

ISCTE  **IUL**
Instituto Universitário de Lisboa

Escola de Ciências Sociais e Humanas

Departamento de Economia Política

O Dever de Lealdade dos Administradores

Ana Isabel Ferreira da Silva Teixeira

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de

Mestre em Direito das Empresas, Direito das Sociedades Comerciais

Orientador:

Doutor Manuel António Pita, Professor Auxiliar

ISCTE – Instituto Universitário de Lisboa

Outubro, 2012

Dedico este trabalho à minha família, amigos,
e aos meus colegas de trabalho

Agradecimentos

À PT PRO, Serviços Administrativos e de Gestão Partilhados, S.A., pela aposta em mim e financiamento do mestrado.

Às minhas chefias, Dra. Élia Gonçalves e Dr. José Pedro Guimarães pela confiança que têm demonstrado em mim.

Aos meus colegas e amigos:

- . Raquel Jesus, pelo constante apoio e disponibilidade na revisão do texto;
- . Ricardo Baptista Lopes, pelo constante apoio demonstrado.

Aos meus pais pela educação e valores transmitidos que me ajudaram a tornar na pessoa que sou hoje.

Às minhas irmãs que fazem parte do que sou.

Aos meus amigos de sempre e que sempre têm estado presentes em todos os momentos da minha vida, em especial à Ana Rocha, Carla Morais e Silva, Patrícia Santos e à minha irmã Teresa Teixeira sem vocês seria de todo impossível.

Ao Larry Durei por ter tornado este percurso mais fácil.

Aos meus animais, pelo amor incondicional que demonstram.

Resumo

A presente dissertação tem como objetivo analisar um dos deveres fundamentais dos administradores de sociedades anônimas – o dever de lealdade.

Iniciou-se por fazer uma breve alusão aos deveres gerais consagrados no artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais comentando, ainda que sumariamente, o dever de cuidado nele consagrado.

Seguiu-se uma análise geral do conceito de lealdade reconhecido nas normas de direito civil, procurando delimitar as relações jurídicas suscetíveis de integrar este dever enquanto “fonte” de obrigações para a(s) parte(s) contraente(s), partindo-se para a sua aplicação específica no campo do direito das sociedades.

Neste âmbito decompôs-se o dever de lealdade dos administradores, tentando compreender o fundamento da sua aplicabilidade à relação existente entre estes e a sociedade, passando pela análise à eventual existência de conflitos de interesses e de que forma o nosso ordenamento jurídico atua perante a existência de um conflito.

Por último, analisou-se de que forma são os administradores responsabilizados caso, no exercício das suas funções, violem o dever de lealdade aqui comentado.

Lealdade; Conflito; Interesses; Responsabilidade

JEL: K10 – Geral; JEL: K22 - [Corporation](#) and [Securities Law](#)

Abstract

This dissertation aims to examine one of the fundamental duties of directors of joint stock corporations - the duty of loyalty.

It begins with a brief allusion to the general duties set out in Article 64. of the Code of Commercial Companies commenting, albeit briefly, the duty of care set out therein.

The concept of loyalty recognized in the rules of civil law was analysed, seeking to delimit the legal relations susceptible to integrate this duty as "source" of obligations to the contracting party, starting for their specific application in the field of company law.

In this context, the duty of loyalty of directors was decomposed, trying to understand the basis of their applicability to the relationship between them and society, through analysis of the possible conflicts of interests and how our legal system works before the existence of a conflict.

Finally, it was analyzed how managers are held accountable if, in the exercise of their duties, they violate the duty of loyalty discussed here.

Loyalty; Conflict; Interests; Responsibility

JEL: K10 – General; JEL: K22 - Corporation and Securities Law

Índice

1. Introdução	1
2. Breve referência aos deveres do artigo 64.º	3
3. O Dever de Lealdade – Conceito	9
4. Fundamento do dever de lealdade – a relação de gestão	15
5. O interesse social.....	19
6. O Conflito de Interesses	23
6.1. Negócios entre a sociedade e o administrador.....	25
6.2. Proibição do exercício de atividade concorrente com a sociedade e de aproveitamento de negócios	29
6.3. Proibição de votar sobre assuntos em que tenha um conflito de interesses.....	31
6.4. Não utilizar em benefício próprio informações da sociedade – abuso de informação ...	32
7. A responsabilidade dos administradores por violação do dever de lealdade	33
7.1. A Business Judgment Rule	37
8. Conclusão.....	40
9. Fontes	43
10. Bibliografia	44

1. Introdução

A estrutura das sociedades comerciais assenta num sistema de gestão através do qual se estabelecem as relações internas e externas que nela são desenvolvidas.

Por definição, a gestão da sociedade é atribuída ao Conselho de Administração que, representado pelos administradores que o compõem, promove o desenvolvimento das atividades atinentes à concretização do seu objeto social e, conseqüentemente, à realização de negócios com entidades alheias à sociedade.

O Conselho de Administração é o órgão executivo por excelência, estando-lhe atribuída a gestão da sociedade desenvolvendo as atividades com quase absoluta autonomia¹.

Contudo, para que os administradores, na qualidade de membros do órgão de administração, prossigam as atividades de gestão com vista à concretização do objeto social da sociedade, torna-se necessário que esta lhes atribua e reconheça poderes para que, em seu nome, realizem as atividades jurídicas e materiais que lhes permitam constituir, modificar ou extinguir relações jurídicas da sociedade que se mostrem necessárias à sua atividade.

A atribuição de poderes aos administradores, embora necessária, comporta em si mesmo alguns riscos para a sociedade. Os administradores, atendendo a que estão dotados de autonomia e capacidade de decisão podem, nessa medida, desenvolver uma má gestão ou até mesmo uma gestão oportunista, ao desempenharem a sua atividade promovendo os seus próprios interesses em detrimento dos interesses da sociedade.

Ora, considerando que os administradores atuam por conta da sociedade com o objetivo de realizar o fim social desta, mediante a aquisição e exercício de direitos e a assunção de obrigações, devem no exercício das suas funções abster-se de atuar de acordo com os seus próprios interesses ou interesses de terceiras entidades alheias à sociedade.

O nosso ordenamento jurídico, não foi alheio aos riscos que advêm da atribuição de poderes aos administradores, tendo criado vários mecanismos destinados a proteger os interesses da sociedade de eventuais condutas lesivas.

¹ Refira-se, no entanto, que caso a lei ou o contrato assim o determine deve o Conselho de Administração subordinar-se às deliberações tomadas em sede de Assembleia Geral ou às intervenções do Conselho Fiscal ou Comissão de Auditoria da sociedade, cfr. Art.º 405.º do CSC.

Dos vários mecanismos existentes² destinados a proteger os interesses da sociedade destacamos o dever de lealdade dos administradores, previsto desde a reforma de 2006, na alínea b) do n.º 1 do artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais, doravante abreviadamente denominado de CSC que, por estar genericamente referido no Código, carece de alguma precisão pelo que será objeto da presente dissertação.

O dever de lealdade encarado numa vertente positiva diz-nos que os administradores devem no exercício das suas funções ter em vista os interesses da sociedade, procurando satisfazê-los. Numa vertente negativa, o dever de lealdade determina que os administradores devem abster-se de promover o seu próprio interesse ou interesses de terceiros e de adotar condutas lesivas dos interesses da sociedade.

Pretende-se assim proteger os interesses da sociedade, mediante a prevenção e defesa desta face a eventuais condutas lesivas dos administradores, derivadas do elevado risco de conflito de interesses entre aqueles e a sociedade.

Assim, e porque são várias as situações que, decorrente da atividade dos administradores, podem originar um conflito de interesses, importa delimitar e compreender qual a origem e âmbito do dever de lealdade a que estão adstritos.

Desta forma, podemos analisar qual o seu alcance e aferir as situações/condutas do administrador que, não estando tipificadas no código, são suscetíveis de consubstanciar uma violação do dever de lealdade.

Neste estudo pretende-se ainda analisar os deveres fundamentais dos administradores, consagrados no artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais.

O dever fundamental de lealdade será nesta sede analisado, compreendendo-se o seu fundamento enquanto norma geral, quais os interesses que a norma visa proteger e de que forma estes são defendidos. De igual modo, serão analisadas situações concretas de conflito de interesses entre o administrador e a sociedade, uma vez que o dever de lealdade é aqui chamado a determinar a conduta que deverá ser adotada por aqueles nestas situações.

² Como é exemplo o dever dos administradores não ultrapassarem o objeto social da sociedade - cfr n.º 4 do artigo 6.º do Código das Sociedades Comerciais, ou de não distribuírem aos sócios bens sociais não distribuíveis ou sem autorização – cfr. n.º 1, 2 e 4 do artigo 32.º e artigo 33 n.º 1 a 3 ambos do Código das Sociedades Comerciais.

2. Breve referência aos deveres do artigo 64.º

Para que os administradores, na qualidade de membros do conselho de administração, exerçam a atividade para a qual foram designados³, a lei atribui-lhes e reconhece-lhes plenos poderes de gestão e de representação da sociedade⁴, permitindo-lhes atuar em nome e por conta desta.

Esta atribuição de poderes de gestão e de representação da sociedade reconhece aos administradores um elevado grau de autonomia e discricionariedade na tomada de decisão em nome da mesma, o que se por um lado permite o desenvolvimento e promoção da atividade societária, por outro lado potencia o risco da adoção de condutas interessadas por parte do administrador e, ao mesmo tempo, lesivas aos interesses da sociedade.

No sentido de evitar que a gestão da sociedade seja exercida de forma arbitrária e lesiva aos interesses da sociedade, o ordenamento jurídico determinou as diretrizes que deverão orientar as condutas dos administradores, através da consagração legal dos deveres gerais legais, de cuidado e de lealdade, consagrados no artigo 64.º do C.S.C.

Não obstante os supra citados deveres de cuidado e de lealdade, dir-se-á que o dever básico dos administradores se condensa no dever de gerir a sociedade, promovendo a realização do seu objeto social com vista à obtenção de lucro.

Falamos, pois, no dever de administrar a sociedade.

Este dever, de carácter genérico e abstrato, tem vindo a ser entendido pela doutrina como a realização de um conjunto de atos que são praticados em relação a certo património e para um certo fim, não se distinguindo entre atos de administração ordinária e extraordinária, na medida em que a realização do objeto social da sociedade exige a prática de ambos⁵.

Porque de carácter genérico, importa caracterizar e concretizar o que se entende por este dever de administrar, para que possamos compreender em que situações pode o administrador ser responsabilizado pela violação deste dever. É facilmente se vislumbra a importância da concretização deste dever, uma vez que sendo este um dever genérico poderia o administrador

³ Cfr. artigo 405.º do C.S.C.

⁴ Crf. n.º 2 do artigo 405.º, e artigos 406.º, 408.º e 409.º, todos do CSC

⁵ Veja-se a título de exemplo o artigo 406.º do CSC o qual é demonstrativo de que os atos de administração deverão compreender quer atos de administração ordinária, quer extraordinária.

ser responsabilizado sempre que, e a título de exemplo, não lograsse conduzir a sociedade à obtenção de lucro em determinado ano económico, sob alegada violação do dever de administrar e gerir a sociedade.

Antes da reforma de 2006, consagrava o artigo 64.º do CSC que os administradores deviam atuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade e tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores.

Estávamos perante o dever de diligência que a atual redação do artigo 64.º do CSC, incorporou no dever de cuidado, constante da alínea a) do seu número 1 ao referir que os administradores devem empregar no âmbito da sua atividade a diligência de um gestor criterioso e ordenado.

Os administradores, ao administrar a sociedade, deveriam assim pautar a sua conduta à diligência de um gestor criterioso, ordenado, sempre no interesse da sociedade, devendo atender às circunstâncias concretas da sociedade administrada.

O dever de diligência plasmado no artigo 64.º não exigia ao administrador o conhecimento técnico e profissional para o exercício do cargo, bastando que sempre que necessário, o administrador procurasse obter tais conhecimentos junto de quem tenha tais competências.

Com a atual redação do artigo 64.º do C.S.C., o dever de diligência deixa de ter autonomia, passando a integrar, conforme se referiu *supra*, um dos deveres fundamentais consagrados na reforma de 2006: o dever de cuidado.

Embora integrada nos deveres de cuidado, entendemos que a diligência exigida ao administrador no âmbito da sua atividade, mantém idêntico conceito e grau de importância na condução da atividade de administração, na medida em que deve ser observado não apenas no dever de cuidado, que lhe é imposto pela alínea a) do n.º 1 do artigo 64.º, mas em todos os deveres ou atividades prosseguidas pelos administradores.

Porque no âmbito do CSC há uma ideia de profissionalismo, o legislador afasta-se aqui do critério geral do bom pai de família (*bonus pater familias*)⁶, reclamando-se a adoção de critérios mais exigentes em que os administradores devem ter em conta as obrigações

⁶ n.º 2 do art.º 487.º do Código Civil

decorrentes da função que desempenham, cumprindo com a diligência profissional própria dos gestores.

A doutrina tem individualizado uma perspectiva funcional da diligência exigida aos gestores, referindo que a gestão será diligente sempre que satisfaça o interesse societário na obtenção de um resultado lucrativo. O que nos conduz à questão de saber se serão os maus resultados da empresa em determinado exercício sinónimo de incumprimento do dever de diligência?

Não nos parece. É certo que os administradores devem promover os interesses da sociedade os quais, em última instância, se traduzem na obtenção de lucro, evitando a criação de danos para a sociedade.

Contudo, e porque o legislador não é alheio aos riscos inerentes à atividade que os administradores desenvolvem, na qual se evidencia que quanto maior for a assunção do risco, maior poderá ser a “vantagem” adquirida para a sociedade, reconhece-lhes uma certa discricionariedade de atuação, não lhes exigindo um resultado concreto, mas antes que na prossecução da sua atividade tenham uma estimativa diligente dos riscos, minimizando-os, e tentando que estes não sejam desproporcionais à “vantagem” que se pretende obter ou que ponham em perigo a existência da sociedade.

Note-se que, a este propósito, a doutrina tem vindo a salientar que os membros dos órgãos de administração estão vinculados a uma obrigação de meios e não de resultado, reiterando-se que a não obtenção de lucro num determinado exercício económico não poderá ser entendido por si só como uma violação do dever de diligência por parte do administrador⁷. A violação do dever de diligência prende-se antes com a capacidade e os conhecimentos adequados para o exercício da função ou tomada de decisão face determinada realidade.

Considerando que são inúmeras as situações com que os administradores se deparam no exercício das suas funções, a delimitação da conduta que deverá nortear a sua atuação, ainda que genericamente, apresenta-se como necessária, permitindo igualmente responsabilizar os administradores que, não tendo cumprido os deveres legais que lhes são impostos, causem prejuízo à sociedade, *vide* capítulo 7.

⁷ Prova deste entendimento é a recente introdução da *business judgement rule*, (*vide* capítulo 7) que permitirá desresponsabilizar o administrador sempre que se prove que este tomou determinada decisão com base mediante prévia informação adequada ao caso concreto e mediante juízos de racionalidade isentos igualmente de qualquer conflito de interesses, n.º 2 do artigo 72.º do CSC.

Por influência dos direitos anglo-saxónicos, e conforme foi referido *supra*, com a reforma de 2006 foram alterados os deveres que deverão orientar a atividade dos administradores.

A saber, foram individualizados dois deveres gerais e fundamentais que os administradores deverão atender no exercício da sua atividade, sendo estes classificados em duas grandes categorias, o dever de cuidado e o dever de lealdade consagrados respetivamente nas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 64.º do CSC.

Uma vez que a presente dissertação pretende desenvolver o dever de lealdade da alínea b) do n.º 1 do *supra* citado artigo, neste capítulo será feita apenas uma breve análise ao dever de cuidado consagrado na alínea a).

Uma cuidada pesquisa permite-nos dizer que o dever de cuidado, *Duty of Care*, tem início no momento da aceitação das funções de administrador, uma vez que ao aceitar o cargo, o administrador deve ter consciência se reúne ou não as competências técnicas e a disponibilidade necessária para o exercício do mesmo.

Caso o administrador aceite a designação para o cargo sem que tenha competência ou disponibilidade para tal, tendo disso conhecimento e consciência, deverá incorrer em responsabilidade por *culpa in acceptando*⁸.

Ora, daqui logo se retira que o administrador que aceite o cargo tem o dever de acompanhar e vigiar a atividade social, da mesma forma que tem o dever de obter todas as informações necessárias ao bom desempenho da sua função.

O dever de cuidado que deve ser observado significa que, no exercício das suas funções, os administradores devem cumprir com as suas obrigações de forma diligente e com o cuidado que se espera de uma pessoa em semelhante circunstância.

Devem os administradores aplicar o tempo, o esforço e os conhecimentos requeridos para o exercício de tais funções e especificidades da situação em concreto.

Coutinho de Abreu refere que este dever poderá ser formulado da seguinte forma: “os administradores hão-de aplicar nas atividades de organização, decisão e controlo societários o

⁸ Por contraposição à *culpa in eligendo* prevista no artigo 83.º do CSC.

tempo, esforço e conhecimento requeridos pela natureza das funções, as competências específicas e as circunstâncias”.⁹

No entender deste autor, saber se o administrador foi ou não cuidadoso em determinada situação requer a análise da sociedade em causa, o seu objeto, a dimensão e a importância da operação. Importa atender às circunstâncias específicas da situação em concreto, para que possamos avaliar se o administrador agiu ou não com o dever de cuidado a que está obrigado.

Defende ainda, Coutinho de Abreu, que a consagração deste dever é demasiado genérica, ao referir que deve o administrador “atuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado”.

Para este autor, o dever de cuidado compreende:

- i) Dever de controlo e vigilância organizativo-funcional, mediante o qual os administradores deverão prestar atenção à evolução económico-financeira da sociedade, bem como ao desempenho de quem a gere. Os administradores deverão munir-se de toda a informação necessária à sua atividade, por si só ou solicitando a quem detenha tais conhecimentos. Deve ainda o administrador ter uma disponibilidade que, não carecendo de ser total, lhe permita uma eficaz vigilância sobre a sociedade.
- ii) Dever de atuação procedimentalmente correta: o administrador tem o dever de preparar eficazmente e de forma adequada as decisões, recolhendo e tratando as informações necessárias para o efeito. Desta forma, os administradores respondem pelos danos causados à sociedade, derivados de decisões que, se tivessem sido preparadas com informação razoavelmente disponível, não teriam sido tomadas.
- iii) Dever de tomar decisões razoáveis, o que não obriga que o administrador tenha de adotar sempre a melhor solução. Na verdade, atentas as variáveis e incertezas empresariais, há uma grande discricionariedade na atuação dos administradores. Assim, diremos que estes estão obrigados a não dissipar o património social e a evitar riscos desmedidos. O administrador deve possuir conhecimentos adequados, pelo que, não deverá aceitar o cargo de administrador quem, no momento da sua nomeação, saiba não deter a competência técnica adequada ao cargo.

⁹ Abreu, J.M.Coutinho em “Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades”, IDET, Cadernos n.º 5, 2.ª Edição, 2010, Almedina, pág. 18

Na concretização do dever de cuidado, o administrador deverá ter disponibilidade e competência técnica para o cargo, devendo igualmente acompanhar todos os assuntos que digam respeito à sociedade, procurando manter-se informado, através do controlo e pesquisa de informação conducente à melhor tomada de decisão sobre os assuntos societários a que é chamado a decidir. Para o que importa igualmente a análise em concreto do tipo, objeto e dimensão da sociedade.

A diligência, que antes da reforma de 2006 estava autonomizada enquanto dever dos administradores, é aqui inserida no dever de cuidado mantendo-se a ideia do profissionalismo próprio da atuação dos gestores.

Salienta-se ainda que este dever de cuidado, e os deveres subsidiários que dele advêm e que acima foram referidos, permitem reiterar a posição acima adotada quanto à responsabilização do administrador face à não obtenção de resultados positivos num determinado exercício, afirmando-se que a responsabilidade dos administradores é aferida face à violação dos deveres que lhes são impostos, aliado aos prejuízos causados, e não apenas por referência aos maus resultados/prejuízos.

3. O Dever de Lealdade – Conceito

A relação existente entre o administrador e a sociedade é caracterizada como uma relação fiduciária atendendo a que o administrador é investido, pela própria sociedade, do poder de a representar e de gerir o seu património, no pressuposto de que cumprirá fielmente as suas funções de administração.

Por este motivo, o dever de lealdade do administrador, embora assente no princípio geral da boa-fé, não se esgota nele, uma vez que se baseia na relação de confiança existente entre a sociedade e o administrador, em que se estabelece a obrigatoriedade do administrador promover e prosseguir com os interesses da sociedade.

Analisemos o que se entende por lealdade.

O dever de lealdade configura-se como um princípio geral de direito privado, na medida em que, como acima se referiu, decorre do princípio geral de boa-fé, configurando um subprincípio deste dever geral, e implica a existência de relações de confiança entre duas partes.

Ora, ao analisarmos o conceito ético jurídico de boa-fé, verificamos que este nos conduz a um dever social de agir com lealdade, correção, diligência e lisura. Estes deveres, decorrentes do princípio da boa-fé, são autonomizáveis entre si, constituindo elementos jurídicos *de per si* e que visam assegurar que as atuações das partes não envolvem danos, nem implicam sacrifícios desmesurados – são os chamados deveres acessórios de conduta.

O dever de lealdade apresenta-se-nos assim como um dever de conduta, que deverá ser adotado sempre que estejamos perante determinadas situações, nomeadamente face à existência de conflitos de interesse.

Ora, o dever de lealdade está presente em vários ramos do direito e em todo o direito contratual, não devendo as partes desequilibrar as prestações por si definidas, e tem aplicabilidade a todas as relações negociais, ainda que indiretamente através do princípio da boa-fé.

Vejamos alguns ramos do direito onde podemos encontrar o dever de lealdade.

No Direito Civil

Neste ramo do direito, o dever de lealdade estabelece uma série de condutas, positivas e negativas, que devem ser observadas pelas partes em todas as fases do negócio jurídico, quer na fase da formação do contrato¹⁰ quer durante a sua execução.

No âmbito do direito civil, a lealdade, tem aplicabilidade em diversas vertentes, das quais se destacam:

- i) O n.º 2 do artigo 762.º do Código Civil, doravante abreviadamente denominado de CC, segundo o qual, no cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa-fé.

Pese embora o artigo não refira expressamente o dever de lealdade, certo é que este se encontra consagrado enquanto dever acessório mediante o qual as partes se devem abster de práticas que possam deturpar a finalidade do negócio ou desequilibrar as prestações por elas estabelecidas;

- ii) A lealdade com origem fiduciária ligada às condutas requeridas a quem gira um negócio alheio, como é o caso dos deveres atribuídos aos gestores ou mandatários, interligando-se neste campo, conforme analisaremos no capítulo 4, com o dever de lealdade dos Administradores constante no Código das Sociedades Comerciais.

No Direito do Trabalho

Também no Direito do Trabalho se consagra um dever geral de lealdade surgindo este como elemento da própria relação laboral. Decorre da estreita relação de confiança exigível às partes, determinando que a conduta do trabalhador não ponha em causa essa confiança.

Constitui uma manifestação do princípio da boa-fé contratual, que varia com a natureza das funções do trabalhador, sendo que será mais acentuado quanto mais elevado for o grau de confiança estabelecido entre as partes.

¹⁰ Menezes Cordeiro, a propósito da *culpa in contraendo*, em *Da Boa fé no Direito Civil*, 2001, Coimbra, Almedina, pág. 551, quanto à fase pré-negocial refere que existe dever de lealdade entre as futuras partes no contrato e que este determina o comportamento que deve ser adotado por estas. Segundo o mencionado autor existe deslealdade pré-contratual quando uma das partes, injustificadamente, abandona as negociações em curso ou, quando de forma condenável, o processo culmina com um contrato nulo.

Este dever encontra-se expresso na alínea f) do artigo 128.º do Código do Trabalho, determinando que o trabalhador deve guardar lealdade ao empregador, não negociando por conta própria ou alheia em concorrência com o empregador, nem divulgando informações referentes à sua organização, aos métodos de produção ou aos negócios.

No Direito Societário

O dever de lealdade surge pela primeira vez, enquanto consagração legal expressa, com a reforma de 2006, e pese embora já antes se discutisse a sujeição dos administradores ao dever geral de lealdade, questionando-se se o dever geral de diligência do anterior artigo 64.º não comportava em si mesmo outros dois deveres, o de cuidado e o de lealdade¹¹, é justamente nesta data que o artigo 64.º prevê na sua alínea b) do n.º 1 que os gerentes e administradores devem observar:

“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”.

Pode-se definir o dever de lealdade como a obrigatoriedade dos administradores terem exclusivamente em vista os interesses da sociedade, abstendo-se de promover o seu próprio interesse ou interesses de terceiros. Desta forma, estamos perante: i) uma conduta positiva, porquanto devem os administradores promover o interesse da sociedade e, ii) uma conduta negativa, na medida em que aqueles devem abster-se de promover os seus próprios interesses ou interesses de terceiros.

Neste âmbito, o dever de lealdade não se confina apenas ao “sub-princípio” decorrente da boa-fé.

A existência da relação de administração, donde deriva o dever de lealdade¹², implica um dever especial baseado na relação fiduciária aí presente, para o qual contribui o facto de o administrador estar investido de poderes para agir em nome e no interesse da sociedade.

¹¹ Para Coutinho de Abreu, e antes da reforma de 2006, o dever de diligência comportava em si mesmo o dever de cuidado, ao referir “gestor criterioso e ordenado”, e o dever de lealdade, pela referência expressa a “no interesse da sociedade”, “Reformas do Código das Sociedades”, IDET, Cadernos n.º 3, 2007, Almedina, pag. 18,19

¹² Vide Capítulo 4 da presente dissertação.

Como afirma Manuel A. Carneiro da Frada¹³, “se todos os sujeitos estão adstritos a deveres de lealdade na sua vida de relação, o administrador encontra-se colocado perante uma lealdade qualificada, derivada da função que exerce no que respeita a interesses alheios”.

A fundamentação de que o dever de lealdade se baseia na existência de uma relação de gestão entre administrador e sociedade, não tem acolhimento unânime na nossa doutrina.

Pelo contrário para Pedro Caetano Nunes¹⁴, o dever de lealdade justifica-se pela desproporção existente entre os meios e o fim da relação de administração, em que se verifica uma clara possibilidade de abuso de poder.

Fundamenta o dever de lealdade na ética, associada a uma relação obrigacional, e defende uma autonomia entre o dever de gestão e o dever de lealdade que embora decorra do princípio geral da boa-fé, não se fundamenta na existência de uma relação de confiança.

Este autor não só duvida da frequente ocorrência de relações pessoais de confiança no âmbito de sociedades anónimas, como entende que para haver confiança não basta que se verifique esse sentimento, é necessário que esta seja justificada. Entende que só há confiança quando é devida lealdade, pelo que nessa medida não pode a confiança ser fundamento do dever de lealdade.

Não é este porém o nosso entendimento, porquanto a relação de administração tem inerente a confiança necessária a quem está incumbido de gerir bens alheios devendo a sua conduta pautar-se pelo dever de lealdade decorrente do dever geral de boa-fé.

Ora, no artigo 64.º do CSC, o dever de lealdade está consagrado enquanto dever fundamental geral, balizando a conduta do administrador no exercício das suas funções e determinando que a conduta daquele é desleal se não visar a realização dos interesses da sociedade, promovendo ao invés interesses próprios ou de terceiros, causando dessa forma prejuízo à sociedade.

Mas este dever de lealdade também encontra consagração expressa enquanto dever específico, atendendo a que em determinadas circunstâncias é imposta ao administrador a adoção de determinada conduta.

¹³ Em “A business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores”, disponível para consulta em www.oa.pt

¹⁴ Em “Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas”, 2012, Almedina, pág.523 a 525

Isto porque, casos há em que o administrador se encontra numa posição de conflito com a sociedade, por se verificar um interesse pessoal convergente com o interesse alheio por si gerido.

O dever de lealdade visa igualmente dar resposta a situações de conflitos de interesse. A este propósito afirma Paulo Câmara que “numa visão compreensiva, dir-se-á que os deveres de lealdade servem como cláusula geral a obrigar a uma gestão adequada de conflitos de interesses em que esteja envolvido o titular do órgão social, em prevalência do interesse social”¹⁵.

Um dos propósitos do dever de lealdade é, assim, a necessidade de reduzir os conflitos que poderão eventualmente existir entre o administrador e a sociedade, limitando as possibilidades do primeiro adotar uma conduta em que favoreça os seus próprios interesses em detrimento dos interesses da sociedade.

Os administradores, quando contratam com a sociedade, deverão adotar um comportamento leal, não atuando em conflito de interesses com a sociedade.

Deparando-se com uma situação de conflito, devem os administradores informar a sociedade e, se previsto no Código das Sociedades Comerciais, adotar os procedimentos nele consagrados, sob pena do ato ser declarado nulo, constituir fundamento de responsabilidade ou até mesmo de destituição por justa causa.

São várias as situações consagradas no Código em que face a um conflito de interesses, o dever de lealdade é chamado a intervir, estando este consagrado enquanto dever de lealdade específico, das quais destacamos:

. Negócios entre a sociedade e o administrador, determinando-se que apenas podem ser celebrados os negócios que tenham sido objeto de autorização prévia do conselho de administração com parecer favorável do conselho fiscal;

. Proibição do exercício de atividade concorrente com a sociedade e de aproveitamento de negócios sem que, quanto ao exercício da atividade concorrente, tenha havido prévia aprovação por parte da Assembleia Geral;

¹⁵ Paulo Câmara, em “Conflito de Interesses no Direito Societário e Financeiro – Um balanço a Partir da Crise Financeira”, 2010, Almedina, pag. 61

. Proibição de votar sobre assuntos em que tenha um conflito de interesses com a sociedade;

. Não utilizar em benefício próprio informação da sociedade – abuso de informação;

Pese embora estejamos perante um conflito de interesses, a lei optou por não proibir indistintamente a conduta do administrador. Para tal estabeleceu algumas situações de proibição relativa, em vez de determinar uma proibição absoluta por parte do administrador. Na verdade, em determinadas situações, o facto de o administrador agir interessadamente poderia não só não causar prejuízo à sociedade, como da sua atuação interessada poderá nascer um negócio que, a final, se mostre vantajoso para a sociedade, conforme se analisará no capítulo 6.

Face a um conflito de interesses, e ainda que não previsto no código, certo é que no âmbito do dever de lealdade, os administradores estão obrigados à transparência da informação, mantendo os demais administradores, sócios e clientes devidamente informados relativamente a todos os factos da sociedade. Pelo que, sempre que se verifique uma situação de conflito deve a sociedade ser disso informada.

4. Fundamento do dever de lealdade – a relação de gestão

Consagrada em diversos ramos do direito, a lealdade no direito das sociedades está presente nos deveres que são impostos aos administradores no âmbito das funções que desempenham, determinando que estes não devem adotar condutas interessadas devendo, promover os interesses da sociedade.

No capítulo anterior vimos que, o dever de lealdade enquanto manifestação do dever geral de boa-fé consagra que numa relação jurídica, as partes devem abster-se de determinados comportamentos que possam desvirtuar as expectativas geradas entre si.

Outrossim, concluímos que a lealdade dos administradores tem subjacente a relação existente entre estes e a sociedade, em que os primeiros devem prosseguir o fim desta, estando para o efeito munidos de poderes de atuação e representação, levando-nos a afirmar que o dever de lealdade tem origem na especial relação existente entre aqueles, a qual tem origem fiduciária – a relação de gestão.

Salientamos, no entanto, que a lealdade não tem como objeto a proteção da confiança, já que pode não existir confiança e ainda assim ser devida lealdade. Como afirma Carneiro da Frada¹⁶ a “lealdade, diga-se agora, não se alicerça na necessidade de tutelar a confiança de outrem. Esta pode não existir, pode desconfiar-se da lealdade de alguém, que a lealdade continua a ser devida”.

Tendo o dever de lealdade origem na relação de administração, onde existe uma especial relação de confiança entre a sociedade e o administrador, afirmar-se-á que este dever nasce assim de um relacionamento ligado à gestão de um negócio alheio, inserindo-se no seio das relações de gestão, onde se apresenta como uma propriedade essencial do seu conteúdo.

O mandato ou a administração de sociedades são exemplos clássicos de relações onde a lealdade se apresenta como elemento essencial, pois em ambos os casos estamos perante relações em que a uma das partes foi confiada a gestão de negócios/bens alheios, sendo que em ambos os casos estamos perante uma relação de gestão.

Vejamos resumidamente alguns dos traços das relações de gestão.

¹⁶ Em “A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores”, disponível para consulta em www.oa.pt

Na gestão estamos perante uma relação jurídica em que uma das partes se obriga a executar, a favor de outrem, determinada atividade, atuando por conta e interesse alheio, através da realização de atos e negócios jurídicos.

Assim um dos elementos caracterizadores da relação de gestão é a atuação por conta alheia, o que nos conduz necessariamente à existência de duas partes: o credor - pessoa cujos interesses se gerem, assumindo a posição de sujeito ativo pois será este o beneficiário dos atos praticados pelo gestor - e o devedor/gestor - sujeito passivo que irá atuar por conta e no interesse do credor. Estamos assim perante um negócio jurídico bilateral.

A prestação do gestor é exercida no interesse alheio, mediante a emissão de declarações de vontade por conta do credor, envolvendo quer a prática de atos como de negócios jurídicos que se irão refletir na esfera jurídica do seu credor.

São vários os elementos que compõem uma relação de gestão:

- i) Os sujeitos da relação: o gestor e o credor;
- ii) O objeto: é a prestação de gestão em si mesma considerada, já que corresponde à conduta ou comportamento que o gestor se obrigou e que o seu credor dele pode reclamar. Neste campo cabe indagar se a gestão consubstancia uma obrigação de meios ou uma obrigação de resultado? Ora, se a gestão é em si mesmo o objeto da relação, defendemos tratar-se de uma obrigação de meios, uma vez que o gestor cumpre com a sua obrigação se desempenhar as funções que lhe foram confiadas com a diligência exigida à prestação em causa, e em cumprimento ao dever de lealdade próprio das relações de gestão.
- iii) A causa: a que corresponde o resultado final pretendido por ambas as partes, ou seja, a satisfação dos interesses do credor. Caso na gestão ocorra uma situação de conflito de interesses, a causa permite-nos definir a forma de resolução desse mesmo conflito.

A gestão é assim realizada no interesse e a favor de outrem, devendo o gestor promover os interesses do credor abstendo-se de no exercício das funções que lhe foram adstritas pelo credor, promover os seus próprios interesses.

Considerando que a atividade do gestor é pautada por uma certa discricionariedade de atuação, cujos poderes são conferidos pelo próprio credor da relação de gestão, que expressa

ou implicitamente o legitima a praticar atos em seu nome, importa delimitar a conduta do gestor.

O dever de lealdade visa assim dar resposta às situações em que se verifica a existência de interesses conflitantes entre o gestor e o credor, determinando que o gestor deve pautar a sua conduta com a lealdade devida ao credor, promovendo os interesses que lhe foram confiados, ou seja, os interesses do credor em detrimento dos seus próprios interesses, sendo responsabilizado sempre que não agindo em conformidade com esse interesse, cause prejuízo ao credor¹⁷.

Ora, a relação de administração consiste precisamente na legitimação dos administradores gerirem e representarem a sociedade com vista à concretização do seu objeto social, mediante a atribuição de poderes que lhes permitem exercer os direitos e obrigações da sociedade.

Na verdade, o dever geral de administrar, que acima se referiu como sendo o dever básico dos administradores, mais não é do que o dever de gestão dos administradores.

Estes integram a organização da própria sociedade que, por estar impedida de se fazer representar, investe os seus administradores dos poderes e autonomia necessários para que prossigam por si o fim social daquela. Aos administradores, que compõem o órgão executivo por excelência - o conselho de administração - estão atribuídos os poderes de gestão e representação¹⁸ da sociedade já que esta enquanto pessoa coletiva não pode atuar por si só.

A impossibilidade da sociedade se fazer representar/gerir por si mesma, leva-nos a afirmar que a relação existente entre esta e os administradores é uma relação necessária, já que necessita de um órgão que a represente e do qual os administradores são parte.

Estamos assim perante uma relação orgânica de carácter necessário, cabendo aos administradores gerir e representar a sociedade.

A consagração legal do dever de gestão resulta desde logo do artigo 405.º do CSC que estabelece a gestão da atividade da sociedade como a função dos administradores.

17 Exemplo desta responsabilização é o disposto no artigo 466.º do Código Civil, relativamente à gestão de negócios, que determina a responsabilidade do gestor pelos danos culposamente causados ao credor, presumindo-se a culpa sempre que aquele atue em desconformidade com os interesses do credor.

18 A distinção entre poderes de representação e de gestão é normalmente apontada como contraposição entre as relações externas e internas da sociedade, respetivamente.

Ainda que o CSC assim não o dissesse, se atentarmos aos elementos que compõem a relação de gestão, não será difícil enquadrar a administração na figura da gestão. Senão vejamos:

A sociedade na qualidade de credor da prestação, e o administrador na qualidade de gestor, constituem os sujeitos da relação de gestão, em que este atua no interesse e por conta alheia (da sociedade). A gestão/administração da sociedade é o objeto da relação, ainda que configure uma relação orgânica de caráter necessário. A causa é a realização do interesse social da sociedade.

Com efeito, o dever de lealdade dos administradores encontra o seu significado a partir da natureza gestora da relação jurídica dos administradores para com a sociedade, em que está em causa a gestão de bens alheios – bens da sociedade.

Nessa medida, no exercício das suas funções, os administradores devem promover e prosseguir os interesses da sociedade abstendo-se de atuar de acordo com os seus próprios interesses ou interesses de terceiros, devendo observar determinadas condutas e agir em consonância com dever geral de lealdade.

Há, contudo, dois aspetos a considerar quanto à gestão desenvolvida pelos administradores pois se por um lado visam prosseguir o fim social da sociedade, na medida em que integram o órgão executivo por excelência, cabendo-lhes a gestão da atividade, por outro lado, participam na definição do interesse social que visam promover.

Estudaremos no capítulo seguinte, o interesse social que deverá ser promovido pelos administradores e a que estes devem lealdade.

5. O interesse social

Consagra a alínea b) do n.º 1 do artigo 64.º do CSC, que os administradores devem observar:

“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”.

O interesse social constitui o fim da própria sociedade. No entanto, o seu conceito tem sido alvo de larga discussão doutrinária, e para a qual concorrem as chamadas teorias contratualistas e institucionalistas.

Vejamos sumariamente o que defendem cada uma destas teorias.

A teoria contratualista assenta na ideia de que o interesse social é o interesse coletivo dos sócios, defendendo que no fundo o interesse de todo o sócio é a obtenção do máximo do lucro através da atividade da empresa.

Para Coutinho de Abreu, esta conceção mantém-se atual, sempre que aplicada ao relacionamento dos sócios com a sociedade, pois é o interesse comum dos sócios que irá delimitar as situações e comportamentos de todos eles no seio da sociedade.

Defende este autor, que os sócios não têm que ter em conta senão os seus próprios interesses, facto que já não será defensável quando aplicado aos administradores, já que estes deverão ter em conta outros interesses para além do interesse societário. Sempre que esteja em causa a atuação dos administradores a teoria contratualista já não terá aplicação.

Para Coutinho de Abreu, a teoria contratualista torna-se pois inviável, por não ser possível a aplicação de uma conceção unitária de interesse social, quando nos estamos a referir aos interesses que os administradores deverão ter em conta.

Para a tese institucionalista o interesse social não se resolve no interesse dos sócios, já que numa sociedade os interesses dos sócios é naturalmente divergente entre si, não se podendo considerar que o interesse da sociedade é o interesse egoísta dos sócios enquanto tal.

Defendem assim, os institucionalistas, que a sociedade tem um interesse próprio diferente do dos sócios, estando ligado à causa comum da sociedade, ou seja, ao escopo lucrativo, porquanto tem por base o próprio contrato de sociedade. Mas não só.

O interesse social resultará da convergência de vários interesses: dos sócios, dos trabalhadores, dos clientes e até mesmo dos credores da sociedade, conforme foi introduzido no artigo 64.º do CSC pela reforma de 2006.

Contudo, a introdução dos interesses dos trabalhadores, clientes e credores, não tem para alguns autores aplicabilidade prática.

No que respeita ao interesse dos trabalhadores defende-se que este não tem aplicação prática, sendo na verdade, na qualificação de Coutinho de Abreu, ineficaz. Estes interesses por respeitarem principalmente à conservação dos postos de trabalho, remunerações satisfatórias e condições de trabalho, não têm no ordenamento jurídico português, sanções adequadas a evitar a sua violação¹⁹.

Também quanto aos interesses dos clientes, tem sido entendido pela doutrina que o mesmo não tem aplicação prática, tratando-se apenas de um dever instrumental.

Na verdade a subsistência e desenvolvimento da sociedade pode ser do interesse dos seus clientes, mas confunde-se, em última instância com o interesse dos próprios sócios. Ademais, não nos parece razoável que no interesse dos clientes (aí sim e apenas no interesse destes), a empresa reduza os preços dos seus produtos com a inevitável consequência de diminuição na obtenção de lucro.

Por fim, e no que concerne ao interesse dos credores da sociedade não se vislumbra a necessidade de ser feita menção no artigo 64.º, uma vez que o próprio CSC determina, nos artigos 78.º e 79.º, a responsabilidade dos administradores para com os credores sociais, sempre que aqueles atuem com inobservância culposa de disposições destinadas à proteção destes.

Pese embora se entenda que os interesses dos trabalhadores, clientes e credores não tenham, a final, aplicabilidade prática, os primeiros pela inexistência de normas que responsabilizem o

¹⁹ Para Elisabete Ramos, os interesses dos trabalhadores são alheios ao interesse social, já que o ordenamento jurídico não apresenta soluções que sustentem que o direito das sociedades tenha mudanças quanto às relações entre trabalhadores e empregador societário. Para esta autora o legislador português manteve a tese contratualista, ainda que esta não esteja consagrada num estado puro, sendo reconhecida a existência de outros interesses relevantes para além do interesse social, ainda que num plano distinto – Responsabilidade Civil dos Administradores e Diretores de Sociedades Anónimas perante os Credores Sociais, Boletim da Faculdade de Direito – Coimbra Editora, 2002, pág. 109 e 110

administrador caso não tenha em conta tais interesses e o último porque o código já prevê essa responsabilização, a verdade é que tem-se entendido que a parte final da alínea b) do artigo 64.º do CSC tem como objetivo sensibilizar o gestor que deve ter em atenção os interesses dos *stakeholders*.

O dever de lealdade dos administradores para com o interesse dos sócios, significa que não deve o administrador beneficiar um sócio em detrimento dos demais, abstendo-se de atender aos interesses pessoais e extra sociais dos sócios.

O interesse dos sócios é comum a todos eles e traduz-se na realização do máximo lucro através da sociedade. No entanto, e considerando que o artigo faz referência aos interesses de longo prazo dos sócios, deve ser tida em conta a sustentabilidade da própria sociedade.

Motivo pelo qual e embora o interesse da sociedade resulte da conjugação dos interesses dos sócios e de outros sujeitos ligados à sociedade, sempre que estejam em causa vários interesses não compatíveis entre si, devem os administradores dar prevalência aos interesses dos sócios.

Esta solução justifica-se na medida em que os sócios detêm um verdadeiro poder na tutela dos seus interesses, sendo eles que: designam e podem destituir os administradores, cabendo-lhes igualmente a responsabilização dos administradores pelos danos que eventualmente estes venham a causar à sociedade, artigo 72.º e ss do CSC.

Concluimos que os administradores devem promover os interesses da sociedade, dos sócios, e sempre que possível, atender aos interesses dos demais *stakeholders* da sociedade.

Cabe, no entanto, indagar se o dever de lealdade a que estão adstritos os administradores, no âmbito da alínea b) do artigo 64.º do CSC, o é para com a sociedade, para com os sócios, ou até mesmo para com os *stakeholders*?

Conforme analisámos *supra*, o dever de lealdade tem na sua origem o facto de estarmos perante uma relação de gestão entre administrador e sociedade, em que o primeiro deve promover os interesses da sociedade que gere/administra.

E, pese embora os administradores possam ter em linha de conta os interesses dos sócios enquanto tal, e ainda assim dos clientes, trabalhadores e credores, a sua conduta deve-se pautar sempre pelo interesse social.

O Dever de Lealdade dos Administradores

Pelo que se entende que o dever de lealdade dos administradores é com referência à sociedade, e aos interesses desta, e não aos sócios ou *stakeholders*.

É o interesse social que poderá ser mitigado com os demais interesses, não cabendo aos administradores observar um dever de lealdade para com os sócios, trabalhadores, clientes ou credores sociais.

6. O Conflito de Interesses

A relação de gestão existente entre o administrador e a sociedade assenta essencialmente na ideia de que aquele deve promover os interesses da sociedade, ficando impedido de promover interesses contrários àqueles.

Dos vários riscos decorrentes da atividade de gestão desenvolvida pelos administradores, destaca-se a possibilidade da adoção de uma conduta interessada que, face a determinada situação, atuam em detrimento dos interesses da sociedade, promovendo os seus próprios interesses ou de terceiros causando, dessa forma, danos à sociedade.

Pode assim ocorrer um conflito de interesses entre os interesses dos administradores, individualmente considerados, e os interesses da sociedade que pode ver o seu património lesado pela conduta interessada daqueles, sem que dela pudesse ter conhecimento prévio ou tomar qualquer providência para o evitar.

Face à eventual existência de conflito de interesses, pode-se definir o dever de lealdade como sendo a obrigação de todo o administrador atuar no interesse da sociedade, ainda que se depare com um conflito de interesses, devendo dar primazia aos interesses daquela em detrimento dos seus próprios, (casos há porém que pode o administrador atender aos seus interesses cumpridos que estejam alguns procedimentos, que estudaremos neste capítulo, e do qual é exemplo o pedido prévio de autorização).

Os administradores são designados para agirem em representação da sociedade e na defesa dos seus interesses. Daqui resulta que não podem dar prevalência a outros interesses como os interesses pessoais, ou de terceiros.

Com efeito, o conteúdo do dever de lealdade face a um eventual conflito de interesses, manifesta-se pela proibição imposta ao administrador de atuar, (exceto se para tal tiver obtido prévia aprovação da sociedade), e pelo dever dos administradores informarem a sociedade da existência desse mesmo conflito.

No primeiro caso, em que se assiste a uma proibição de atuação, afirma-se a própria finalidade da relação existente entre administrador e sociedade. A função de administrar está limitada e restringe-se ao compromisso assumido de gerir/promover os interesses da sociedade, pelo que está o administrador proibido de atuar em conflito de interesses.

Por outro lado, e conforme ter-se-á dito, o dever de lealdade manifesta-se no conflito de interesses, na medida em que os administradores estão obrigados a informar a sociedade sempre que se encontrem numa posição de conflito, é o chamado dever de *disclosure*.

Apenas mediante o dever de *disclosure* dos administradores pode a sociedade conhecer e adotar a posição que melhor se ajuste ao seu interesse.

O estudo do conflito de interesses, permite-nos analisar quais os elementos que nos permitem aferir se em determinada situação está ou não o administrador perante uma situação de conflito e se estará ou não a atuar lealmente para com a sociedade.

Com efeito, o administrador está munido de poderes que lhe permitem tomar decisões por conta da sociedade, e como tal optar por determinado comportamento. Face a dois interesses opostos (seu próprio interesse e o da sociedade) a discricionariedade de atuação do administrador é um dos elementos que nos possibilita avaliar a existência ou não de conflito de interesses.

O outro elemento é a constatação se perante o comportamento interessado do administrador, este está apto a afetar os interesses da sociedade.

Assim, estar-se-á perante um conflito de interesses sempre que perante determinada situação jurídica o administrador está munido de poder de decisão sobre interesses distintos e incompatíveis entre si, ficando numa posição idónea para lesar os interesses da sociedade.

O conflito resulta da confrontação dos interesses pessoais do administrador (ou de terceiros) e os interesses da sociedade/sócios, sabendo que da satisfação dos primeiros resulta um sacrifício para os interesses da sociedade.

Que interesses relevam para que possamos afirmar estar numa situação de conflito? Existirá conflito, e incumprimento do dever de lealdade, se da atuação interessada do administrador resultarem danos para os trabalhadores, para os seus credores ou para a comunidade?

Parece-nos que não. A situação de conflito que se pretende tutelar pelo dever de lealdade respeita a situações em que a sociedade, face ao comportamento interessado do administrador, deixa de obter uma vantagem, económica ou não, sendo lesada quanto ao seu objeto e fim social. No âmbito dos interesses que numa situação de conflito se pretende acautelar,

incluem-se as informações e o conhecimento técnico no qual se incluem todos os estudos que permitam aferir qual o melhor desenvolvimento para o fim social da sociedade.

Várias são as previsões legais destinadas a dirimir eventuais conflitos de interesses entre os administradores e a sociedade, atendendo a que uma das partes (os administradores) tem a obrigação de promover os interesses da outra parte (a sociedade), podendo a atuação interessada dos primeiros, influir negativamente nos interesses cuja promoção e defesa lhe foi submetida.

Analisemos algumas das situações previstas no CSC de conflito de interesses, e de que forma o dever de lealdade vem dar resposta.

6.1. Negócios entre a sociedade e o administrador

Uma das situações em que o dever de lealdade se encontra plasmado como corolário da atuação dos administradores no intuito de prevenir o conflito de interesses, é a proibição constante no artigo 397.º do CSC referente aos negócios celebrados entre os membros da administração e a própria sociedade.

O conflito de interesses que se poderá aqui verificar prende-se com a possibilidade de o administrador, sendo responsável no âmbito da sua atividade pela gestão e promoção dos interesses da sociedade, locupletar-se com valores pertencentes ao acionista, mediante a celebração de negócios com a sociedade, no qual está igualmente a defender o seu próprio interesse pessoal.

Para que estejamos perante um conflito de interesses, importa que o administrador tenha um interesse pessoal relativamente ao negócio em causa, e que do negócio resulte um prejuízo para a sociedade, no sentido em que se este fosse celebrado com terceira pessoa se mostrasse mais vantajoso para a sociedade, do que sendo celebrado com o administrador.

Numa situação em que pode ocorrer um conflito de interesses, por estarmos perante negócios entre um administrador e a sociedade, o que se pretende não é eliminar a possibilidade da realização do negócio em si, mas sim o eventual prejuízo que daí possa decorrer para a sociedade.

Os negócios entre administradores e a sociedade podem constituir uma violação do dever de lealdade, na medida em que o administrador ao emitir uma declaração de vontade por conta da sociedade, enquanto parte do órgão com poderes de gestão e de execução da sociedade, e outra por conta própria, poderá obter vantagens pessoais em detrimento da sociedade, estando perante uma clara manifestação de auto contratação.

Face a estes negócios, o nosso ordenamento jurídico determinou dois regimes distintos: o de proibição absoluta, e o de proibição parcial.

O regime da proibição absoluta está plasmado no número 1 do artigo 397.º do CSC determinando este número que está vedada à sociedade a concessão de empréstimos ou créditos aos seus administradores, efetuar pagamentos por conta deles, prestar-lhes garantias ou conceder adiantamentos de remunerações superiores a um mês.

Está aqui em causa uma deslocação de património societário a favor do património do administrador, em que se considera que esta deslocação é desvantajosa para a sociedade.

Esta proibição estende-se às situações em que se esteja em relação de grupo ou de domínio com a sociedade, por força do n.º 3 do artigo 397.º²⁰ do CSC.

No que concerne ao regime da proibição relativa, consagra o n.º 2 do artigo 397.º do CSC:

“São nulos os contratos celebrados entre a sociedade e os seus administradores, diretamente ou por pessoa interposta, se não tiverem sido previamente autorizados por deliberação do conselho de administração, na qual o interessado não pode votar, e com o parecer favorável do conselho fiscal ou da comissão de auditoria”.

Assim, nos restantes negócios entre administrador e a sociedade, o legislador optou por estabelecer um procedimento para viabilizar a sua concretização, evitando o desincentivo da celebração de negócios que a final poderão ser benéficos/vantajosos para a sociedade.

Ao se submeter a realização de tais negócios à deliberação do conselho de administração, acrescido do parecer favorável do conselho fiscal ou comissão de auditoria e sem que o administrador interessado possa votar, pretendeu-se tão-somente eliminar o eventual prejuízo resultante desses negócios, não eliminando a possibilidade dos administradores contratarem

²⁰ O disposto nos números anteriores é extensivo a atos ou contratos celebrados com sociedades que estejam em relação de domínio ou de grupo com aquela de que o contraente é administrador.

com a sociedade, sempre que se considere que o negócio a celebrar não cause qualquer prejuízo à sociedade.

Perante uma possibilidade de negócio entre o administrador e a sociedade, e no estrito respeito pelo dever de lealdade, necessário é, que o administrador interessado informe os demais administradores, ou melhor, informe o conselho de administração, de todos os contornos do negócio proposto e inerentemente da existência da situação de conflito existente entre este e a sociedade.

Estamos assim perante um regime de transparência imposto ao administrador, por força do dever de lealdade, devendo a informação dada aos demais administradores ser completa.

Note-se que esta proibição não se restringe aos negócios em que o administrador se apresenta como parte direta. Proíbe-se igualmente a realização de tais negócios por interposta pessoa, bastando para o efeito que o administrador apresente interesses pessoais na concretização do mesmo, caso em que existirá sempre um conflito de interesses, entre administrador e sociedade²¹, já que é esta a situação concreta que a norma visa acautelar.

Outrossim, tem-se entendido que sempre que um administrador pretenda celebrar um negócio entre duas sociedades atuando em representação de ambas, deve nos termos do n.º 2 do artigo 397.º do CSC comunicar ao órgão de administração das sociedades em causa, para que se cumpra o procedimento de controlo aí estabelecido. Considera-se que estes negócios recaem na qualificação do negócio consigo mesmo, consagrado no artigo 261.º do Código Civil.

Pese embora nestas situações, e em princípio, o administrador não tenha um interesse pessoal no negócio em si, certo é que tenderá a beneficiar uma das sociedades em detrimento da outra, havendo claramente um conflito de interesses na gestão exercida pelo administrador, que pode

²¹ A proibição da realização de negócios com a sociedade por interposta pessoa (do administrador) tem sido alvo de alguma divergência doutrinária. A título de exemplo refira-se que para Raul Ventura, o critério de interposta pessoa há de achar-se com recurso às normas de direito civil, concretamente nas regras referentes à cessão de créditos litigiosos, significando, *in casu*, que considerar-se-á por interposta pessoa sempre que o negócio seja efetuado pelo cônjuge do administrador, a pessoa do qual este seja herdeiro presumido ou a terceiro com quem tenha estabelecido prévio acordo no intuito de lhe transmitir posteriormente o objeto do negócio celebrado. Já para Coutinho de Abreu esta proibição abrange toda e qualquer pessoa, singular ou coletiva, sobre as quais o administrador possa ter uma influência direta.

numa ou outra sociedade violar o dever de lealdade pela não defesa dos interesses sociais de uma das sociedades que representa.

A realização de tais negócios está assim condicionada a dois momentos de controlo:

- a) Prévia autorização do órgão de administração, na qual o administrador interessado está impedido de votar²²;
- b) Parecer favorável e vinculativo do conselho fiscal.

Estes dois momentos de controlo são igualmente exigíveis sempre que o negócio a realizar seja com uma sociedade em relação de grupo ou de domínio em que o administrador exerça igualmente funções, já que nestas situações pode vir a exercer um poder de influência.

Inexistindo um dos momentos de controlo impostos pela norma, seja a prévia autorização do conselho de administração seja o parecer favorável do conselho fiscal, o contrato celebrado entre o administrador e a sociedade é considerado nulo.

Contudo, determina o número 5 do artigo em análise que, caso estejamos perante um “ato compreendido no próprio comércio da sociedade e nenhuma vantagem especial seja concedida ao contraente administrador”, o negócio a celebrar não está sujeito a autorização do conselho de administração nem a parecer favorável do conselho fiscal. Pois entende-se que nestas situações não haverá qualquer prejuízo para a sociedade.

O que não significa que o administrador, no âmbito do dever de lealdade não tenha de, em determinados casos, comunicar ao conselho de administração a realização de tais negócios, sempre que considere e afira que o negócio em causa possa ser suscetível de lhe atribuir alguma vantagem que, caso não fosse administrador, não lhe seria atribuída, ainda que tal negócio esteja inserido no próprio comércio da sociedade.

Sendo o juízo efetuado pelo administrador interessado poder-se-ia pensar que, tendo este um interesse no negócio, iria na maioria dos casos considerar e avaliar a celebração do negócio

²² Porque a existência de interesses pessoais do administrador na realização de determinado negócio poderá conduzir ao exercício de influência deste sobre os demais administradores, tem-se entendido, em nome do dever de lealdade que lhe está adstrito, que este não deverá igualmente participar na reunião, já que a sua presença poderá pressionar ou influenciar os administradores que irão deliberar sobre a autorização da realização do negócio.

em causa como estando inserido no objeto/comércio da sociedade como desprovido de qualquer vantagem especial.

No entanto, não podemos olvidar que o administrador tem o dever geral de lealdade para com a sociedade, devendo promover os melhores interesses desta. Pelo que, ainda que seja o próprio a aferir da conformidade do negócio, a sua conduta deverá pautar-se pela lealdade que lhe é devida.

Por outro lado, no estrito cumprimento do dever de cuidado, deverá também o administrador avaliar o negócio com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, sob pena de ser responsabilizado por violação dos seus deveres fundamentais.

Ainda que assim não suceda pode a sociedade, ao tomar conhecimento do negócio, contestar a avaliação efetuada pelo administrador e invocar a nulidade ao abrigo do n.º 2 do artigo 397.º do CSC.

6.2. Proibição do exercício de atividade concorrente com a sociedade e de aproveitamento de negócios

Uma outra proibição decorrente do dever de lealdade dos administradores é a de concorrência, consagrada no n.º 3 do artigo 398.º do CSC e que à semelhança dos negócios entre administradores e a sociedade, está sujeita a prévia autorização, desta feita, da Assembleia Geral.

Mais uma vez, o legislador optou por uma proibição relativa e dependente de prévia autorização:

“Na falta de autorização da assembleia geral, os administradores não podem exercer por conta própria ou alheia atividade concorrente da sociedade nem exercer funções em sociedade concorrente ou ser designados por conta ou em representação desta”.

Entende-se esta proibição, como estando integrada na proibição geral dos administradores aproveitarem as oportunidades de negócio da sociedade, não obstante estarmos perante objetivos distintos: na proibição de concorrência pretende-se evitar um desvio de clientela; e a

proibição de aproveitamento de oportunidades de negócio visa prevenir situações de aproveitamento ilícito por parte do administrador de um negócio que não lhe pertence.

Concorrente da sociedade será toda a atividade que esteja abrangida pelo objeto social daquela, ou que o seu exercício tenha sido deliberado pelos sócios conforme resulta do n.º 2 do artigo 254.º do CSC por remissão do n.º 5 do artigo 398.º do CSC.

A proibição de concorrência está vedada tanto ao administrador que exerce a atividade por conta própria e no seu interesse²³, seja por si ou por meio de representante, como às situações em que a atividade concorrente é exercida por conta alheia, ou seja, quando não está em causa o seu próprio interesse, mas o de um terceiro.

Significa isto que o administrador de uma sociedade, não poderá ser igualmente administrador de uma outra sociedade que se encontre em concorrência com aquela.

O fundamento da proibição de concorrência decorre da posição fiduciária do administrador e do dever de lealdade que este tem de observar para com a sociedade.

Como foi referido *supra*, a proibição de concorrência implicará igualmente a proibição do administrador não aproveitar oportunidades de negócio da sociedade em seu próprio interesse. Ora, os administradores, no exercício das suas funções, tomam conhecimento de oportunidades ou possibilidades de negócio que deverão aproveitar em benefício da sociedade, e que se presumem como integrantes da atividade por esta desenvolvida. Nessa medida, caso o administrador aproveite um negócio cujo âmbito recaia na atividade da sociedade estará a violar o dever de não concorrência e inerentemente o dever de lealdade.

Mas poderá também acontecer que o negócio que o administrador pretende aproveitar, não recaia no âmbito da atividade da sociedade, pelo que se pergunta se nestas situações poderá o negócio ser concretizado pelo administrador em seu próprio benefício?

Se o administrador tomou conhecimento do negócio por força das funções que exerce na sociedade, a oportunidade em causa pertence e deverá ser aproveitada em benefício da sociedade, já que, tal como temos vindo a estudar, devem os administradores promover o

²³ Determina o n.º 3 do artigo 254.º do CSC que a participação do administrador em atividade concorrente está vedada sempre que este atua por si só como por interposta pessoa, já que o que está em causa são os eventuais conflitos entre os interesses do administrador e da sociedade por si administrada.

interesse da sociedade e abster-se, no exercício das suas funções, de promover o seu próprio interesse.

Se assim não se entendesse, ou caso assim não suceda, o administrador estará a atuar em violação do dever de lealdade, ainda que não despreste a proibição de concorrência, que lhe é imposta pelo n.º 3 do artigo 398.º do CSC.

6.3. Proibição de votar sobre assuntos em que tenha um conflito de interesses

Na mesma linha de entendimento do consagrado no n.º 2 do artigo 397.º do CSC, que proíbe que o administrador que pretende celebrar negócio com a sociedade vote na deliberação de autorização do negócio o n.º 6 do artigo 410.º do CSC determina que:

“O administrador não pode votar sobre assuntos em que tenha, por conta própria ou de terceiro, um interesse em conflito com o da sociedade; em caso de conflito, o administrador deve informar o presidente sobre ele”.

Esta proibição tem aplicação a todo e qualquer conflito de interesses que surja entre os interesses do administrador e os interesses da sociedade.

Atendendo que nos termos do artigo 64.º do CSC os administradores devem promover os interesses da sociedade em detrimento dos seus interesses pessoais, o legislador optou por eliminar qualquer possibilidade do administrador, em caso de deliberação, atender aos seus próprios interesses.

Estamos assim perante uma medida preventiva e de proibição absoluta.

Quanto à presença do administrador aquando da deliberação em que se encontra impedido de votar, tem-se entendido que a sua presença na reunião do conselho de administração deverá apenas se verificar aquando do início da reunião e quanto aos pontos em que o seu voto é permitido, dada a inexistência de qualquer conflito de interesses.

Iniciada a deliberação em que se encontra impedido de votar, deverá o administrador interessado se ausentar da sala evitando dessa forma qualquer poder de influência ou “intimidação” dos demais administradores.

6.4. Não utilizar em benefício próprio informações da sociedade – abuso de informação

Enquanto determinada informação não seja tornada pública, os administradores estão proibidos de a divulgar ou dela retirar qualquer proveito.

Esta proibição, igualmente decorrente do princípio geral de dever de lealdade da alínea b) do n.º 1 do artigo 64.º do CSC, está consagrada enquanto dever específico de lealdade no artigo 449.º do referido código.

Nos termos desse artigo, os administradores que, no exercício das suas funções, tenham tomado conhecimento de qualquer informação suscetível de influenciar o valor dos títulos da sociedade, e adquiram ou alienem ações com base nessa informação, obtendo dessa forma uma vantagem ou menor prejuízo, deve indemnizar os prejudicados.

Pese embora não se determine expressamente a proibição de abuso de informação, certo é que outra forma não poderá ser por nós entendida, já que os administradores, e atento o dever geral de lealdade, dever-se-ão pautar pela promoção dos interesses da sociedade.

A utilização indevida de informação pode prejudicar o bom funcionamento do mercado considerando a lei, concretamente o n.º 3 do artigo 378.º do Código dos Valores Mobiliários, que a sua utilização constitui crime sempre que praticados por pessoas singulares e de forma dolosa.

O abuso de informação tem maior expressão no Código dos Valores Mobiliários, o qual submete essa figura à responsabilidade penal, mas que por não ser objeto da nossa análise apenas aqui é referido.

No âmbito do Código das Sociedades Comerciais, a responsabilidade do infrator é meramente civil, já que fica constituído na obrigação de ressarcir todos os que no negócio ficaram prejudicados, podendo inclusivamente o administrador ser destituído nos termos do n.º 4 do artigo 449.º do CSC.

O abuso de informação é comumente referido por uso indevido de informação privilegiada, ou seja, de informação relativa a factos da sociedade suscetível de influenciar o valor dos títulos compreendendo todos os factos não públicos relativos à sociedade, bastando para o efeito que dessa informação possam resultar alterações no preço dos valores mobiliários.

7. A responsabilidade dos administradores por violação do dever de lealdade

Já vimos que os administradores estão obrigados ao cumprimento do dever geral de lealdade, consagrado na alínea b) do n.º 1 do artigo 64.º do CSC. Importa agora analisar quais as consequências para o administrador caso não observe esses deveres no exercício das suas funções.

A responsabilidade dos administradores perante a sociedade ocorre sempre que estes atuem com preterição dos deveres legais ou contratuais e dessa forma causem danos à sociedade, exceto se provarem que atuaram sem culpa, n.º 1 do artigo 72.º do CSC:

“Os gerentes ou administradores respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados por atos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais, salvo se provarem que procederam sem culpa”.

A responsabilidade dos administradores perante a sociedade, e consequente indemnização face aos danos causados, consiste numa das medidas adotadas pelo legislador que serve de controlo à atividade desenvolvida por aqueles.

O que o regime de responsabilidade tende a evitar, é a produção de danos à sociedade através de condutas ilícitas adotadas por quem tem o dever e o poder de gerir os negócios da sociedade.

Os administradores, enquanto membros do órgão executivo por excelência, como atrás se terá referido, gerem e representam a sociedade, devendo ser responsabilizados sempre que essa gestão não observe os deveres que lhes são impostos.

Não obstante, a gestão da sociedade pode estar atribuída apenas a alguns administradores, caso o conselho de administração, delibere encarregar um ou mais administradores de determinada matéria²⁴, podendo inclusivamente a gestão corrente da sociedade ser delegada numa comissão executiva ou num único administrador – o administrador delegado.

²⁴ Note-se no entanto que existem matérias que não podem ser delegadas, nos termos do n.º 2 do artigo 407.º do CSC.

Consagra o n.º 3 do artigo 407 do CSC que:

“O contrato de sociedade pode autorizar o conselho de administração a delegar num ou mais administradores ou numa comissão executiva a gestão corrente da sociedade”.

Nestas situações verifica-se que há na sociedade administradores executivos e administradores não executivos, o que não significa que apenas os administradores em quem foram delegados poderes de gestão, estejam adstritos ao cumprimento de deveres perante a sociedade e responsabilidade por eventuais danos causados.

Na verdade, os administradores não executivos não só continuam a poder deliberar sobre as mesmas matérias, reunido que seja o conselho de administração, como estão obrigados ao dever de vigilância da atividade exercida pelos administradores em quem foi delegada a gestão corrente da sociedade.

A vigilância a que estão obrigados os administradores justifica-se pela necessidade destes terem de conhecer a atividade desenvolvida na sociedade. Devem os administradores obter a informação necessária para que possam acompanhar o desempenho dos administradores que exercem os poderes de gestão.

O dever de vigilância encontra especial relevância no n.º 8 do artigo 407.º do CSC, o qual consagra que os administradores não executivos são responsáveis pela vigilância geral da atividade do administrador delegado ou da comissão executiva, respondendo por danos causados à sociedade sempre que, tendo conhecimento de tais atos nada tenha feito para o evitar.

Administradores executivos e não executivos têm assim diferentes deveres face a sociedade.

Não obstante, a análise da responsabilidade dos administradores será efetuada considerando que a gestão da sociedade é efetuada pelo conselho de administração no geral.

Assim, diremos que a responsabilidade dos administradores é uma responsabilidade obrigacional, decorrente da existência de uma relação jurídica entre a sociedade e o administrador e em que este último, por incumprimento culposos dos seus deveres, responde pelos danos causados.

Os pressupostos para a responsabilidade dos administradores são idênticos aos pressupostos da responsabilidade civil por factos ilícitos, na medida em que ocorre sempre que se verifique:

- i) Ilicitude no comportamento do administrador (preterição dos deveres legais e contratuais);
- ii) Culpa, que por ser presumida, cabe ao administrador provar que agiu sem culpa;
- iii) Danos na sociedade;
- iv) Nexo de causalidade entre o facto ilícito e o dano.

Os pressupostos relativos ao dano e ao nexo de causalidade não se afastam do regime geral previsto no Código Civil:

- Por dano dever-se-á entender toda a lesão causada aos interesses societários legalmente protegidos, e que não poucas vezes assumem a forma de dissipação, subtração ou deterioração de bens (dano real) devendo ainda atender-se ao reflexo desse dano na situação patrimonial da sociedade, ou seja, agrega o dano emergente e lucro cessante, artigo 564.º do Código Civil.
- O nexo de causalidade atenderá ao disposto nos artigos 562.º e 563.º do Código Civil, predominando a teoria da causalidade adequada, ligando o dano à conduta ilícita do administrador.

No entanto, há que atender a maiores especificidades no que respeita à ilicitude e culpa (presumida) do comportamento do administrador, que terá a sua génese, e no que respeita ao presente estudo, na violação do dever legal de lealdade.

A responsabilidade dos administradores é uma responsabilidade subjetiva uma vez que se funda na culpa, ainda que presumida, não sendo necessário que se prove uma conduta dolosa/intencionada por parte do administrador.

A ilicitude da conduta do administrador depende da violação do dever de lealdade, podendo verificar-se o seu incumprimento sempre que face à proibição de atuar em conflito de interesses o administrador adote comportamentos interessados.

Têm sido diversos os entendimentos quanto à interpretação do artigo 64.º do CSC relativamente à culpa e à ilicitude. Sumariamente diremos que:

- i) Antunes Varela entende que o artigo 64.º respeita apenas à culpa do administrador, na medida em que nos permite apenas definir o grau de diligência da conduta do administrador, e não a ilicitude da sua conduta que há de se aferir pela violação de uma outra norma específica.
- ii) Já Menezes Cordeiro embora defenda a necessidade de se identificar a violação de deveres específicos para que o administrador possa ser responsabilizado por incumprimento do dever de lealdade, entende que o artigo por si só comporta elementos de ilicitude.

No entanto, parece-nos que a violação do dever geral de lealdade vertido no artigo 64.º do CSC é suficiente para que o administrador possa ser responsabilizado nos termos previstos no n.º 1 do artigo 72.º do CSC.

O Código prevê igualmente diversos deveres legais específicos, cuja violação e produção de dano, não trará dificuldades de maior no que respeita ao preenchimento dos pressupostos da responsabilidade. Nestes casos, atento o dano causado à sociedade e sabendo que a culpa é presumida, a constatação da ilicitude é facilmente verificada, já que há um dever concreto que foi violado, facilitando por outro lado a existência de nexo de causalidade entre a conduta ilícita e o dano causado.

Um dos exemplos da violação do dever de lealdade específico, em que o administrador terá de responder perante a sociedade pelos danos por si causados, é o que se verifica num negócio celebrado entre aquele e a sociedade, sem que tenha havido pedido prévio de autorização ou, tendo havido, o administrador ao celebrar o ato exceda o âmbito da autorização concedida.

Uma outra consequência poderá derivar da conduta desleal do administrador. O dever de lealdade tem a sua génese na existência de uma relação de gestão entre os administradores e a sociedade, pelo que perante a violação do dever de lealdade assiste-se a uma quebra de confiança da sociedade para com o administrador.

Com efeito, a deslealdade do administrador poderá ser sancionada com a sua destituição, já que nos termos do disposto no n.º 3 do artigo 403.º do CSC a violação grave dos deveres dos administradores constituem justa causa de destituição:

“Constituem, designadamente, justa causa de destituição a violação grave dos deveres do administrador e a sua inaptidão para o exercício normal das respetivas funções”.

7.1. A Business Judgment Rule

Não obstante, dado o reconhecido risco assumido pelos administradores na condução da sua atividade, e inexistindo a violação de um dever de lealdade específico, pode a sua responsabilidade ser excluída contando que se prove que a sua conduta foi efetivada em termos informados, segundo critérios de racionalidade e sem que se verificasse qualquer conflito de interesses, conforme disposto no n.º 2 do artigo 72 do CSC:

“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”.

Tem-se entendido que a supra citada norma transpôs para o direito português a chamada *business judgment rule*, introduzida pela jurisprudência dos tribunais americanos e mediante a qual há uma presunção de que os administradores de uma sociedade tomaram uma decisão informada, mediante princípios de boa-fé e nos melhores interesses da sociedade.

No âmbito da legislação nacional, e nos termos do n.º 2 do artigo 72.º da CSC, a denominada *business judgment rule*, não assenta na presunção da boa conduta dos administradores, sendo antes chamada a aferir se o processo decisório adotado pelo administrador cumpriu o dever de informação adequado às circunstâncias em concreto, se foi tomado numa base racional segundo os interesses da sociedade e sem que se tenha verificado qualquer conflito de interesses entre aquela e o administrador. Respeita, por isso, à apreciação do cumprimento dos deveres fundamentais de cuidado e de lealdade impostos aos administradores, avaliando se a sua conduta deverá ser ou não suscetível de responsabilidade.

Refira-se no entanto que a doutrina não tem sido unânime quanto à classificação desta norma, defendendo alguns autores, a título de exemplo, estarmos perante uma causa de exclusão da responsabilidade dos administradores, seja por via da exclusão da culpa ou por via da exclusão da ilicitude, enquanto outros defendem estarmos antes perante uma regra de avaliação da responsabilidade.

Para Menezes Cordeiro a regra do n.º 2 do artigo 72.º do CSC é causa de justificação da responsabilidade na medida em que exclui a culpa do administrador. Para este autor, caso o administrador prove que atuou em termos informados, livre de qualquer interesse e mediante critérios de racionalidade, a sua responsabilidade seria excluída, na medida em que a presunção de culpa estabelecida pelo n.º 1 do artigo 72.º seria por ele ilidida²⁵.

Ao invés, para Pedro Pais Vasconcelos a *business judgment rule* configura antes uma causa de exclusão da ilicitude, já que sendo a decisão, tomada segundo critérios de racionalidade e livre de qualquer interesse pessoal, estaríamos perante uma decisão lícita.

Já António Pereira de Almeida²⁶ defende que se entendêssemos que a norma do n.º 2 do artigo 72.º do CSC tem como objeto a exclusão da ilicitude, o mesmo seria dizer que o administrador demandado é que teria de provar que a sua conduta não violou qualquer preceito. Nesta situação estaríamos perante uma inversão do ónus da prova quanto à ilicitude enquanto pressuposto da responsabilidade civil, contrariando, com efeito, o regime da responsabilidade civil em que cabe ao demandante fazer prova da ilicitude dos factos.

Para este autor, a *business judgment rule* é antes uma regra de avaliação da responsabilidade dos administradores, permitindo aferir se os procedimentos adotados pelo administrador são ou não suscetíveis de o fazer incorrer em responsabilidade, cabendo a estes últimos fazer prova de que atuaram de acordo com o dever de informação adequado às circunstâncias em concreto, se foi tomado numa base racional segundo os interesses da sociedade e sem que se tenha verificado qualquer conflito de interesses.

Em todo o caso, esta norma visa aferir a conduta adotada pelo administrador e não o mérito da sua atuação, permitindo aos administradores, no âmbito da discricionariedade de atuação que lhe foi confiada pela sociedade, tomar decisões que se por um lado têm maior risco empresarial, podem por outro lado conferir à sociedade melhores resultados, e consequentemente uma melhor defesa dos interesses dos acionistas.

Com a introdução da *business judgment rule* o administrador passa a poder fazer prova de que o seu comportamento, que à luz do n.º 1 do artigo 72.º do CSC o faria incorrer em responsabilidade face a sociedade, foi precedido do dever de informação adequado às

²⁵ Manual de Direito das Sociedades – I – Das Sociedades em Geral, 2.ª Edição, 2007, Almedina, pág. 928 ss

²⁶ I Congresso, Direito das Sociedades em Revista, 2011, Almedina, pág. 367

circunstâncias em concreto, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade, não havendo, nesse caso, lugar à responsabilização.

Por este motivo, a doutrina majoritária tem defendido estar-se perante uma causa de exclusão de responsabilidade.

8. Conclusão

O dever geral de lealdade está presente em vários ramos do direito e apresenta-se como um dever de conduta que deverá ser adotado por uma ou mais partes de uma relação jurídica.

Decorrente do dever geral de boa-fé, determina de um modo geral que as partes de uma relação devem atuar de modo a não causar danos e sacrifícios desmesurados para a contraparte e, abster-se de determinados comportamentos que possam desvirtuar as expectativas geradas entre si.

O dever de lealdade dos administradores tem origem na relação existente entre estes e a sociedade e estabelece a conduta que aqueles devem adotar no exercício da sua atividade de gestão. Determina que os administradores devem promover os interesses da sociedade abstendo-se de promover os seus próprios interesses ou de terceiros.

Os poderes de gestão e de representação conferidos pela sociedade aos administradores, e consequente autonomia de decisão e ação face àquela, justificam a imposição do dever de lealdade a que estão adstritos no âmbito da atividade que prosseguem.

Na verdade uma má gestão, ou uma gestão interessada pode causar danos à sociedade.

A lealdade dos administradores, a par da lealdade adstrita aos mandatários, funda-se na existência de uma relação de gestão entre administradores e sociedade, atendendo a que está em causa a gestão de bens da sociedade, ou seja, a gestão de bens alheios.

A prossecução da atividade do administrador no interesse da sociedade determina que os administradores devem promover o interesse comum dos sócios, enquanto parte de um todo e não atendendo aos interesses “egoístas” de cada um.

Vimos que, quanto a este ponto, discute-se na doutrina se o interesse social que os administradores devem prosseguir corresponde aos interesses dos sócios individualmente considerados, e demais sujeitos relevantes, tais como os trabalhadores, ou apenas atendendo aos interesses da sociedade, parece-nos que apenas esta última conceção é possível, já que o dever de lealdade é para com a sociedade e não para os demais sujeitos, cujos interesses apenas poderão ser ponderados na tomada de decisão do administrador.

O Dever de Lealdade dos Administradores

Além dos administradores estarem por um lado obrigados a promover o interesse da sociedade, estão por outro lado proibidos de atuar mediante o seu próprio interesse, anteveendo-se que possa haver algum conflito de interesses entre administrador e sociedade.

Dada a autonomia de decisão e de atuação do administrador, o risco deste adotar comportamentos interessados perante um conflito de interesses é bastante elevado.

O dever de lealdade vem responder antecipadamente de que forma devem os administradores atuar nestas situações determinando nuns casos uma proibição absoluta de agir noutros, uma proibição relativa porque condicionada à prévia aprovação da sociedade a que poderá acrescer o parecer favorável do conselho fiscal.

São deveres de lealdade específicos, que têm por base a existência de um conflito de interesses, e que ditam a conduta dos administradores perante situações em concreto, numa tentativa de limitar as possibilidades daqueles agirem interessadamente em detrimento da sociedade.

A violação do dever de lealdade traduz-se na responsabilização dos administradores sempre que da sua conduta ilícita decorram danos para a sociedade, podendo inclusivamente dar origem à destituição por justa causa.

Com a introdução da chamada *business judgment rule* ainda que sejam causados danos à sociedade, pode a responsabilidade dos administradores ser excluída, caso estes provem que atuaram em termos informados, sem qualquer interesse pessoal e mediante juízos de racionalidade empresarial.

9. Fontes

Menezes Cordeiro, António (2006), “Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades”, *Revista da Ordem dos Advogados*, (Online), Vol. II.

Disponível em: <http://www.oa.pt>

Carneiro da Frada, Manuel A. (2007), “A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores”, *Revista da Ordem dos Advogados*, (Online), Vol. I.

Disponível em: <http://www.oa.pt>

Calvão da Silva, João (2007), “Responsabilidade civil dos administradores não executivos, da Comissão de Auditoria e do Conselho Geral e de Supervisão”, *Revista da Ordem dos Advogados*, (Online), Vol. I.

Disponível em: <http://www.oa.pt>

Menezes Cordeiro, António (2006), “A lealdade no direito das sociedades”, *Revista da Ordem dos Advogados*, (Online), Vol. III.

Disponível em: <http://www.oa.pt>

10. Bibliografia

- Ferrer, Vicenç Ribas (2010), “El Deber de Lealtad del Administrador de Sociedades”, La Ley
- Câmara, Paulo, José Ferreira Gomes e outros (2010), “Conflitos de Interesses no Direito Societário e Financeiro” Coimbra, Almedina
- Abreu, J. M. Coutinho, Ricardo Costa e outros (2007), “Reformas do Código das Sociedades”, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Colóquios n.º 3, Coimbra, Almedina
- Cordeiro, António Meneses (2007, 2.ª Edição), “Manual de Direito das Sociedades”, Coimbra, Almedina
- Almeida, António Pereira, (2011, 6.ª Edição), “Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários e Mercados” Coimbra Editora
- Ramos, Maria Elisabete Gomes (2002), “Responsabilidade Civil dos Administradores e Diretores de Sociedades Anónimas perante Credores Sociais”, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora
- Cordeiro, António Meneses (2001, 2.ª Reimp.), “Da boa fé no direito civil”, Coimbra, Almedina
- Almeida, António Pereira (2011), “A business judgment rule” em Direito das Sociedades em Revista, I Congresso, Coimbra, Almedina
- Beltrán, Emilio e Ana Belén Capunzano e outros (2008, 2.ª Edição), “La Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades Mercantiles” Valencia, Tirant Lo Blanch
- Nunes, Pedro Caetano (2012), “Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas”, Coimbra, Almedina

Nota: o presente trabalho foi escrito ao abrigo do novo Acordo Ortográfico.