplo desta prevalência são as hipóteses de *Werder*, mencionadas e adaptadas por Coutinho de Abreu<sup>221</sup>, designadamente:

- a) Quando o sector empresarial apresenta perdas ou não produz lucros, ou ainda, quando produz poucos lucros, os administradores optarão por satisfazer os interesses dos sócios, através da extinção ou redução de postos de trabalho<sup>222</sup>. Nestas hipóteses, é natural que os interesses dos sócios se sobreponham a todos os outros, uma vez que os sócios têm à sua disposição meios de tutela dos seus interesses, fazendo pressão sobre os administradores, pois são eles que os designam e destituem, podendo também responsabilizá-los civilmente pelos danos causados à sociedade (cfr. artigo 72.º e seguintes do CSC)<sup>223</sup>. Ainda, no caso das sociedades por quotas, os sócios determinam de forma direta a política de gestão das sociedades (cfr. artigo 259.º do CSC);
- b) No caso do sector empresarial ser lucrativo, mas a redução do número de trabalhadores se traduzir num aumento da taxa de lucro para a sociedade, os administradores deverão ponderar e tentar harmonizar os interesses dos trabalhadores com os interesses dos sócios, mantendo os postos de trabalho, ao abrigo do disposto na al. b), do n.º 1, do artigo 64.º do CSC<sup>224</sup>. Contudo, os trabalhadores têm uma posição distinta face à dos sócios em relação aos administradores das sociedades, uma vez que os trabalhadores não podem “*contrariar decisões dos administradores através de deliberações suas, nem podem destituí-los (mesmo havendo justa causa), nem responsabilizá-los por danos causados à sociedade*”<sup>225</sup>.

---

<sup>220</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 45;

<sup>221</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 43-44;

<sup>222</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 44;

<sup>223</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 44;

<sup>224</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 44;

<sup>225</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 45;

Para Coutinho de Abreu, o artigo 64.º do CSC não parece proteger os interesses dos trabalhadores ou de outros sujeitos, pois os deveres de lealdade (e também os deveres de cuidado) “*são para com a sociedade, “no interesse da sociedade”, não (imediatamente) para com os sócios, trabalhadores, credores, clientes, etc.*”<sup>226</sup>.

No que diz respeito à exclusão ou limitação da responsabilidade dos administradores perante a sociedade, a ponderação dos interesses dos trabalhadores e de outros sujeitos poderão atenuar, ou mesmo excluir, a culpa dos administradores, apesar de se ter verificado a ilicitude da sua conduta<sup>227</sup>.

Conclui Coutinho de Abreu que existe no artigo 64.º do CSC um *institucionalismo moderado e inconsequente* <sup>228</sup>, dado o peso e a prevalência dos interesses dos sócios face aos dos restantes sujeitos, fortemente marcado pela ausente ou reduzida ponderação, cuja sanção é praticamente inexistente.

Opinião contrária sustenta Carneiro da Frada, uma vez que segundo este autor, a lealdade deve verificar-se perante todos <sup>229</sup>, nomeadamente: “*ao administrador não é consentido ser leal para com uns – por exemplo, para com a sociedade – e, com isso ou para isso, ser desleal com outros, trabalhadores, sócios, clientes, credores. Ninguém pode escolher as suas lealdades, se tal significa ser desleal para outrem. O interesse da sociedade não dispensa o administrador dessa exigência. (...) Os administradores devem portanto ser leais a todos: à sociedade, aos sócios, as credores, aos trabalhadores e aos clientes. Não podem ser “mais leais a uns do que a outros”. Se o são, já são desleais.*”<sup>230</sup>

Assim, estamos perante *um dever de cuidar do interesse social* <sup>231</sup>, devendo ser tidos em consideração todos os interesses elencados na alínea b), do n.º 1, do artigo 64.º do CSC, sendo que, caso algum desses interesses entrar em conflito com o interesse social, deve dar-se prevalência ao interesse da sociedade, mas o dever de lealdade origina sempre responsabilidade civil perante terceiros atingidos<sup>232</sup>.

---

<sup>226</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 45;

<sup>227</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 45-46;

<sup>228</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 46;

<sup>229</sup> Frada, Manuel A. Carneiro da (2007), *ob. cit.*, p. 4;

<sup>230</sup> Frada, Manuel A. Carneiro da (2007), *ob. cit.*, p. 5;

<sup>231</sup> Frada, Manuel A. Carneiro da (2007), *ob. cit.*, p. 5;

<sup>232</sup> Frada, Manuel A. Carneiro da (2007), *ob. cit.*, p. 5;

Para Tânia Meireles da Cunha, a segunda parte da alínea b), do n.º 1, do artigo 64.º do CSC, parece consagrar uma hierarquia dos diversos interesses a ter em conta, sendo que, a longo prazo, devem ser atendidos os interesses dos sócios como integrantes no interesse social, face aos interesses dos restantes sujeitos que devem apenas ser ponderados.<sup>233</sup>

Para Armando Triunfante, a anterior redação à alínea b), do n.º 1 do artigo 64.º do CSC, parecia favorecer as *teses institucionalistas*, na medida em que “ordenava que a gestão seguisse o interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores”<sup>234</sup>, sendo que os interesses dos sócios e dos trabalhadores eram referenciados de forma semelhante<sup>235</sup>. Contudo, a atual redação parece aproximar-se das *teses contratualistas*, fazendo coincidir o interesse da sociedade com o interesse comum dos respetivos sócios, em detrimento dos interesses dos sujeitos não sócios<sup>236</sup>. Pois, a lei prevê que os administradores devem atuar com lealdade no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios, ponderando, sempre que possível e adequado, os interesses dos outros sujeitos<sup>237</sup>. Verifica-se, então, uma clara hierarquia de interesses, prevalecendo o interesse social (interesse a longo prazo dos sócios) e só depois os restantes, uma vez que estes “não fazem parte da noção de interesse social, não relevando quando a lei, noutros preceitos, faça recurso expresso a esta noção”<sup>238</sup>.

Também no entendimento de Ricardo Costa, a doutrina dominante tem-se debatido pela hierarquização de interesses, sendo que quando o administrador avalia o interesse social, dá prevalência aos interesses dos sócios a longo prazo, deixando para plano secundário os interesses dos restantes sujeitos, mesmo quando a sua sobrevalorização possa permitir a exclusão ou limitação da responsabilidade dos administradores para com a sociedade<sup>239</sup>.

Para António Pereira de Almeida, o novo preceito deve ser entendido, no sentido de que os administradores, no exercício das suas funções, devem atuar com vista à prossecução do interesse social, evitando o conflito de interesses<sup>240</sup>.

No entanto, tal como refere Filipe Barreiros, isso não significa que os administradores não tentem conjugar os interesses *de longo prazo dos sócios e dos outros sujeitos relevantes*

---

<sup>233</sup> Cunha, Tânia Meireles da (2009), *ob. cit.*, pp. 53-54;

<sup>234</sup> Triunfante, Armando Manuel (2007), *ob. cit.*, p. 62;

<sup>235</sup> Triunfante, Armando Manuel (2007), *ob. cit.*, p. 65;

<sup>236</sup> Triunfante, Armando Manuel (2007), *ob. cit.*, p. 62;

<sup>237</sup> Triunfante, Armando Manuel (2007), *ob. cit.*, p. 65;

<sup>238</sup> Triunfante, Armando Manuel (2007), *ob. cit.*, p. 65;

<sup>239</sup> Costa, Ricardo (2011), *ob. cit.*, pp. 181-182;

<sup>240</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 260;

*para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores com o interesse da sociedade, “de forma a criar uma boa harmonização que permita ajudar a desenvolver o êxito da empresa”*<sup>241</sup>.

Certo é que deve haver uma ponderação dos interesses dos sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, procurando sempre evitar situações de pressão ou de conflitos de interesses ou casos em que a prossecução do interesse social seja levado ao extremo em detrimento dos interesses dos trabalhadores, como a melhoria das suas condições de trabalho, por exemplo.<sup>242</sup>

Porém, prevalecerá sempre a lealdade para com a sociedade e o visado interesse social, nas decisões e na conduta ético-empresarial dos administradores, face aos interesses pessoais ou de terceiros<sup>243</sup>.

---

<sup>241</sup> Barreiros, Filipe (2010), *ob. cit.*, p. 65;

<sup>242</sup> Barreiros, Filipe (2010), *ob. cit.*, p. 66;

<sup>243</sup> Barreiros, Filipe (2010), *ob. cit.*, p. 69;



### Capítulo III - A Responsabilidade Civil Dos Administradores para com a Sociedade

Para Coutinho de Abreu, as sanções que resultam da violação dos deveres fundamentais dos administradores são, essencialmente, a responsabilidade civil para com a sociedade e a sua destituição por justa causa, que ocorrem quando se verifica a violação grave dos deveres de cuidado ou de lealdade e a incapacidade dos gestores para o exercício normal das funções de administração (cfr. artigos 257.º, n.º 6 e 403.º, n.º 4)<sup>244</sup>.

No exercício da atividade societária, a preterição dos deveres legais ou contratuais por parte dos administradores é suscetível de causar danos à sociedade, aos credores sociais a sócios e terceiros.

A responsabilidade dos administradores pode verificar-se para com a sociedade (artigos 72.º a 77.º do CSC), para com os credores sociais (artigo 78.º do CSC) e para com os sócios e terceiros (artigo 79.º do CSC).

Em qualquer destes regimes, a responsabilidade civil aplica-se não só aos administradores de direito, mas também aos administradores de facto, por aplicação do artigo 80.º do CSC.

Segundo Coutinho de Abreu, o administrador de facto, em sentido amplo, é aquele que, “*sem título bastante, exerce, direta ou indiretamente e de modo autónomo (não subordinadamente, funções próprias de administrador de direito da sociedade*”<sup>245</sup>, noção que abrange não só os *administradores de facto aparentes* e os *administradores de facto ocultos sob outro título, mas também os administradores na sombra*, que apesar de não exercer diretamente a atividade de gestão societária, instruem os administradores de direito que a desempenham<sup>246</sup>.

Verificados os pressupostos da responsabilidade civil (facto ilícito, culpa, dano e nexó de causalidade), o administrador é responsabilizado civilmente, sendo que ao abrigo do n.º 1,

---

<sup>244</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 30-31;

<sup>245</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, Cadernos, n.º 5, Coimbra, Almedina, 2007, p. 99;

<sup>246</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, Cadernos, n.º 5, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 98-99;

do artigo 74.º do CSC, qualquer cláusula (inserta ou não no contrato de sociedade) que exclua ou limite essa responsabilidade é nula.

A par da responsabilidade civil e lei societária prevê, ainda, sanções penais e de mera ordenação social, nos termos dos artigos 509.º e seguintes do CSC.

O presente estudo irá apenas incidir sobre a responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade.

A responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade encontra-se regulada nos artigos 72.º a 77.º do CSC.

Dispõe o n.º 1, do artigo 72.º do CSC, 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.*”

Mas, o que se entende por *deveres legais* ou *contratuais*, cuja violação conduz à responsabilização dos membros da administração perante a sociedade?

No que concerne aos *deveres legais* geradores de responsabilidade civil importa aqui fazer uma breve distinção entre os *deveres legais específicos* e os *deveres legais gerais*.

Os *deveres legais específicos*, como o próprio termo indica, *resultam imediata e especificamente da lei, em sentido amplo*<sup>247</sup>, estando previstos ao longo do Código das Sociedades Comerciais e até fora do âmbito deste (nomeadamente, o dever dos administradores apresentarem a sociedade à insolvência, nos termos dos artigos 18.º e 19.º do CIRE ou o dever de terceiros denunciarem os administradores por crimes contra o património da sociedade)<sup>248</sup>.

Coutinho de Abreu exemplifica alguns do vasto leque de *deveres legais específicos* previstos no Código das Sociedades Comerciais, nomeadamente: *o dever de não ultrapassar o objeto social* (artigo 6.º, n.º 4); *o dever de não exercer por conta própria ou alheia, sem consentimento da sociedade, atividade concorrente com esta* (artigos 254.º, 398.º, n.ºs 3 e 5 e 428.º); *o dever de promover a realização das entradas em dinheiro diferidas* (artigos 203.º e ss, 285.º e 286.º); *o dever de não adquirir para a sociedade, em certas circunstâncias, ações ou quotas dela própria* (artigos 316.º, 319.º, n.º 2, 323.º, n.º 4, 325.º, n.º 2 e 220.º); *o dever de não executar deliberações nulas do órgão da administração* (artigos 412.º, n.º 4, 433.º, n.º 1)<sup>249</sup>.

No que diz respeito aos *deveres legais gerais*, isto é, o *dever de cuidado* e o *dever de lealdade*, previstos no n.º 1, do artigo 64.º do CSC, anteriormente analisados no Capítulo II, a

---

<sup>247</sup> Coelho, Ulhoa Fábio e Maria de Fátima Ribeiro (coord.), *ob. cit.*, p. 132;

<sup>248</sup> Coelho, Ulhoa Fábio e Maria de Fátima Ribeiro (coord.), *ob. cit.*, p. 132;

<sup>249</sup> Coelho, Ulhoa Fábio e Maria de Fátima Ribeiro (coord.), *ob. cit.*, p. 132;



sua violação “*constitui comportamento ilícito que, verificados os restantes pressupostos, implica também responsabilidade civil dos administradores perante a sociedade*”<sup>250</sup>.

Por outro lado, também a preterição dos *deveres contratuais* pode originar responsabilidade civil. Estes compreendem os deveres estipulados nos estatutos societários ou contrato de sociedade, assim como, nas deliberações sociais ou atas e, ainda, aqueles que resultam de contrato celebrado entre a sociedade e o administrador<sup>251</sup>.

## **Secção I - Da Natureza da Responsabilidade Civil dos Administradores**

A responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade é de natureza subjetiva, contratual e obrigacional<sup>252</sup>.

Conforme já se referiu anteriormente, a responsabilidade civil dos administradores baseia-se na culpa do agente (aqui, gestor), daí o seu carácter subjetivo.

Também já demonstrámos que a responsabilidade dos administradores tem natureza contratual uma vez que a violação dos deveres legais ou contratuais, a par da existência de uma presunção de culpa no n.º 1, do artigo 72.º do CSC, constituem características típicas da responsabilidade civil contratual (cfr. artigos 798.º e 799.º do CC)<sup>253</sup>.

Pedro Pais de Vasconcelos refere que a natureza contratual dessa responsabilidade decorre da relação estabelecida entre os gestores e a sociedade, pelo contrato de sociedade e pelo contrato de gestão<sup>254</sup>.

Mais, a natureza contratual da responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade é definida pelo artigo 72.º do CSC, sendo que o seu n.º 1 estabelece uma presunção de culpa, que o gestor ilide sempre lograr provar que atuou sem culpa.

Por fim, a natureza obrigacional da responsabilidade civil dos administradores advém também da existência de uma relação concreta entre a sociedade e os administradores, que pode

---

<sup>250</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, IDET, Vol. I, Códigos, n.º 1, Coimbra, Almedina, 2011, p. 841;

<sup>251</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, IDET, Vol. I, Códigos, n.º 1, Coimbra, Almedina, 2011, p. 841;

<sup>252</sup> Barreiros, Filipe (2010), *ob. cit.*, p. 90;

<sup>253</sup> Barreiros, Filipe (2010), *ob. cit.*, p. 69;

<sup>254</sup> Vasconcelos, Pedro Pais de (2009), *ob. cit.*, p. 21;

assumir a forma de um contrato de administração, trabalho, mandato, prestação de serviços, entre outros<sup>255</sup>.

## **Secção II - Os Pressupostos da Responsabilidade Civil dos Administradores**

O n.º 1, do artigo 72.º do CSC elenca os pressupostos da responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade.

São eles, nomeadamente, o *facto ilícito*, a *culpa*, o *dano* e o *nexo de causalidade* entre o facto ilícito culposo e o dano, os quais deverão ser analisados conjuntamente com o regime geral de direito civil previsto nos artigos 483.º e seguintes do CC, de forma a aferir a concretização da responsabilidade civil dos administradores<sup>256</sup>.

No entendimento de António Pereira de Almeida, o *facto ilícito* pode “*consistir na violação do contrato ou da lei, por ação ou omissão*”<sup>257</sup>.

Assim, o facto praticado voluntariamente pelo administrador no exercício das suas funções de gestão das sociedades<sup>258</sup>, com preterição dos deveres fundamentais previstos no n.º 1, do artigo 64.º do CSC, fazem o administrador incorrer em responsabilidade civil<sup>259</sup>.

A *culpa* presume-se (“*salvo se provarem que procederam sem culpa*”), verificando-se sempre que “*a conduta do agente merecer a reprovação ou censura do direito*”<sup>260</sup>, quando “*se concluir que ele podia e devia ter agido de outro modo*”<sup>261</sup>.

Segundo António Pereira de Almeida, a violação dos deveres legais ou contratuais presume-se *culposa* e, uma vez “*verificados os outros pressupostos da responsabilidade civil, é ao administrador que competirá o ónus da prova da ausência de culpa*”<sup>262</sup>.

---

<sup>255</sup> Barreiros, Filipe (2010), *ob. cit.*, p. 69;

<sup>256</sup> Barreiros, Filipe (2010), *ob. cit.*, p. 84;

<sup>257</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 288;

<sup>258</sup> Barreiros, Filipe (2010), *ob. cit.*, pp. 84-85;

<sup>259</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 288;

<sup>260</sup> Barreiros, Filipe (2010), *ob. cit.*, p. 85;

<sup>261</sup> Barreiros, Filipe (2010), *ob. cit.*, p. 85;

<sup>262</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 289;

Assim, a presunção de culpa prevista no final do n.º 1, do artigo 72.º, do CSC, implica a inversão do ónus da prova, que dispensa o (a) demandante que intentou a ação social de responsabilidade de demonstrar a culpa, nos termos previstos no n.º 1, do artigo 344.º do CC<sup>263</sup>.

Como já foi referido, trata-se de uma responsabilidade subjetiva, considerando a culpa “*como imputação do ato ao agente*”, cujo padrão geral de avaliação é o da “*diligência de um gestor criterioso e ordenado*” (artigo 64.º, n.º 1, al. a) do CSC)<sup>264</sup>.

Em princípio, apenas os administradores que praticaram atos ilícitos ou que votaram favoravelmente nessa conduta, no âmbito das deliberações colegiais, é que podem ser culpabilizados<sup>265</sup>, sendo que as causas de justificação da responsabilidade civil dos administradores serão analisadas mais adiante noutra capítulo.

Quanto aos pressupostos do *dano* e *nexo de causalidade*, a responsabilidade civil dos administradores não apresenta grandes especificidades em relação ao regime geral da responsabilidade civil por factos ilícitos<sup>266</sup>.

O mesmo não se pode dizer em relação à *ilicitude* e à *culpa*, pressupostos condicionados à verificação da violação dos deveres legais ou contratuais<sup>267</sup>, vez que a sua análise face ao caso concreto tem em conta um padrão ou *standard* da “*diligência de um gestor criterioso e ordenado*”, previsto na alínea a), do n.º 1, do artigo 64.º do CSC<sup>268</sup>.

Assim, há lugar a responsabilidade civil sempre que a conduta ilícita do administrador provocar *danos à sociedade*, quer se trate de prejuízos diretamente causados à sociedade (danos emergentes), quer de benefícios que a sociedade deixou de obter como consequência da conduta ilícita do administrador (lucros cessantes), ao abrigo do disposto no n.º 1 do artigo 564.º do CC<sup>269</sup>.

---

<sup>263</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 289;

<sup>264</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, IDET, Vol. I, Códigos, n.º 1, Coimbra, Almedina, 2011, p. 842;

<sup>265</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 289;

<sup>266</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, IDET, Vol. I, Códigos, n.º 1, Coimbra, Almedina, 2011, p. 843;

<sup>267</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, Cadernos, n.º 5, Coimbra, Almedina, 2007, p. 9;

<sup>268</sup> Barreiros, Filipe (2010), *ob. cit.*, p. 87;

<sup>269</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 291;

Para existir obrigação de indemnizar, é necessário ainda que facto ilícito praticado seja a causa adequada do dano provocado à sociedade <sup>270</sup> – *nexo de causalidade*.

Verificados todos os pressupostos da responsabilidade civil, incumbe ao administrador o ónus de provar que a sua conduta foi isenta de culpa, demonstrando que atuou segundo a “*diligência de um gestor criterioso e ordenado*” (cfr. Artigo 64.º, n.º 1, a), in fine do CSC), isto é, no cumprimento dos deveres fundamentais consagrados, de forma a ilidir a presunção prevista na parte final, do n.º 1, do artigo 72.º do CSC, afastando assim a sua responsabilidade pelos danos causados à sociedade e a consequente obrigação de indemnizar.

### **Secção III - A Business Judgment Rule no Ordenamento Jurídico Português**

#### **(i) O novo n.º 2, do artigo 72.º do Código das Sociedades Comerciais**

Ricardo Costa entende que a transposição da *business judgment rule* para o nosso sistema jus societário pretendia dar “*resposta a uma suavização do regime de responsabilidade dos administradores*”<sup>271</sup>.

As decisões empresariais são caracterizadas pela assunção de riscos e pela inovação e criatividade inerentes à discricionariedade dos administradores, sendo, em regra, tomadas sob uma forte pressão temporal<sup>272</sup>.

Daí que, o fundamento da *business judgment rule* fosse precisamente evitar o controlo judicial do mérito das boas decisões empresariais que podem parecer negligentes, quando resultam em danos patrimoniais para a sociedade, evitando assim a inibição dos administradores tomarem decisões arriscadas<sup>273</sup>.

Compreende-se que assim seja, dado que os julgadores não possuem experiência empresarial <sup>274</sup> e tendem a julgar os resultados danosos das decisões, sobrestimando “a

---

<sup>270</sup> Barreiros, Filipe (2010), *ob. cit.*, pp. 86-87;

<sup>271</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 52;

<sup>272</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 53-54;

<sup>273</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 55;

<sup>274</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 54;

*probabilidade com que foram prognosticadas essas consequências e a desmerecerem um juízo ex ante dos factos, concentrado no processo (interim) da decisão*”<sup>275</sup>.

O Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, procedeu à reforma do Código das Sociedades Comerciais e veio introduzir no ordenamento jurídico português a regra da *business judgment rule*, no n.º 2, do artigo 72.º do CSC.

Dispõe este preceito que: “*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.*”.

Cabe agora analisar a forma como foi transposta a *business judgment rule* para o ordenamento jurídico português e qual o seu sentido e orientação, face à sua génese norte-americana.

Na base da transposição da *business judgment rule* para o ordenamento jurídico português e das alterações legislativas realizadas ao Código das Sociedades Comerciais, esteve o Processo de Consulta Pública n.º 1/2006 da CMVM <sup>276</sup>, o qual se transcreve:

*“Qualquer reforma legislativa atual sobre a posição jurídica do administrador deve implicar uma tomada de decisão 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 (ou não restringir) o sentido empresarial e empreendedor de atuação dos administradores.*

*(...) considera-se que a consagração no direito português de uma presunção de licitude da atuação do administrador implicaria uma fratura sistemática no nosso sistema de imputação de danos, com consequências praticas indesejáveis. Com efeito, deve dizer-se que o regime atualmente constante dos artigos 72.º e seguintes do Código – onde pontua uma presunção de atuação culposa dos titulares dos órgãos de administração, em caso de dano provocado por*

---

<sup>275</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de et al, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 56;

<sup>276</sup> Governo das Sociedades Anónimas: Proposta de Alteração ao Código das Sociedades Comerciais – Processo de Consulta Pública n.º 1/2006, CMVM, (Online), Disponível em: [http://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/ConsultasPublicas/CMVM/Documents/386be55a90fb4af5b225d6d5aedb32d4proposta\\_alter\\_csc.pdf](http://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/ConsultasPublicas/CMVM/Documents/386be55a90fb4af5b225d6d5aedb32d4proposta_alter_csc.pdf), 30-08-2017, pp. 17-18;

*ilícito que lhe seja imputável – esta coerência com o ordenamento geral da responsabilidade civil no ordenamento jurídico português, designadamente do constante do Código Civil.*

*(...) não se verificam em Portugal os pressupostos que suscitaram a criação dessa regra nos Estados Unidos. Aqui ela serviu de freio ao excesso de litigância nesta sede – justamente, por esse motivo, quis-se preservar o espírito de iniciativa dos administradores no exercício do seu cargo. Ora, não se verifica em Portugal esse excesso de litigância, pelo que falta à partida esse pressuposto. (...) Nestes termos, 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.*

*(...) A sua inclusão no artigo 72.º enquadrar-se-ia como complemento da cláusula geral sobre responsabilidade dos administradores já vigente entre nós, na senda do que era sustentado por alguma jurisprudência. Tal contribuiria para uma densificação dos deveres dos titulares dos órgãos de administração (no sentido de uma atuação profissional e informada, livre de interesses pessoais) e facilita o escrutínio judicial em caso de danos produzidos por atuações ilícitas dos administradores, evitando que o tribunal realize uma apreciação de mérito em matérias de gestão, para o que reconhecidamente não está preparado. (...)*

Verifica-se, claramente, que a introdução da *business judgment rule* no ordenamento jurídico português teve um enquadramento legal distinto, dado que o legislador não logrou manter o sentido e orientação dados a esta regra pelo sistema jurídico norte-americano<sup>277</sup>. Senão vejamos.

Desde logo, se atendermos à letra da lei (“*a responsabilidade é excluída se*”) e ao facto do legislador ter invertido o ónus da prova, cabendo ao administrador demonstrar que cumpriu os deveres impostos pelo n.º 1, do artigo 64.º do CSC e que “*atuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial*” (cfr. artigo 72.º, n.º 2, do CSC), não se vislumbra a consagração de uma presunção de licitude da conduta dos administradores, mas parece determinar uma eventual presunção de ilicitude, que se opõe ao sentido e orientação clássicos da *business judgment rule* do sistema norte-americano<sup>278</sup>.

Assim, o administrador só não será responsabilizado civilmente pelos danos causados à sociedade, por ausência de ilicitude da sua conduta, se conseguir provar que a sua decisão foi tomada no cumprimento dos deveres de cuidado e de diligência, e nos termos previstos no n.º

---

<sup>277</sup> Barreiros, Filipe (2010), *ob. cit.*, p. 97;

<sup>278</sup> Barreiros, Filipe (2010), *ob. cit.*, pp. 97-99;

2, do artigo 72.º do CSC, isto é, obedecendo a todos os procedimentos formais e critérios de racionalidade empresarial exigíveis<sup>279</sup>.

No entendimento de António Pereira de Almeida, “*enquanto o business judgment rule nos Estados Unidos constitui um standard de avaliação que protegeu os administradores, em Portugal, dada a postura da jurisprudência, é possível que o mesmo princípio venha a proporcionar uma mais ampla responsabilização, uma vez que é mais fácil avaliar o processo de decisão do que o mérito da mesma*”<sup>280</sup>.

Se a *business judgment rule*, na sua génese norte-americana, visa proteger os administradores concedendo-lhes uma maior proteção jurídica<sup>281</sup> e, ao mesmo tempo, assegurar-lhes uma maior discricionariedade e criatividade no âmbito das decisões empresariais, na forma de uma presunção de licitude, perante a fundamentação transcrita da proposta de alterações ao Código das Sociedades Comerciais da CMVM, a transposição desta regra para o ordenamento jurídico português parece vir consagrar em sentido oposto, uma presunção de ilicitude<sup>282</sup>.

Segue este entendimento Pedro Pais de Vasconcelos, que considera que a transposição da *business judgment rule* para o ordenamento jurídico português, através da introdução do n.º 2, do artigo 72.º do CSC, inverteu o sentido clássico norte-americano desta regra, uma vez que veio agravar a sujeição dos administradores à responsabilidade civil<sup>283</sup>.

Entende este autor, numa leitura sequencial dos n.ºs 1 e 2 do artigo 72.º do CSC, que:

- a) O n.º 1 consagra uma presunção de culpa típica da responsabilidade contratual que, conforme vimos, decorre dos estatutos ou do contrato de sociedade. (24) Pelo que, à sociedade demandante cabe fazer prova da violação dos deveres gerais do artigo 64.º do CSC, enquanto que aos administradores incumbe o ónus de alegar e provar que a sua conduta não foi culposa<sup>284</sup>;
- b) O n.º 2 veio consagrar uma presunção de ilicitude da conduta dos administradores, os quais têm o ónus de provar que atuaram, “*em termos informados, livre de*

---

<sup>279</sup> Barreiros, Filipe (2010), *ob. cit.*, p. 99;

<sup>280</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 281;

<sup>281</sup> Barreiros, Filipe (2010), *ob. cit.*, p. 97;

<sup>282</sup> Barreiros, Filipe (2010), *ob. cit.*, p. 93;

<sup>283</sup> Vasconcelos, Pedro Pais de (2009), *ob. cit.*, p. 23;

<sup>284</sup> Vasconcelos, Pedro Pais de (2009), *ob. cit.*, p. 24;

*qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial*”, numa interligação com os deveres de cuidado, de diligência e de lealdade consagrados no n.º 1, do artigo 64.º do CSC<sup>285</sup>. Isto é, para ilidir a presunção de ilicitude prevista neste preceito, os administradores têm de lograr provar que o seu comportamento foi pautado pelo cumprimento dos deveres elencados no n.º 1, do artigo 64.º do CSC.

Conclui Pedro Pais de Vasconcelos que a introdução da regra da *business judgment rule* veio agravar o regime da responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade no sistema jus societário português, na medida em que os administradores têm de ilidir ambas as presunções de ilicitude e de culpa, o que não se verificava no regime anterior à reforma de 2006<sup>286</sup>.

Por outro lado, uma das razões melhor descritas na Consulta Pública n.º 1/2006 da CMVM, para que a *business judgment rule* não fosse acolhida no ordenamento jurídico português da mesma forma como foi consagrada no sistema norte-americano, foi apontada por Gabriela Figueiredo Dias.

Segundo a autora, contrariamente ao que se passa no sistema norte-americano, no ordenamento jurídico português a litigância e a jurisprudência sobre a matéria da *business judgment rule* é praticamente inexistente, pelo que não se justifica a fixação de uma presunção de licitude da conduta dos administradores da sociedade<sup>287</sup>, que certamente iria contribuir para agravar a inércia que “*se verifica em relação a processos de responsabilização dos administradores por atos danosos praticados no exercício da gestão das sociedades*”<sup>288</sup>.

## **(ii) Pressupostos e Aplicabilidade da Business Judgment Rule**

Conforme já foi referido anteriormente, o legislador introduziu a regra da *business judgment rule* no n.º 2, do artigo 72.º do CSC, através da reforma feita ao Código das Sociedades Comerciais pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março.

---

<sup>285</sup> Vasconcelos, Pedro Pais de (2009), ob. cit., p. 24;

<sup>286</sup> Vasconcelos, Pedro Pais de (2009), ob. cit., pp. 24-25; no regime anterior à reforma de 2006 do CSC, era a sociedade demandante que tinha o ónus de provar a ilicitude da conduta do administrador, cabendo a este ilidir apenas a presunção de culpa.

<sup>287</sup> Dias, Gabriela Figueiredo (2006), ob. cit., p. 72;

<sup>288</sup> Dias, Gabriela Figueiredo (2006), ob. cit., p. 72;



Esta regra consagra que: “*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*”, decompondo-se em quatro pressupostos fundamentais, sendo que três são condições de aplicação e a quarta constitui a regra em si<sup>289</sup>.

Assim, na esteira de Coutinho de Abreu, Pedro Caetano Nunes e Filipe Barreiros, para que a *business judgment rule* possa ser aplicada:

- a) Em primeiro lugar, “*é necessário que uma decisão tenha sido tomada*”<sup>290</sup>, isto é, “*uma decisão de fazer algo ou de não fazer, uma escolha entre várias possibilidades*”<sup>291</sup> (tem de existir um *decisionmaking process* <sup>292</sup>), sendo que a *business judgment rule* não se aplica aos casos de omissão de tomada de decisão, quer seja por ignorância quer por outro tipo de motivos<sup>293</sup>;
- b) Em segundo lugar, “*os administradores, bem como pessoas próximas, não podem estar em situação de conflito de interesses com a sociedade relativamente ao objeto da decisão*”<sup>294</sup>, ou seja, os administradores não podem ter qualquer interesse pessoal e financeiro ou pecuniário no mérito da decisão<sup>295</sup>;
- c) Por fim, o administrador tem de se informar razoavelmente antes da tomada de decisão, isto é, “*as normas procedimentais da decisão têm de ser cumpridas*”<sup>296</sup>, no âmbito do cumprimento do dever de um *reasonable decisionmaking process*<sup>297 298</sup>;

---

<sup>289</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 24;

<sup>290</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, Cadernos, n.º 5, Coimbra, Almedina, 2007, p. 38;

<sup>291</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, Cadernos, n.º 5, Coimbra, Almedina, 2007, p. 38;

<sup>292</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 24;

<sup>293</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, Cadernos, n.º 5, Coimbra, Almedina, 2007, p. 37;

<sup>294</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, Cadernos, n.º 5, Coimbra, Almedina, 2007, p. 37;

<sup>295</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 24;

<sup>296</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, Cadernos, n.º 5, Coimbra, Almedina, 2007, p. 37;

<sup>297</sup> Barreiros, Filipe (2010), *ob. cit.*, p. 93;

<sup>298</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 24;

- d) Reunidas as três condições supra descritas, a *business judgment rule* permite que o mérito da decisão não seja analisado <sup>299</sup>, isto é, “*não será analisada a razoabilidade substancial da decisão, restringindo-se a análise à sua racionalidade*”<sup>300</sup> (só é admitida a responsabilidade dos administradores no campo das *egregious* ou *irrational decisions*, não havendo lugar à responsabilidade pela tomada de *negligente substantive decisions*<sup>301</sup>).

Importa também salientar que, a regra da *business judgment rule* não se aplica às decisões dos administradores que violem o dever de lealdade ou os deveres específicos legais, contratuais ou estatutários, uma vez que, nestes casos, as decisões são vinculativas e desprovidas de discricionariedade, sendo que os administradores estão obrigados a atuar no interesse da sociedade e no cumprimento desses deveres específicos<sup>302</sup>.

Fazendo, ainda, menção ao pensamento de Coutinho de Abreu, segundo o disposto no n.º 2, do artigo 72.º do CSC, se o administrador lograr provar que a sua decisão foi tomada de forma consciente, com informação adequada (“*em termos informados*”), na ausência de qualquer interesse pessoal e “*segundo critérios de racionalidade empresarial*”, ilidirá a presunção de culpa prevista no n.º 1, do mesmo preceito, e, simultaneamente, demonstrará a licitude da sua conduta e o cumprimento dos deveres de cuidado e diligência (cfr. artigo 64.º, n.º 1, al. a) do CSC), excluindo, assim, toda a sua responsabilidade pelos eventuais danos causados ao património da sociedade<sup>303</sup>.

No entendimento de Ricardo Costa, o administrador tem “*o dever de atuação procedimentalmente correta e razoável em termos informativos e de tomar decisões não irracionais*”<sup>304</sup>.

---

<sup>299</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 24;

<sup>300</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 24-25;

<sup>301</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 24-25;

<sup>302</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, Cadernos, n.º 5, Coimbra, Almedina, 2007, p. 38;

<sup>303</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, Cadernos, n.º 5, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 43-44;

<sup>304</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, IDET, Vol. I, Códigos, n.º 1, Coimbra, Almedina, 2011, p. 741;

Em primeiro lugar, é exigido aos administradores um grau de diligência informativa, que tem por base o critério da “*adequação no caso concreto daquele processo decisório*”<sup>305</sup>.

Considera o autor que a informação é adequada quando “*suficiente, efetiva e apropriada àquele tipo de matéria e, necessariamente, só a disponível antes de atuar e na extensão demandada pelas circunstâncias e de acordo com os diferentes cenários*”<sup>306</sup>.

Em segundo lugar, havendo conflito de interesses, a decisão deve ser tomada de forma a assegurar o interesse social, livre de qualquer interesse pessoal do administrador, *como condição de cumprimento do dever de gestão*<sup>307</sup>.

Por outro lado, existirá responsabilidade civil se a decisão for **irracional**, que apurar-se-á mediante um “*critério de racionalidade empresarial*”.

Mas o que se entende por “*critério de racionalidade empresarial*”? Como se define em termos práticos este padrão de carácter tão abstrato?

Ricardo Costa refere que existe irracionalidade sempre que “*a decisão se torna tão incompreensível que não pode deixar de se colocar fora da fronteira permitida à autonomia dos administradores para responder a uma dada situação*”<sup>308</sup>.

Segundo Coutinho de Abreu há que acrescentar à noção de “*racionalidade económica*” a especificação do fim empresarial que caracteriza a tomada de decisões e toda a atuação dos administradores das sociedades, mormente, a obtenção de lucro<sup>309</sup>.

Neste sentido, o critério de racionalidade empresarial poderá ser entendido como “*a consecução de um dado fim com o mínimo dispêndio de meios (princípio da economia dos meios), ou a consecução, com dados meios, do máximo grau de realização do fim (princípio máximo de resultado)*”<sup>310</sup>, sendo que, neste caso, o fim empresarial consiste, essencialmente, na obtenção de lucro.

---

<sup>305</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 82;

<sup>306</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 82-83;

<sup>307</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 80-81;

<sup>308</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 83-84;

<sup>309</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, Cadernos, n.º 5, Coimbra, Almedina, 2007, p. 44;

<sup>310</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, Cadernos, n.º 5, Coimbra, Almedina, 2007, p. 45;

Este autor conclui que a parte final, do n.º 2, do artigo 72.º do CSC “*deve ser interpretada restritivo-teleologicamente (interpretada à letra, ela dificulta muito ou impossibilita mesmo a prova e obriga o tribunal a juízo de mérito de larga escala)*”<sup>311</sup>, bastando “*ao administrador, para ficar isento de responsabilidade, que contra(prove) não ter atuado de modo “irracional” (incompreensivelmente, sem qualquer explicação coerente)*”<sup>312</sup> (interpretam no mesmo sentido António Pereira de Almeida<sup>313</sup> e Ricardo Costa<sup>314</sup>).

Esta interpretação dada por Coutinho de Abreu tem o seu fundamento no facto do administrador ter dificuldade em provar que a sua decisão foi tomada segundo critérios de racionalidade empresarial, quando dessa decisão resultaram danos para a sociedade, porquanto, os tribunais analisariam inevitavelmente o mérito de tais decisões pelos danos provocados à sociedade<sup>315</sup>.

Não nos podemos esquecer, que o verdadeiro objetivo da *business judgment rule* é excluir a valoração pelos tribunais do mérito das decisões pelos tribunais, constituindo esta regra uma importante restrição da responsabilidade dos administradores<sup>316</sup>.

Na esteira de Carneiro da Frada, “*o teor, sentido e alcance desta regra só se apura perante o pano de fundo que constituem os deveres dos administradores*”<sup>317</sup>.

Para o autor, sempre que o administrador tome uma decisão informada, sem interferência de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial, nomeadamente no cumprimento dos deveres de cuidado e de diligência previstos na alínea a), do n.º 1, do artigo 64.º do CSC, independentemente da decisão causar danos à sociedade, tal decisão será lícita<sup>318</sup>.

---

<sup>311</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, Cadernos, n.º 5, Coimbra, Almedina, 2007, p. 46;

<sup>312</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, Cadernos, n.º 5, Coimbra, Almedina, 2007, p. 46;

<sup>313</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 282;

<sup>314</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 84;

<sup>315</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, Cadernos, n.º 5, Coimbra, Almedina, 2007, p. 46;

<sup>316</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 23;

<sup>317</sup> Frada, Manuel A. Carneiro da (2007), *ob. cit.*, p. 1;

<sup>318</sup> Frada, Manuel A. Carneiro da (2007), *ob. cit.*, p. 11;

Assim, o regime substantivo da responsabilidade dos administradores centra-se na definição dos deveres gerais dos administradores<sup>319</sup>, nomeadamente o dever de cuidado, de diligência e o dever de lealdade elencados nas alíneas do n.º 1, do artigo 64.º do CSC.

Entende Pedro Caetano Nunes, que a *business judgment rule* tem de ser analisada por referência ao dever de cuidado, o qual compreende o dever de produzir uma decisão ponderada, equitativa e oportuna (*reasonable decision*), assim como o dever de obtenção de informação ao longo de um processo tendente à tomada de decisão (*reasonable decisionmaking process*)<sup>320</sup>.

Contudo, os tribunais não sindicam o mérito da decisão, isto é, não analisam se foi tomada uma *reasonable decision*, mas antes avaliam o (in)cumprimento do dever de realizar um *reasonable decisionmaking process* – a forma da decisão ou a razoabilidade do processo decisório<sup>321</sup>.

Significa, então que, no âmbito do *process due care*, o administrador deve tentar obter a informação suficiente antes de tomar uma decisão, através da criação de circuitos de obtenção de informação internos e, no caso de decisões empresariais de maior relevo, com recurso a meios externos de informação, que varia de acordo com a complexidade da decisão, com o tempo disponível, a variedade de decisões possíveis e os seus custos relativos<sup>322</sup>.

No entendimento de Ricardo Costa, é precisamente a verificação do subdever da tomada de uma *reasonable decision* que beneficia da regra da *business judgment rule*, desde que previamente se respeite o *reasonable decisionmaking process*<sup>323</sup>.

Utilizando a distinção entre *forma* e *substância* oriunda da jurisprudência norte-americana<sup>324</sup>, refere, ainda que, apenas é admissível a responsabilidade dos administradores: quanto à *forma da decisão*, “quando se conclui que o dano resultante da decisão foi devido ao facto de os administradores, antes de tomar a decisão, não terem sido suficientemente diligentes na aquisição de informação (*razoável background de conhecimento*) sobre os

---

<sup>319</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 22;

<sup>320</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 23;

<sup>321</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, Coimbra, Almedina, 2006, p. 23;

<sup>322</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 22-23;

<sup>323</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de et al, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 59;

<sup>324</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de et al, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 60;

*elementos que determinaram a decisão*<sup>325</sup>; quanto à substância, “em caso de decisões irracionais”<sup>326</sup>.

Em suma, a *business judgment rule* visa essencialmente a “insindicabilidade judicial do mérito das decisões de gestão por parte dos administradores”<sup>327</sup>, limitando a sua responsabilidade às decisões empresariais irracionais que violem o dever de diligência.

A sua defesa beneficia com o facto de o ónus da prova pertencer ao (à) Demandante da ação, cuja tarefa é conseguir provar que o administrador efetivamente violou o dever de cuidado<sup>328</sup>.

### **(iii) O n.º 2, do artigo 72.º do Código das Sociedade Comerciais: Causa de Exclusão da Ilicitude ou da Culpa?**

Conforme já se expôs, a transposição da *business judgment rule* para o ordenamento jurídico português gerou bastante polémica, porquanto tem sido alvo de diversas críticas e debates doutrinários, não só quanto à forma como foi transposta, mas também quanto à sua interpretação<sup>329</sup>.

Para António Pereira de Almeida, o n.º 2, do artigo 72.º do CSC, parece efetivamente apontar para uma causa de exclusão de responsabilidade (“a responsabilidade é excluída”)<sup>330</sup>.

Mas, qual o sentido interpretativo que deve ser dado à cláusula de exclusão de responsabilidade prevista no n.º 2, do artigo 72.º do CSC ?

Importa, desde já, analisar em termos doutrinários se estamos perante uma causa de exclusão da culpa ou da ilicitude.

Contudo, no entendimento de António Pereira de Almeida e de Filipe Barreiros, a *business judgment rule* não constitui uma causa de justificação, seja de exclusão de ilicitude, seja de exclusão da culpa, mas sim uma regra de avaliação da responsabilidade dos

---

<sup>325</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 60;

<sup>326</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 60;

<sup>327</sup> Barreiros, Filipe (2010), *ob. cit.*, p. 97;

<sup>328</sup> Barreiros, Filipe (2010), *ob. cit.*, p. 96;

<sup>329</sup> Barreiros, Filipe (2010), *ob. cit.*, p. 91;

<sup>330</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 283;

administradores para com a sociedade<sup>331 332</sup>, devendo o n.º 2, do artigo 72.º do CSC ser interpretado como um *standard of judicial review*, “no sentido de explicitar os meios de que os administradores se podem servir para destruir a prova de ilicitude em caso de violação dos deveres dos administradores”<sup>333</sup>.

Assim, para António Pereira de Almeida, a *business judgment rule* constitui uma regra geral de avaliação da responsabilidade dos administradores onde incumbe à sociedade lesada (demandante) o ónus de provar (ainda que indiciariamente) que o administrador violou os deveres previstos no n.º 1, do artigo 64.º do CSC (que no sistema norte-americano têm enquadramento legal nos *Principles of Corporate Governance*), sendo que os tribunais julgam somente o processo de tomada de decisão (*standard of judicial review*) e não o mérito da decisão em si<sup>334</sup>.

Por seu lado, cabe ao administrador fazer a impugnação dessa prova, recaindo sobre ele o ónus de provar que agiu sem culpa, de forma a ilidir a presunção estabelecida no n.º 1, do artigo 72.º do CSC, quando verificados os restantes pressupostos da responsabilidade civil<sup>335</sup>.

Em suma, a responsabilidade civil é afastada se o administrador provar que cumpriu os deveres fundamentais consagrados no n.º 1, do artigo 64.º do CSC.

Contrariamente à opinião de alguns juristas sobre esta matéria, António Pereira de Almeida não considera a *business judgment rule* como uma presunção de ilicitude, apesar de admitir a existência de uma presunção de culpa no n.º 1, do artigo 72.º do CSC, que apenas estabelece o ónus da prova quanto à questão da culpabilidade<sup>336</sup>.

Segundo este autor “não teria qualquer sentido que a causa da exclusão de ilicitude tivesse o mesmo conteúdo que os factos integrantes da própria ilicitude, como aconteceria da conjugação do art. 64.º, n.º 1, com o art. 72.º, n.º 2, para aqueles que interpretam este preceito

---

<sup>331</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 282;

<sup>332</sup> Barreiros, Filipe (2010), *ob. cit.*, p. 91;

<sup>333</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 287;

<sup>334</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 282-283,286;

<sup>335</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 286-287;

<sup>336</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 284-285;

*como uma cause de exclusão da ilicitude. Ou, ainda, que o demandado tivesse o ónus de excluir a ilicitude sem que desta houvesse prova*”<sup>337</sup>.

Entendimento distinto tem Pedro Caetano Nunes, que não se debruçando sobre a análise das noções de ilicitude e de culpa, considera o n.º 2, do artigo 72.º do CSC como *uma cláusula de exclusão da responsabilidade civil pela violação do dever de gestão*<sup>338</sup>, onde o legislador apenas isenta de responsabilidade o administrador que atua “segundo critérios de racionalidade empresarial”<sup>339</sup>.

Este autor delimita positivamente o campo de aplicação do n.º 2, do artigo 72.º do CSC, à exclusão da responsabilidade civil relativamente às decisões empresariais de risco<sup>340</sup>, que podem, nomeadamente, ser de *planificação, de investimento e desinvestimento e de realização ou não realização de determinadas operações ou negócios* <sup>341</sup>. Segundo ele, a exclusão da responsabilidade civil fundamenta-se na necessidade de proteção do risco empresarial, que condiciona o sucesso e desenvolvimento económico das empresas<sup>342</sup>.

No entanto, este preceito não tem aplicação no âmbito dos deveres de conteúdo específico, sendo incompatíveis com o critério de “*racionalidade empresarial*” <sup>343</sup>.

Na mesma esteira, Paulo Olavo Cunha é de opinião que o n.º 2, do artigo 72.º do CSC consagra uma regra de exclusão da responsabilidade dos administradores, sempre que estes “*demonstrarem que a sua intervenção foi ponderada, ocorreu de forma pessoalmente desinteressada e consistiu numa prática normal e adequada de gestão*”<sup>344</sup>.

No entanto, existem diversos autores que consideram que a *business judgment rule* constitui uma verdadeira **causa de exclusão da ilicitude** no ordenamento jurídico português.

---

<sup>337</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 285;

<sup>338</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Dissertação de Doutoramento, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 515,517;

<sup>339</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Dissertação de Doutoramento, Coimbra, Almedina, 2012, p. 517;

<sup>340</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Dissertação de Doutoramento, Coimbra, Almedina, 2012, p. 521;

<sup>341</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Dissertação de Doutoramento, Coimbra, Almedina, 2012, p. 521;

<sup>342</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Dissertação de Doutoramento, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 520-521;

<sup>343</sup> Nunes, Pedro Caetano, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Dissertação de Doutoramento, Coimbra, Almedina, 2012, p. 522;

<sup>344</sup> Cunha, Paulo Olavo (2012), *ob. cit.*, pp. 772-773;



Para Gabriela Figueiredo Dias, com a introdução do novo n.º 2, do artigo 72.º do CSC, o legislador optou por consagrar a *business judgment rule* sob uma cláusula de exclusão de responsabilidade<sup>345</sup>: desde que o administrador prove que “*atuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial*”, fica excluída a sua responsabilidade civil.

Na sua opinião, a transposição da *business judgment rule* para o sistema jurídico português não foi a mais feliz, uma vez que reflete “*uma indesejável confusão entre os conceitos de ilicitude e de culpa (...) fragmentando o regime dos deveres e da culpa dos administradores*”<sup>346</sup>.

Refere que o n.º 2, do artigo 72.º do CSC, não deve ser interpretado extensiva e complementarmente ao previsto no n.º 1, do mesmo preceito, uma vez que, se o administrador fizesse prova de que atuou em termos informados, na ausência de qualquer interesse pessoal e de acordo com “*critérios de racionalidade empresarial*”, iria ilidir a presunção de culpa, afastando deste modo a sua responsabilidade, independentemente de se ter verificado a ilicitude da sua conduta<sup>347</sup>, o que impediria os tribunais de analisarem o (in)cumprimento dos deveres fundamentais previstos no n.º 1, do artigo 64.º do CSC.

Pois, no seu entendimento, “*a ilicitude considera a conduta objetivamente, como negação dos valores tutelados pela ordem jurídica; a culpa destaca o lado subjetivo e individual do facto ilícito. Assim, enquanto existem circunstâncias que podem interferir no juízo de censura da conduta do agente (causas de exclusão da culpa), outras influenciam o juízo sobre o valor objetivo do facto (causas justificativas ou de exclusão da ilicitude)*”<sup>348</sup>.

Para a autora, o n.º 2, do artigo 72.º do CSC parece, então, apontar, em termos formais, para uma cláusula de exclusão da ilicitude, isto é, “*um padrão procedimental, um conjunto de regras de atuação cuja observância pelo administrador estabelece a licitude do seu comportamento*”<sup>349</sup>, dado que a questão da culpabilidade ficará resolvida se o administrador ilidir a presunção estabelecida no n.º 1, provando a inexistência de culpa na sua atuação<sup>350</sup>.

Não obstante, o n.º 2 do artigo 72.º do CSC deve ser articulado com o n.º 1 do artigo 64.º do CSC, uma vez que “*ambas as normas contêm critérios de avaliação da conduta do*

---

<sup>345</sup> Dias, Gabriela Figueiredo (2006), *ob. cit.*, p. 72;

<sup>346</sup> Dias, Gabriela Figueiredo (2006), *ob. cit.*, p. 78;

<sup>347</sup> Dias, Gabriela Figueiredo (2006), *ob. cit.*, p. 78;

<sup>348</sup> Dias, Gabriela Figueiredo (2006), *ob. cit.*, p. 74;

<sup>349</sup> Dias, Gabriela Figueiredo (2006), *ob. cit.*, p. 76;

<sup>350</sup> Dias, Gabriela Figueiredo (2006), *ob. cit.*, p. 74;

*administrador na prática do ato ilícito e danoso com consequências ao nível da ilicitude*”<sup>351</sup>, porquanto, enquanto a primeira elenca as regras procedimentais a seguir, a segunda, de natureza material ou substantiva, consagra os deveres fundamentais que devem ser cumpridos para afastar a ilicitude da conduta dos administradores<sup>352</sup>.

Acresce, ainda que, para a autora, da conjugação das duas normas resulta o seguinte:

- a) *“Se o administrador demonstrar que atuou procedimentalmente em conformidade com as exigências do art. 72.º, n.º 2, afastar-se-á in limine a ilicitude da sua conduta não havendo lugar a qualquer outra averiguação ou avaliação por parte do julgador: uma vez demonstrada a atuação informada, independente e empresarialmente reacional do administrador, não haverá lugar a outro tipo de avaliação em sede de ilicitude (ou de culpa), ficando prejudicado qualquer ulterior escrutínio da sua conduta (material) à luz dos deveres de cuidado e de lealdade prescritos no art.º 64.º, n.º 1;*
- b) *Se o administrador não puder provar que atuou em conformidade com o art. 72.º, n.º 2, o julgador devera aferir da licitude ou ilicitude da sua conduta através da apreciação material da respetiva conduta, nomeadamente pelo confronto da mesma com as exigências do art. 64.º, n.º 1, e das normas que em especial estabelecem os deveres e as funções dos administradores;*
- c) *Se se concluir, a esta luz, que a conduta do administrador violou algum desses deveres e, assim, pela licitude da conduta, presume-se a respetiva culpa, podendo, todavia, o administrador demonstrar que atuou de acordo com o critério do bónus pater famílias, estabelecido no art. 487.º, n.º 2, do Código Civil e concretizado de acordo com as exigências típicas associadas ao exercício da função de administrador de sociedades.*<sup>353</sup>”

Na opinião de Carneiro da Frada, a regra da *business judgment rule* prevista no n.º 2, do artigo 72.º do CSC *“contribui para fixar a ilicitude, pois auxilia a determinar o critério geral do art.º 64.º”*<sup>354</sup>, devendo ser entendida como uma causa de exclusão da ilicitude.

---

<sup>351</sup> Dias, Gabriela Figueiredo (2006), *ob. cit.*, p. 78;

<sup>352</sup> Dias, Gabriela Figueiredo (2006), *ob. cit.*, pp. 77-78;

<sup>353</sup> Dias, Gabriela Figueiredo (2006), *ob. cit.*, p. 77;

<sup>354</sup> Frada, Manuel A. Carneiro da (2007), *ob. cit.*, p. 11;

Refere que a ilicitude tal como se encontra descrita no n.º 1, do artigo 71.º do CSC compreende a violação dos deveres legais ou contratuais<sup>355</sup>. Trata-se de uma noção genérica que é preenchida pelo artigo 64.º, n.º 1 do CSC: a ilicitude corresponde, então, à violação dos deveres de cuidado e de lealdade, aplicando-se concretamente ao dever de cuidado os requisitos do n.º 2, do artigo 72.º do CSC<sup>356</sup>.

A sociedade demandante/lesada terá de fazer prova meramente indiciária da violação dos deveres gerais, em virtude da dificuldade de obtenção dos meios de prova da violação desses deveres por parte dos administradores, sendo que compete aos administradores a impugnação dessa prova<sup>357 358</sup>.

Conclui que “o tipo ilícito básico é, aqui, dado pelo art. 64.º, n.º 1 al. a), articulado com o art. 72, n.º 1”<sup>359</sup>, atuando a *business judgment rule* “complementarmente à caracterização da ilicitude, limitando o raio desse preceito”<sup>360</sup>.

Também Coutinho de Abreu entende que se o administrador provar que cumpriu as condições previstas no n.º 2 do artigo 72.º do CSC, nomeadamente, se a sua decisão foi tomada em termos informados, na ausência de situação de conflitos de interesses e segundo critérios de racionalidade empresarial, não poderá ser responsabilizado civilmente, por ausência de ilicitude<sup>361</sup>.

Assim, incumbe aos administradores demonstrar a licitude da sua conduta e a não violação dos deveres de cuidado e de lealdade, pese embora a sociedade demandante/lesada tenha o ónus de provar os factos constitutivos do direito à indemnização por danos causados ao seu património social<sup>362</sup>.

---

<sup>355</sup> Frada, Manuel A. Carneiro da (2007), *ob. cit.*, p. 11;

<sup>356</sup> Frada, Manuel A. Carneiro da (2007), *ob. cit.*, p. 11;

<sup>357</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 286;

<sup>358</sup> Frada, Manuel A. Carneiro da (2007), *ob. cit.*, p. 11;

<sup>359</sup> Frada, Manuel A. Carneiro da (2007), *ob. cit.*, p. 12;

<sup>360</sup> Frada, Manuel A. Carneiro da (2007), *ob. cit.*, p. 12;

<sup>361</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, Cadernos, n.º 5, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 42-43;

<sup>362</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, Cadernos, n.º 5, Coimbra, Almedina, 2007, p. 43;

No mesmo sentido António Fernandes de Oliveira defende que o n.º 2, do artigo 72.º do CSC constitui uma causa de exclusão da ilicitude, tendo aplicação prática nos casos de violação do dever de cuidado consagrado no artigo 64.º do CSC<sup>363</sup>.

A responsabilidade civil é afastada, não havendo violação do dever de cuidado, quando o administrador tenha atuado em termos informados, na ausência de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial, exigindo-se apenas que os administradores demonstrem que os critérios formais do processo e tomada de decisão foram cumpridos<sup>364</sup>.

Nuno Calaim Lourenço vai no mesmo sentido referindo que a cláusula de exclusão da responsabilidade prevista no n.º 2, do artigo 72.º do CSC, *opera ao nível da ilicitude e não da culpa*<sup>365</sup>.

Já Pedro Pais de Vasconcelos considera que o n.º 2, do artigo 72.º do CSC consagra uma presunção de ilicitude, que facilita a condenação dos gestores em sede de responsabilidade civil. Desta forma, o autor entende que o preceito elenca uma causa de exclusão da ilicitude, sendo que cabe aos gestores a prova de que cumpriram os deveres de cuidado, de diligência e de lealdade previstos no artigo 64.º, n.º 1, alínea a) do CSC, de forma a afastar a sua responsabilidade<sup>366</sup>.

Contrariamente à doutrina supra exposta, António Menezes Cordeiro entende que a regra da *business judgment rule* constitui uma **causa de exclusão da culpa**.

Segundo o autor os deveres consagrados no artigo 64.º do CSC, cujo seu cumprimento afasta o juízo de ilicitude, não devem sobrepor-se aos deveres legais ou estatutários, os quais não podem, de forma alguma, ser revogados pelo n.º 2, do artigo 72.º do CSC<sup>367</sup>.

Fundamenta esta ideia no facto de a regra ditar que o dever específico prevalece sobre o genérico, não aceitando que o administrador, no respeito pelo artigo 64.º do CSC, fique isento de cumprir outros deveres para com a sociedade, nomeadamente os legais ou estatutários<sup>368</sup>.

No entanto, a sua interpretação vai no sentido de que, no âmbito da responsabilidade obrigacional, a culpa e a ilicitude são indissociáveis: a regra da *business judgment rule* permitirá isentar o administrador do juízo de censura que, sobre ele irá incidir <sup>369</sup>, excluindo-se a culpa e, simultaneamente, a ilicitude.

---

<sup>363</sup> Câmara, Paulo *et al* (2008), *ob. cit.*, p. 290;

<sup>364</sup> Câmara, Paulo *et al* (2008), *ob. cit.*, p. 290;

<sup>365</sup> Lourenço, Nuno Calaim (2011), *ob. cit.*, p. 45;

<sup>366</sup> Vasconcelos, Pedro Pais de (2009), *ob. cit.*, pp. 24-25;

<sup>367</sup> Cordeiro, António Menezes (2011), *ob. cit.*, pp. 984-985;

<sup>368</sup> Cordeiro, António Menezes (2011), *ob. cit.*, pp. 984-985;

<sup>369</sup> Cordeiro, António Menezes (2011), *ob. cit.*, p. 985;

Por outro lado, Ricardo Costa entende que o n.º 2, do artigo 72.º do CSC constitui uma cláusula de exclusão da responsabilidade, uma vez verificados os pressupostos da *business judgment rule* aí elencados<sup>370</sup>.

Contudo, é de opinião que a *business judgment rule* constitui, simultaneamente, uma **causa de exclusão de ilicitude e de culpa**, porquanto os pressupostos previstos no n.º 2, do artigo 72.º do CSC têm uma dupla função: “*atuar ao mesmo tempo sobre a ilicitude do facto e a culpa do agente*”<sup>371</sup>.

A ilicitude considera a conduta dos administradores em termos objetivos e verifica-se sempre que é infringido o dever de cuidado, na sua manifestação de *tomar decisões substancialmente razoáveis*, e ainda, no dever mínimo, sucedâneo deste, de *atuação procedimentalmente correta e razoável em termos informativos* e de *tomar decisões não irracionais*<sup>372</sup>, que é considerado no momento de avaliação da conduta do administrador e imposto pelo n.º 2, do artigo 72.º do CSC<sup>373</sup>.

Entente este autor que, uma vez verificado o requisito de ilicitude, a culpa do agente verificar-se-á de forma sequencial, pois a culpa “*não pode ser indiferente aos critérios previstos no art. 72.º, n.º 2, uma vez que eles devem também servir para excluir a responsabilidade como elementos constitutivos de atuação não culposa*”<sup>374</sup>. Significa, então, que verificadas as três condições previstas no n.º 2, do artigo 72.º do CSC, o administrador consegue ilidir a presunção de culpa consagrada no n.º 1 desse preceito<sup>375</sup>. Ora, partindo do pressuposto de que a culpa expressa um “*juízo de reprovabilidade pessoal da conduta*”<sup>376</sup>, no momento de aferir a responsabilidade dos administradores no processo de tomada de decisão, quando “*de entre as opções legítimas porque ainda bem informadas e racionais, a sua opção é lícita à luz do*

---

<sup>370</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 79;

<sup>371</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 77;

<sup>372</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 75;

<sup>373</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 75-76;

<sup>374</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 77;

<sup>375</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 77;

<sup>376</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 77;

*ordenamento jus societário e não merece a reprovação do direito*<sup>377</sup>, a sua conduta não é suscetível de tal juízo de censurabilidade.

Ricardo Costa refere, também, que esta interpretação dada ao n.º 2, do artigo 72.º do CSC acaba por confirmar a dupla função do artigo 64.º do CSC, nomeadamente, a “concretização da ilicitude dos comportamentos e imputabilidade a título de culpa do ato ilícito ao agente”<sup>378</sup>. Assim, apesar dos pressupostos da ilicitude e da culpa serem distintos, acabam por ser pressupostos indissociáveis e complementares entre si, na medida em que o dever geral de cuidado atua sobre a ilicitude e a culpa, na apreciação do (in)cumprimento dos deveres gerais e da determinação da *indemnizabilidade*<sup>379</sup>.

Conclui, ainda, que o artigo 64.º do CSC, o qual prescreve os deveres de cuidado e de lealdade como normas de conduta exigíveis aos administradores, deve ser articulado com os n.ºs 1 e 2, do artigo 72.º do CSC, que consagra um critério formal, isto é, o cumprimento mínimo no processo de tomada de decisão do dever de cuidado, “*que na prática reduz a diligência medianamente reivindicada ao “gestor criterioso e ordenado”*”<sup>380</sup>.

---

<sup>377</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 77;

<sup>378</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 78;

<sup>379</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 79;

<sup>380</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007, p. 79;

## Capítulo IV - Outros Casos de Inexistência de Responsabilidade Civil

Existem determinadas circunstâncias previstas na lei que, pese embora se encontrem preenchidos todos os pressupostos da responsabilidade civil, afastam a responsabilidade dos administradores para com a sociedade, e estão previstas no artigo 72.º, n.ºs 3, 4 e 5 do CSC.

Assim, conforme dispõe o n.º 3, do preceito: “*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 livro de atas, quer em escrito dirigido ao órgão de fiscalização, se o houver, quer perante notário ou conservador.*”.

Deste preceito conclui-se que, quando de uma deliberação do órgão administrativo resulta um dano para a sociedade, os administradores que nela *não tenham participado*, ou *hajam votado vencidos*, não são responsáveis civilmente<sup>381</sup>.

Não participam na deliberação colegial, os administradores que não estiveram presentes na reunião da forma tradicional onde é tomada a deliberação, nem se fez representar ou votou por correspondência, ao abrigo do disposto no artigo 410.º, n.ºs 5 e 7 do CSC, assim como aqueles que não participam, nem presencialmente nem por meio de representante, nas reuniões realizadas através de meios telemáticos onde a deliberação é tomada (artigo 410.º, n.º 8 do CSC).

Também não participa na deliberação o administrador que se encontra em situação de conflito de interesses para com a sociedade e, por essa razão, não vota, pois está impedido de exercer esse direito<sup>382</sup> (cfr. artigo 410.º, n.º 6 do CSC).

Do preceito resulta, ainda que, não são responsáveis civilmente perante a sociedade os administradores que votaram em sentido contrário àqueles que votaram favoravelmente, e em maioria, na deliberação causadora de danos à sociedade. Nestas situações, os administradores que hajam votado vencidos podem fazer lavrar no prazo de cinco dias a sua declaração de voto, quer no respetivo livro de atas, quer no escrito dirigido ao órgão de fiscalização, se o houver,

---

<sup>381</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, IDET, Vol. I, Códigos, n.º 1, Coimbra, Almedina, 2011, p. 848;

<sup>382</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, IDET, Vol. I, Códigos, n.º 1, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 448-449;

quer perante notário ou conservador, para salvaguardar a sua posição (cfr. artigo 72.º, n.º 3 do CSC)<sup>383</sup>.

Por outro lado, dispõe o n.º 4, do artigo 72.º do CSC que: “*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.*”.

Assim, o administrador que não participou na deliberação ilícita e danosa pode vir a ser responsabilizado civilmente, caso não exerça o seu direito de oposição.

No entendimento de António Pereira de Almeida, “*se tiverem conhecimento de uma conduta ilícita de outro administrador, ou se dela devessem tomar conhecimento se exercessem diligentemente as suas funções, são também responsáveis os administradores que não se oponham provocando uma deliberação colegial e isto mesmo que a conduta ilícita fosse executada ao abrigo de poderes delegados, pois o coletivo nunca perde a competência para deliberar sobre qualquer assunto delegado num administrador*”<sup>384</sup> Para este autor, o preceito constitui “*uma sanção para os administradores absentistas que não exerceram diligentemente as suas funções, nem sequer se preocuparam com a vigilância dos administradores delegados ou efetivos – “culpa in vigilando”*”, que engloba também os administradores não executivos, aqueles que integram a comissão de auditoria e os que não têm funções delegadas de gestão ou representação<sup>385</sup>.

Coutinho de Abreu refere que, no caso das deliberações nulas, o administrador não participante não deve executá-las nem consentir a sua execução, devendo antes promover a sua declaração e nulidade (artigo 412.º, n.ºs 4 e 1 do CSC) e quanto às deliberações anuláveis, o administrador deverá encetar esforços para que as mesmas não sejam executadas, promovendo a suspensão judicial e anulação<sup>386</sup>.

O n.º 5, do artigo 72.º do CSC consagra que: “*A responsabilidade dos gerentes ou administradores para com a sociedade não tem lugar quando o ato ou omissão assente em deliberação dos sócios, ainda que anulável*”.

---

<sup>383</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 289;

<sup>384</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 289;

<sup>385</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 289-290;

<sup>386</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, IDET, Vol. I, Códigos, n.º 1, Coimbra, Almedina, 2011, p. 849;



Entende António Pereira de Almeida que a exclusão da responsabilidade se justifica quando o cumprimento das deliberações é imposto aos gerentes das sociedades por quotas, nos termos do artigo 259.º do CSC<sup>387</sup>.

No caso das sociedades anónimas, é o conselho de administração que deve obediência às deliberações dos acionistas, nos casos em que a lei ou o contrato de sociedade o determinem (cfr. artigo 405.º, n.º 1, do CSC), sendo que sobre as matérias de gestão da sociedade, os acionistas só podem deliberar a pedido do órgão de administração (cfr. artigo 373.º, n.º 3 do CSC).

Assim, se os estatutos forem omissos, a causa de justificação prevista no n.º 5, do artigo 72.º do CSC não se aplica, apesar da sua atividade de gestão ter sido exercida com base em deliberações tomadas pelos acionistas<sup>388</sup>.

Coutinho de Abreu entende que este preceito deve ser interpretado *restritivamente*<sup>389</sup>, pois apesar dos administradores se encontrarem vinculados às deliberações, de forma a excluïrem a sua responsabilidade para com a sociedade “*não devem executar deliberações dos sócios quando tenham ocorrido factos que alteram substancialmente as circunstancias que justificaram a sua adoção e derivem danos para a sociedade da execução. Também não desresponsabilizam os administradores as deliberações prejudiciais para a sociedade por eles indevidamente determinadas ou condicionadas (v.g., os administradores não informaram falsamente sobre os riscos do negócio objeto de deliberação ou sobre os seus interesses nele envolvidos)*”<sup>390</sup>.

Esta causa de exclusão da responsabilidade não se aplica às deliberações nulas, nem nos casos em que o ato do administrador tiver sido praticado posteriormente à data da suspensão ou anulação das deliberações<sup>391</sup>.

---

<sup>387</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 292;

<sup>388</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 292;

<sup>389</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, Cadernos, n.º 5, Coimbra, Almedina, 2007, p. 51;

<sup>390</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, Cadernos, n.º 5, Coimbra, Almedina, 2007, p. 51;

<sup>391</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 293;

Contudo, o administrador deve respeitar e obedecer às deliberações anuláveis, desde que conclua que as mesmas não serão suscetíveis de ser anuladas ou que a sua execução poderá causar danos à sociedade<sup>392</sup>.

---

<sup>392</sup> Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, Cadernos, n.º 5, Coimbra, Almedina, 2007, p. 41;

## Capítulo V - Concretização da Responsabilidade Civil

A responsabilidade dos administradores para com a sociedade é solidária, ao abrigo do disposto no artigo 73.º do CSC, e é efetivada mediante o recurso às vias judiciais.

De forma a obter uma sentença de condenação para o pagamento de uma indemnização à sociedade<sup>393</sup>, verificados todos os pressupostos da responsabilidade civil dos Administradores, a lei societária prevê três tipos de ações judiciais para o efeito, nomeadamente, as ações sociais “*ut universi*” e “*ut singuli*” e a ação sub-rogatória dos credores sociais, as quais irão de seguida ser objeto de uma breve análise.

### Secção I - Ação Social “*Ut Universi*”

No entendimento de António Pereira de Almeida, a Ação social “*ut universi*” constitui “*o procedimento natural para obter o ressarcimento dos danos causados à sociedade, verificados os pressupostos da responsabilidade civil dos administradores*”<sup>394</sup>, intentada pela própria sociedade contra quem lhe causou os prejuízos.

Ao abrigo do disposto no n.º 1, do artigo 75.º do CSC, a ação de responsabilidade proposta pela sociedade depende de deliberação dos sócios, tomada por simples maioria, e deve ser proposta no prazo de seis meses a contar da referida deliberação.

Sendo que, o n.º 2 do preceito prevê que as deliberações no âmbito da propositura da ação de responsabilidade e destituição dos administradores, deverão ser tomadas em assembleia geral anual que aprecie as contas do exercício, quando sejam detetadas irregularidades suscetíveis de fundamentar a responsabilidade civil dos administradores<sup>395</sup>, ainda que esse assunto não conste da convocatória.

Em consequência, os administradores cuja responsabilidade estiver em causa, não podem votar nessas deliberações (artigos 75.º n.º 3, 281.º, n.º 1 e) do CSC).

---

<sup>393</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 293;

<sup>394</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 294;

<sup>395</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 294;

Após a tomada das deliberações favoráveis à instauração da ação de responsabilidade civil, a sociedade tem o prazo de seis meses para o fazer, podendo os sócios designar representantes especiais para o efeito.

Pode, também, o tribunal, a requerimento de um ou mais sócios que possuam, pelo menos, 5% do capital social, nomear, no respetivo processo, como representante da sociedade pessoa ou pessoas diferentes daquelas a quem cabe normalmente a sua representação, quando os sócios não tenham procedido a tal nomeação ou se justifique a substituição do representante nomeado pelos sócios, nos termos do n.º 1, do artigo 76.º do CSC.

Tendo a sociedade decaído totalmente na ação, a minoria que requerer a nomeação de representantes judiciais é obrigada a reembolsar a sociedade das custas judiciais e outras despesas (artigo 76.º, n.º 3 do CSC).

## **Secção II - Acção Social “*Ut Singuli*”**

Constitui uma ação subsidiária à ação social “*ut universi*”, que só poderá ser utilizada pelos sócios quando a sociedade não tome a iniciativa de efetivar a responsabilidade dos seus administradores pelos prejuízos causados a esta, que aproveita inevitavelmente à sociedade e a todos os sócios<sup>396</sup>.

Neste caso, a sociedade deve ser sempre chamada à causa por intermédio dos seus representantes, conforme prevê o artigo 77.º, n.º 4 do CSC, apesar deste tipo de ação ser proposta por uma minoria de sócios.

Assim, os sócios que possuam, pelo menos, 5% do capital social, ou 2% no caso de sociedade emitente de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado, podem propor ação social de responsabilidade contra gerentes ou administradores, com vista à reparação, a favor da sociedade, do prejuízo que esta tenha sofrido, quando a mesma não a haja solicitado, conforme o previsto no n.º 1, do artigo 77.º do CSC.

Não obsta ao prosseguimento da ação social, o facto dos sócios que a instauraram deixarem de ter essa qualidade ou, entretanto, desistam da instância, ao abrigo do disposto no n.º 3, do artigo 77.º do CSC.

No entanto, os administradores (réus) podem requerer que sobre a questão suscitada recaia decisão prévia ou que os sócios prestem caução, quando houver suspeita de que a ação

---

<sup>396</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 295;

foi proposta para prosseguir interesses diversos dos protegidos por lei, com o intuito de acautelar eventuais abusos dos sócios para com os administradores ou para com a sociedade (cfr. antigo 77.º, n.º 5 do CSC)<sup>397</sup>.

### **Secção III - Ação Sub-Rogatória dos Credores Sociais**

Trata-se igualmente de uma ação subsidiária, da qual os credores sociais podem socorrer-se quando nem a sociedade, nem os sócios tomem a iniciativa de exigir judicialmente uma indemnização aos administradores pelos prejuízos causados à sociedade.

Note-se que, a sociedade é igualmente chamada a intervir neste tipo de ação, ao abrigo do disposto no artigo 608.º do CC (aplicável *ex. vi* do artigo 78.º, n.º 2 do CSC).

Os credores sociais podem exercer o direito de indemnização de que a sociedade é titular em sede de responsabilidade civil, ao abrigo do disposto nos artigos 606.º a 609.º do CC, mediante a ação sub-rogatória, nos termos do n.º 2, do artigo 78.º do CSC<sup>398</sup>.

António Pereira de Almeida entende que os n.ºs 3 e 5 do artigo 78.º do CSC não têm aplicação na ação sub-rogatória, na medida em que os credores sociais agem, em substituição, ou como se fossem a própria sociedade<sup>399</sup>.

Refere, ainda que, o n.º 1, do artigo 78.º do CSC prevê a acção pessoal dos credores sociais com características distintas face à ação sub-rogatória, uma vez que “*os credores terão de provar que a atuação ilícita dos administradores tornou o património social insuficiente para a garantia dos seus créditos, prova essa que nem sempre será fácil e qua não é necessária na ação sub-rogatória*”<sup>400</sup>.

Acresce, também, que na ação pessoal o credor tem o ónus de provar que a atuação do administrador foi culposa, o que não ocorre na ação sub-rogatória, cujos pressupostos são os mesmos da responsabilidade para com a sociedade<sup>401</sup>.

---

<sup>397</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 296;

<sup>398</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 296;

<sup>399</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 297;

<sup>400</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 297;

<sup>401</sup> Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários e Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, p. 297;



## Conclusão

Num contexto económico-financeiro fortemente globalizado e imprevisível, a atividade de gestão empresarial caracteriza-se pela tomada de decisões ariscadas que tanto podem resultar em lucros consideráveis ou em prejuízos avultados para as sociedades.

A discricionariedade empresarial é benéfica e desejável, pois não se pretende inibir a criatividade dos administradores na tomada de decisões empresariais, mas sim incentivar a assunção de riscos e fomentar o espírito empreendedor, com vista à obtenção de resultados favoráveis às empresas.

No entanto, essa discricionariedade empresarial não poderá ser negligente ou traduzir-se numa má gestão, uma vez que os administradores têm de pautar o exercício das suas funções de gestão empresarial pelo cumprimento dos deveres de conduta a que se encontram vinculados, de forma a não serem responsabilizados civilmente, independentemente do resultado da decisão.

A discricionariedade empresarial deve, então, ser balizada por padrões de conduta, exigíveis aos administradores enquanto gestores da atividade societária, que se aplicam tendo em conta as circunstâncias do caso concreto.

Os Princípios da *Corporate Governace* oriundos do direito societário norte-americano exercem grande influencia sobre a matéria da responsabilidade civil dos administradores no ordenamento jurídico português.

A consagração dos deveres gerais de cuidado, diligência e lealdade, introduzidos pela nova redação do artigo 64.º do CSC, dada pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, foi influenciada pelos denominados *fiduciary duties* dos *Principles of Corporate Governance* do direito societário norte-americano, nomeadamente pelo *duty of care* e pelo *duty of loyalty*, que constituem o regime substantivo da responsabilidade civil dos administradores.

A nova redação do artigo 64.º do CSC, veio consagrar que os administradores devem exercer as suas funções de gestão “*revelando a disponibilidade, a competência técnica e o*

*conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores”.*

Os deveres fundamentais constituem cláusulas abstratas de comportamentos exigíveis que se adaptam ao caso concreto, pautando a atuação dos administradores no exercício das suas funções de gestão, que relevam para aferir a responsabilidade dos administradores para com a sociedade.

Surgiu no final do século XIX, na jurisprudência norte-americana, uma regra que visa limitar a responsabilidade civil dos administradores, por referência ao *duty of care*, e tem vindo a ser introduzida nos regimes jurídicos de diversos países, nomeadamente em Portugal: a *business judgment rule*.

Apesar desta regra apresentar diversas formulações, uma parte preponderante da jurisprudência norte-americana consagra-a como uma presunção de licitude que visa proteger a adoção de decisões empresariais arriscadas e discricionárias, na medida em que verificados os seus pressupostos, exclui a valoração do mérito da decisão empresarial pelos tribunais e restringe a responsabilidade civil dos administradores.

A *business judgment rule* foi introduzida pelo legislador português no n.º 2, do artigo 72.º do CSC, através do Decreto Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março, no entanto, teve um enquadramento legal distinto, dado que o legislador não logrou manter o seu sentido e orientação clássicos do direito societário norte-americano (concorda-se que não foi essa a sua pretensão).

Tendo em conta a letra da lei (“*a responsabilidade é excluída se*”), mas sobretudo a inversão do ónus da prova, uma vez que o administrador tem o ónus de demonstrar que cumpriu os deveres impostos pelo n.º 1, do artigo 64.º do CSC e que “*atuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial*”, não nos parece que o preceito consagre uma presunção de licitude da conduta dos administradores, mas sim uma eventual presunção de ilicitude, que se traduz numa agravação da responsabilidade



dos administradores, dado a já existente presunção de culpa prevista no n.º 1, do artigo 72.º do CSC.

Além disso, segundo a opinião da CMVM: a adoção de uma presunção de licitude no direito societário português implicaria uma fratura sistemática no nosso sistema de imputação dos danos do regime da responsabilidade civil, uma vez que os artigos 72.º e seguintes do CSC são coerentes com o regime geral da responsabilidade civil previsto no artigo 483.º e seguintes do CC.

A doutrina portuguesa diverge quanto à forma como foi transposta para o nosso ordenamento jurídico e a interpretação que deve ser dada à regra da *business judgment rule*, elencada no n.º 2, do artigo 72.º do CSC: por um lado, existem autores que a entendem como um *standard* de avaliação da conduta dos administradores, excluindo a teoria da presunção de ilicitude; por outro lado, outros juristas classificam-na como uma cláusula de exclusão da responsabilidade que opera quer ao nível da culpa, quer ao nível da ilicitude, ou de ambas.

Tomando uma posição crítica face às diferentes orientações doutrinárias expostas na presente dissertação, não parece que a *business judgment rule* consubstancie uma presunção de ilicitude no nosso direito societário.

Entende-se que, quando preenchidos os pressupostos desta regra consagrados no n.º 2, do artigo 72.º do CSC, nomeadamente, sempre que o administrador tome uma decisão informada, sem interferência de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial (quando verificados todos os procedimentos formais e critérios de racionalidade empresarial que lhe são exigíveis, no âmbito do dever de um *reasonable decisionmaking process*), conseguirá ilidir a presunção de culpa prevista no n.º 1 desse preceito e, simultaneamente, demonstrar a licitude da sua conduta pelo cumprimento dos deveres de cuidado e diligência, excluindo, assim, toda a sua responsabilidade pelos danos causados à sociedade.

Conclui-se que a *business judgment rule*, tal como foi transposta no n.º 2, do artigo 72.º do CSC, não constitui uma causa de exclusão de responsabilidade civil, quer de ilicitude, quer da culpa, mas antes uma regra de avaliação da conduta dos administradores que afasta a sua responsabilidade mediante a verificação das suas condições de aplicabilidade, devendo ser sempre conjugada com o artigo 64.º do CSC. Na medida em que, mediante o cumprimento dos

critérios gerais de conduta nele elencados, nomeadamente os deveres de cuidado e a diligência de um “gestor criterioso e ordenado”, é possível destruir a prova de ilicitude da sua conduta feita pela sociedade demandante.

Finalmente, a *business judgment rule* não tem relevância prática no sistema societário português, dado a inexistência de casos de efetiva condenação de um administrador para com a sociedade por violação dos deveres consagrados no artigo 64.º do CSC.

## Referências Bibliográficas

- Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (coord.), *Código das Sociedades Comerciais Em Comentário*, IDET, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2011;
- \_\_\_\_\_, *Governança das Sociedades Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2006;
- \_\_\_\_\_, *et al*, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios, n.º 3, Coimbra, Almedina, 2007;
- \_\_\_\_\_, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET, Cadernos, n.º 5, Coimbra, Almedina, 2007;
- Almeida, António Pereira de, *Sociedades Comerciais Valores Imobiliários E Mercados*, 6.ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011;
- \_\_\_\_\_, "A Business Judgment Rule", *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2011;
- Barreiros, Filipe, *Responsabilidade Civil dos Administradores: Os Deveres Gerais e a Corporate Governance*, Dissertação de Mestrado em Direito das Empresas, Coimbra, Wolters Kluwer Coimbra Editora, 2010;
- Câmara, Paulo *et al*, *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, Coimbra, Almedina, 2008;
- Coelho, Ulhoa Fábio e Maria de Fátima Ribeiro (coord.) *et al*, *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*, Coimbra, Almedina, 2012;
- Cordeiro, António Menezes, *Direito das Sociedades, I Parte Geral*, 3.ª Edição Ampliada e Atualizada, Coimbra, Almedina, 2011;
- Costa, Ricardo, "Deveres gerais dos administradores e "gestor criterioso e ordenado"", *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2011;
- Cunha, Paulo Olavo, *Direito das Sociedades Comerciais*, 5.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2012;
- Cunha, Tânia Meireles da, *Da Responsabilidade dos Gestores de Sociedades Perante os Credores Sociais, A Culpa na Responsabilidade Civil e Tributária*, 2.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2009;
- Dias, Gabriela Figueiredo, *Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil (Após a Reforma do Código das Sociedades Comerciais)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006;
- Eisenberg, Melvin Aron, "An Overview of The Principles of Corporate Governance", *The Business Lawyer*, (Online), Vol. 48, Berkeley Law, 1993, Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3024&context=facpubs>, 02-09-2017;
- Ferreira, Paula Cristina Domingues Paz Dias, *Responsabilidade Civil dos Administradores e Gestores Perante a Sociedade*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Privatísticas, Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2011;
- Frada, Manuel A. Carneiro da, "A Business Judgment Rule no Quadro dos Deveres Gerais dos Administradores", *Revista da Ordem dos Advogados*, (Online), Ano 67, Vol. I, 2007, Disponível em: <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol->

[i-jan-2007/doutrina/manuel-a-carneiro-da-frada-a-business-judgment-rule-no-quadro-dos-deveres-gerais-dos-administradores/](http://i-jan-2007/doutrina/manuel-a-carneiro-da-frada-a-business-judgment-rule-no-quadro-dos-deveres-gerais-dos-administradores/), 06-11-2016;

Governo das Sociedades Anónimas: Proposta de Alteração ao Código das Sociedades Comerciais – Processo de Consulta Pública n.º 1/2006, CMVM, (Online), Disponível em: [http://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/ConsultasPublicas/CMVM/Documents/386be55a90fb4af5b225d6d5aedb32d4proposta\\_alter\\_csc.pdf](http://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/ConsultasPublicas/CMVM/Documents/386be55a90fb4af5b225d6d5aedb32d4proposta_alter_csc.pdf), 30-08-2017;

Lourenço, Nuno Calaim, *Os Deveres de Administração e a Business Judgment Rule*, Coimbra, Almedina, 2011;

Nunes, Pedro Caetano, *Corporate Governance*, Coimbra, Almedina, 2006;

\_\_\_\_\_, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Dissertação de Doutoramento, Coimbra, Almedina, 2012;

Rocha, Liliana Barcelos, *A Responsabilidade dos Administradores e a Business Judgment Rule*, Dissertação de Mestrado em Direito das Empresas, Lisboa, ISCTE, 2014;

Serens, M. Nogueira, *Código das Sociedades Comerciais*, 29.<sup>a</sup> Edição, Coimbra, Almedina, 2014;

Silva, João Calvão da, “Responsabilidade Civil dos Administradores Não Executivos”, *Revista da Ordem dos Advogados*, Ano 67, Vol. I, Edição da Ordem dos Advogados, 2007;

Triunfante, Armando Manuel, *Código das Sociedades Comerciais Anotado (Anotações a Todos os Preceitos Alterados)*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007;

Vasconcelos, Pedro Pais de, “Responsabilidade Civil dos Gestores das Sociedades Comerciais”, *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 1, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2009;