



Escola de Ciências Sociais e Humanas

Departamento de Economia Política
Secção Autónoma de Direito

O Business Judgment Rule e o Corporate Governance: uma visão pessoal coligida da
interdisciplinaridade ente as ciências económicas e de gestão no direito societário português e os
reflexos das decisões dos administradores

Munássir Ebrahim

Dissertação submetida como requisito parcial para obtenção do grau de

Mestre em Direito das Empresas
Especialização em Direito das Sociedades Comerciais

Orientador:
Doutor António Pereira de Almeida, Professor Auxiliar Convidado
ISCTE- Instituto Universitário de Lisboa

Junho, 2012

DA NECESSIDADE DAS LEIS

Cícero explica a utilidade das leis.

“ Divina mens prima et summa lex est; lex vera et ratio recta, apta ad jubendum et ad vetandum: ex qua illa lex, quam dii humano generi dederunt, recte est laudanda. Est enim ratio profecta a rerum natura, et ad recte faciendum impellens, et a delicto avocans. Constat profecto ad salutem civium, vitamque omnium quietam et beatam, conditas esse leges, eosque, qui primum euismodi scita sanxerint, populis ostendisse ea se scripturos atque laturos, quibus susceptis honeste beateque viverent. Vitiorum enim emendatricem legem oportet esse, commendatricemque virtutum. Ideoque supplicia vitis proponit, praemia virtutibus.”

Cícero, De Legibus

“A lei Divina é a melhor e principal lei: é a Lei Verdadeira e a razão Justa, preparada para permitir e para proibir: a nossa lei provem daquela, que Deus deu ao género humano, e deve ser louvada convenientemente. Na verdade, a razão é útil à ordem natural das coisas, não só impelindo a fazer as coisas de forma justa, mas também afastando do erro. Julga-se que, sendo úteis para o bem-estar dos cidadãos, e para a vida tranquila e feliz de todos, as leis são instituídas, e aqueles que a princípio tenham estabelecido decretos desta natureza, as expuseram ao povo com a intenção de as escrever e divulgar, para que, sendo aceites, vivessem honestamente e de modo feliz. De facto, convêm que existam leis reformadoras dos vícios, encorajadoras das virtudes. E por isto que determinem castigos aos vícios e recompensas às virtudes.”

Página intencionalmente deixada em branco

Aos meus pais

Ao meu irmão

Aos meus tios

À memória do Dr. Carlos Lança, Advogado

Amigo e Patrono de estágio em Advocacia

Que prematuramente partiu

E a quem devo os alicerces

Da minha formação prática no Direito

Página intencionalmente deixada em branco

Agradecimentos

O trabalho que ora se apresenta corresponde à dissertação da Tese de Mestrado em Direito das Empresas na especialização em Direito das Sociedades Comerciais do 4.º Curso de Mestrado em Direito das Empresas do ISCTE-IUL para obtenção do grau académico de Mestre em Direito.

Dedico-o à razão da minha existência: ao meu pai e à minha mãe. Dedico-o ainda ao meu irmão, amigo desde sempre, desde o nosso percurso paralelo desde a meninice até à Universidade, onde, apesar de cursados Licenciaturas diferentes, ele, Gestão de Empresas, e eu, Direito, não deixámos, nem aí, de privar no mesmo espaço, a mesma universidade. Dedico-o também aos meus tios Osman Abdul Sacur e Abdul Rashid Ismail, que também representam o papel de irmãos mais velhos, e assim, presto homenagem à Instituição que me é mais cara e grata, e a quem a maior parte de mim tudo deve: a minha família.

Na minha formação pessoal e como Jurista assumiram um papel preponderante as Escolas de Direito que me acolheram: a Universidade Moderna de Lisboa, onde iniciei os estudos universitários e terminei a Licenciatura em 2002, e a Universidade Católica de Lisboa, onde iniciei em 2008 e terminei em 2009 a Pós-Graduação em Ciências Jurídicas. De todos os Professores (e Professoras) aprendi o rigor, a exigência, a tolerância, o respeito, a amizade e, salvas exceções, pois não há regra sem exceção, nem bela sem senão, quase todos eles dedicaram-me a paciência que os Mestres devem aos discípulos

Aos meus amigos, os amigos certos nas horas incertas – *Amicus certus in re incerta cernitur* - um profundo agradecimento pela compreensão e amizade.

Last but not the least, ao Professor Doutor António Pereira de Almeida pelo inestimável apoio como Orientador da presente Tese e também ao Professor Doutor Manuel Pita, ambos, pela simpatia, simplicidade e excelência no trato humano.

Almada, 25 de Junho de 2012

Página intencionalmente deixada em branco

Resumo

A crise de 2008 e a economia da depressão

Errar é humano, mas é despropositado que a

Raspadeira vá adiante do lápis.

J. Jenkins

O presente tema foi escolhido tendo em conta a relevância e a actualidade desta temática referente à responsabilização dos agentes económicos no exercício das suas funções, dado que a presente situação a nível mundial, que redundou numa crise económica sem precedentes, à excepção da Grande Depressão de 1929, conduziu, conduz e muito certamente conduzirá a uma depressão económica que poderá levar décadas a ser superada. Embora não se refira no projecto de Tese, todos os grandes males do Século XX foram consequências da crise bolsista de 1929, nomeadamente, entre outros acontecimentos, o surgimento da ideologia Nazi, a 2.^a Grande Guerra Mundial, a implantação do Estado Novo em Portugal, a Guerra Fria, a Guerra Civil Espanhola, o Holocausto e a proliferação, naquela altura, de regimes ditatoriais e brutais um pouco por todo o mundo, como reacção à economia de mercado, que foi considerada a causa da miséria dos anos 30 a 50 do Século XX.

A presente investigação tem por objectivo demonstrar a interdisciplinaridade e dependência das Ciências Sociais e Humanas, nomeadamente, procurando analisar os factos que se repercutem na esfera do Direito de uma forma que não se revele divorciada da restante realidade social (económica, sociológica, histórica).

Tendo em conta que o Mestrado em Direito das Empresas se foca também, na Especialização em Sociedades Comerciais, em Ciências da Gestão, numa abordagem multidisciplinar que congrega matérias macroeconómicas, embora indirectamente, pois os actos de Gestão de Empresas, embora circunscritos na denominada micro economia, dependem na sua globalidade de toda a conjuntura económica envolvente, nomeadamente, se determinada Empresa se vai estabelecer num país fustigado por guerras civis, ou com flutuações cambiais severas, regimes políticos instáveis, a vertente estratégica ou da localização desse país, ou do ramo de negócio, todas estas variáveis não permitem um Julgamento dos actos de Gestão dos Administradores de uma forma uniforme, pois é imperativo analisar as situações jurídicas que eventualmente possam ser sujeitas à sanção da Lei, de acordo com os condicionalismos próprios da hipótese.

Assim, a investigação parte de uma premissa maior, a economia, passando por uma premissa intermédia, a gestão das empresas, e, por fim, desembocando na regra jurídica, que é sempre a solução de último caso, ou seja, a vertente legal, que, regra geral, só é chamada a intervir quando de facto advenha prejuízos e haja a necessidade de repará-los, pois enquanto a

vivência dos factos que ocorrem quotidianamente não impliquem uma chamada da Justiça (para repará-los), mesmo que esses factos constituam agressões ao Direito e não são conhecidos, nada se pode fazer, segundo o Princípio do Dispositivo, previsto no Código de Processo Civil, e o Princípio da Legalidade com Objectividade, previsto no Código Penal.

O tema a que nos propomos a tratar, a regra do Julgamento de Negócios, ou Business Judgment Rule (BJR), tem origem histórica nos Estados Unidos da América, enquanto Jurisprudência do Tribunal Federal de Delaware, e esta regra enuncia-se a si mesma como uma Regra de Abstenção. Isto é, a regra da BJR refere que os Tribunais devem abster-se de Julgar decisões referentes a negócios empresariais levadas a cabo pelos administradores das empresas, pois considera que os administradores são mais aptos que os Tribunais a avaliar as suas próprias decisões empresariais. Contudo, esta regra não possui uma moldura taxativa que refira quais são os deveres a que os administradores estão sujeitos, nem sequer possui uma limitação de pressupostos que se devem verificar para que o Tribunal possa julgar, apenas refere conceitos indeterminados, que podem ser alargados caso a caso, a par e passo, e até de acordo com a evolução natural das Sociedades Humanas. Assim, os administradores das empresas estão sujeitos aos deveres de boa fé, de informação, de vigilância. E se tomarem decisões de acordo com estes preceitos, não podem ser responsabilizados, mesmo que as suas decisões se revelem desastrosas. Desta forma, o Tribunal vai construindo o seu Juízo de acordo com o condicionalismo da hipótese, de acordo com o Princípio da Equidade, de acordo com o Princípio da Liberdade de Julgar (caso a caso), mas tendo em conta os critérios de Racionalidade Empresarial. A condenação só poderá ocorrer num eventual panorama de “gross negligence” por parte dos administradores.

Por fim, gostaria de chamar a atenção para o seguinte: o nosso Sistema Jurídico Continental é um sistema de Civil Law, e o Sistema Jurídico Americano é um sistema de Common Law, e torna-se muito perigoso a transposição de normas que se pretendem globais em matéria de Direito Empresarial ou Corporate Law em sistemas tão distintos em termos de cultura jurídica, histórica, sociológica.

Contudo, compreende-se, pois num mundo globalizado, mas sobretudo num mundo que anda em roda livre não só em termos económicos, é normal que as grandes Corporações Empresariais, que são hoje mais poderosas que os Estados, procurem impor a sua lei, a lei do mais forte, pois esse é o seu objecto social e a sua agenda: Expansão e Maximização do Lucro até ao Limite do Inimaginável. O plano de trabalho abrange um estudo que parte da análise de uma premissa maior, a Economia, decalcando até aos actos de Gestão Empresarial, explicando em que consiste a Gestão e os desafios que um Gestor/Administrador enfrenta nas empresas, onde além de procurar o lucro enquanto base da sua actividade, tenta enquadrar-se dentro dos limites legais da Lei, da utilidade social, dos costumes, da vertente política e estratégica do mercado em que se insere, desembocando por fim na aplicação do Direito nos casos em que ocorra- a violação das normas da Business Judgment Rule.

Palavras – chave: Regra de Julgamento de Negócios, Direito Empresarial, Direito Comercial, Governança Corporativa.

Abstract

This topic was chosen taking into account the relevance and timeliness of this issue regarding the accountability of the economic performance of their duties, since the present global situation, which resulted in an unprecedented economic crisis, with the exception of the Great Depression of 1929 led, and most certainly leads will lead to an economic depression that may take decades to overcome. Although no mention in the draft thesis, all the great evils of the twentieth century were the consequences of stock market crisis of 1929, including, among other events, the emergence of Nazi ideology, 2^o First World War, the implementation of the New State in Portugal, the Cold War, the Spanish Civil War, the Holocaust and proliferation at the time, of the brutal and dictatorial regimes all over the world in reaction to the market economy, which was considered the cause of the misery of 30 to 50 years Twentieth Century.

This research aims to demonstrate the inter-dependence among Social Humanities Sciences, in particular, by analyzing the facts which are reflected in the sphere of law in a way that proves not to be divorced from the rest of social reality (economic, sociological, historical).

Given that the Masters in Corporate Law also focuses on specialization in Company Law, Management Sciences, a multidisciplinary approach that brings macroeconomic matters, albeit indirectly, for the acts of Business Administration, though circumscribed in so-called micro-economy depend on the whole of all the economic environment, namely, whether a company is going to establish a country battered by civil war, or with severe fluctuations, unstable political regimes, the strategic aspect of that country or location, or branch business, all these variables do not allow a trial of acts of Directors' Management in a uniform, it is essential to analyze the legal situations that may eventually be subject to the sanction of law, according to the specific circumstances of the case.

Thus, the investigation part of a major premise, the economy, through an intermediate assumption, management companies, and finally, ending the rule of law, which is always a solution of last resort, ie, the slope legal that, in general, is only called to intervene when in fact occasioned losses and there is a need to repair them, because while the experience of daily events that occur do not involve a call from Justice (repair them), even if those facts constitute aggression against the law and are not known, nothing can be done, according to the principle of the device provided in the Code of Civil Procedure, and Principle of Legality on Objectivity, under the Criminal Code.

The topic that we propose to treat, the Business Judgment Rule or Business Judgment Rule (BJR), has historical origins in the United States of America, while Jurisprudence of the Federal Court of Delaware, and this rule-sets herself as a rule of abstention. That is, the rule of BJR states that the courts should refrain Judging decisions regarding business deals carried out by the directors of companies as it believes that managers are more able than the courts to

assess their own business decisions. However, this rule does not have an exhaustive frame that refers to what are the duties that the directors are subject, nor has a limitation of assumptions that must check that the Court may deem just refers indeterminate concepts that can be extended if the case, hand in hand, and even according to the natural evolution of human societies.

Thus, corporate managers are subject to duties of good faith, intelligence, surveillance. And making decisions according to these precepts cannot be held liable even if their decisions prove to be disastrous.

Thus, the Court builds his Judgment in accordance with the constraint hypothesis, according to the principle of fairness, according to the Principle of Freedom of Judge (case), but taking into account the criteria of rationality Business.

The sentence can only occur in a possible scenario of "gross negligence" by administrators. Finally, I would like to draw attention to the following: our Continental Legal System is a system of Civil Law, and the American Legal System is a system of Common Law, and becomes very dangerous to the implementation of standards that are intended to be global the field of Business Law and Corporate Law in systems as diverse in terms of legal culture, historical, sociological. However, it is understandable, because in a globalized world, but especially in a world that goes into freewheel not only in economic terms, it is common for large corporations, which are now more powerful than the states seek to impose its law, survival of the fittest, because that is its object and its agenda: expansion and profit maximization up to the unthinkable.

The work plan includes a study of the analysis of a major premise, economics, modeled by the acts of Business Management, explaining what is the management and the challenges that a manager / administrator faces in business, where besides the look profit as the basis for its activity, tries to fit within the legal limits of the law, social utility, customs, political and strategic aspects of the market in which it operates, leading eventually in applying the law in cases in which there is violation of the provisions of the Business Judgment Rule.

Keywords: Business Judgment Rule, Corporate Law, Business & Commercial Law, Corporate Governance.

Lista de Conteúdos

Agradecimentos.....	vi
Resumo.....	viii
Abstract	x
Lista de Conteúdos	xii
Introdução.....	1
Capítulo I - Os interesses fundamentais das Sociedades Anónimas e as regras de Corporate Governance.....	3
Capítulo II - A responsabilidade dos administradores e os deveres de cuidado enquanto estratégias de Corporate Governance na Reforma de 2006 do Código das Sociedades Comerciais	13
2.1. Os custos ou conflitos de Agência	14
2.2. A mitigação dos custos de agência e os padrões de conduta.....	15
2.3. Os deveres de cuidado dos administradores e o impacto nas suas responsabilidades.....	17
2.4. A baixa taxa de incidência da responsabilidade civil dos administradores	17
2.5. Os inconvenientes em Portugal da aplicação excessiva da responsabilização dos administradores	19
Capítulo III - Os Deveres Fundamentais dos Administradores.....	23
3.1. Os deveres fundamentais à luz da Jurisprudência dos Tribunais Portugueses.	24
3.2. O Dever de Gestão e (in) sindicalidade do mérito das decisões empresariais.....	24
3.3. A Doutrina e Jurisprudência Portuguesas.....	25
3.4. O Direito norte-americano.....	25
3.5. Conclusões	26
Capítulo IV - O Dever de Lealdade no Direito Societário	29
4.1. O desenvolvimento da Lealdade no Direito Societário.	30
Capítulo V. - Gestão e Representação das Sociedades.....	33
5.1. Natureza jurídica da relação de Administração.....	34
Capítulo VI - Pressupostos gerais da Responsabilidade dos Administradores.....	37
6.1. A Relação jurídica entre o gestor e a Sociedade	38
6.2. Pressupostos da Responsabilidade dos Administradores	39
6.3. A Responsabilidade do Gestor para com a sociedade	40
6.4. A Acção social.....	41
6.5. Acção da Sociedade.....	41
6.6. Acção proposta por sócios.....	42

6.7. Responsabilidade para com os credores	42
6.8. Responsabilidade para com terceiros e sócios.....	42
6.9. O Secretário da Sociedade.....	43
Capítulo VII - Factos geradores de Responsabilidade Extra-Obrigacional.....	53
7.1. Noção de Responsabilidade Civil.....	53
7.2. Responsabilidade Criminal.....	53
7.3. Responsabilidade Disciplinar	54
7.4. Responsabilidade Obrigacional e Responsabilidade Extra-Obrigacional	54
7.5. Categorias de responsabilidade Extra-Obrigacional.....	54
Capítulo VIII - A Culpa. Noção e Modalidades da Culpa	57
8.1. Dolo	57
8.2. Elementos do Dolo	58
8.3. A Mera Culpa ou Negligencia.....	59
8.4. Apreciação da Culpa	59
8.5. Graduação da Culpa	61
Capítulo IX – PREJUÍZO.....	65
9.1. Noção de Prejuízo	65
9.2. O Prejuízo concreto	66
9.3. Danos emergentes e lucros cessantes	67
9.4. Danos não patrimoniais	67
Capítulo X. - Causalidade	71
10.1. Teoria da equivalência das condições	71
10.2. Teoria da Causa Adequada.....	72
10.3. A Solução na lei portuguesa.....	73
Capítulo XI - O Business Judgment Rule e os Parâmetros nas tomadas de decisões pelos Administradores	75
11.1. A Responsabilidade dos Administradores para com a Sociedade e o Principio Business Judgment Rule na Ordem Jurídica Portuguesa.....	81
Conclusão	87
Bibliografia.....	91

Introdução

Saltar para as conclusões

Raramente leva a felizes resultados.

S. Siporin

Toda a manifestação da vontade humana carrega em si o contra-peso da responsabilidade, e este não é um fenómeno exclusivo da vivência meramente jurídica, repercutindo-se também em todos os domínios da esfera social onde o indivíduo se insere, a comunidade que habita a Polis.

Contudo, uma visão holística reduz a acção do homem em dois grandes aspectos – o comportamento jurídico e o comportamento moral – e ambos balizam a actuação humana, voluntariamente ou involuntariamente, conscienciosamente ou não, de bom grado ou coactivamente.

Constatamos assim que a responsabilidade poderá resultar da violação da norma jurídica e neste caso opera-se a subsunção à Lei respectiva, ou então a responsabilidade poderá também resultar da quebra da Lei Moral, esta última considerada antiquada actualmente, mas que mesmo assim poderá acarretar consequências, pelo menos a nível sociológico, em alguns agrupamentos humanos.

Obviamente que a esfera da moral é muito mais ampla que a esfera do Direito, escapando ao Direito muitas temáticas subordinadas à Moral, e assim é porque a finalidade do Direito – da regra jurídica – se esgota com a manutenção da paz social, que só é atingida quando da violação da regra jurídica advenha prejuízo, que deverá ser ressarcido. Assim, pois, não se cogitará a indagação ou não da responsabilidade jurídica se da violação da regra não advier prejuízo.

A responsabilidade jurídica, por seu turno, baliza-se em responsabilidade civil e responsabilidade criminal, ou ambas, conexas, com a acção cível enxertada no competente processo criminal ou penal.

No entanto, a diferença entre os dois institutos – o da responsabilidade civil e da responsabilidade penal – reside na diferença em que a responsabilidade penal pressupõe uma alteração ou perturbação da paz social, determinada pela violação da norma penal. E quanto á pena, atende-se ao princípio “nulla poena sine lege”, que decorre que para existir responsabilidade penal é imperativo que a norma se encontre transcrita na lei – prévia, escrita e certa. E assim a sanção penal não oferece nenhuma recuperação ao prejudicado ou aos prejudicados, sendo a sua finalidade a punição e a restituição à Ordem Social da paz existente no momento anterior à sua perturbação. É o que acontece por exemplo no caso de homicídio, o exemplo paradigmático.

Contrariamente, não se cogita na responsabilidade civil, verificar se o acto que causou o dano ou a ameaça ao particular ou a associações legalmente estabelecidas e que representem os interesses dos seus associados, perturbou ou não a paz social. A responsabilidade civil emerge da constatação do simples prejuízo, também violador do equilíbrio social, mas que pressupõe um modo diferente da responsabilidade penal de restabelecer o prejuízo, porque diversa é a modalidade de o lograr atingir. E assim a reparação civil re integra, na medida do possível, o prejudicado à situação patrimonial anterior. Coincidindo ambas as formas de responsabilidade – a penal e a civil – a cada uma delas cabem as respectivas acções: uma exercida pelo Ministério Público e/ou pela sociedade, e outra exercida pela vítima ou seus descendentes ou ascendentes, tendentes em primeiro lugar à punição e em segundo lugar à reparação do dano ou prejuízo.

Capítulo I - Os interesses fundamentais das Sociedades Anónimas e as regras de Corporate Governance.

“O homem, desde que inventou a roda,
É a vítima perplexa dos milagres que forjou.
Cultivou a terra e produziu alimentos com abundância.
Refreou o vento invisível com velas.
E capturou o poder das águas tumultuosas.
Converteu o calor da combustão em vapor.
E transformou-o em energia.
Iluminou o seu mundo com electricidade.
E avançou nas complexidades
Da comunicação electrónica,
Energia atómica e raios lasers.
Viajou no espaço sideral e passeou na Lua.
Desenvolveu a burocracia a tal ponto.
Que a realização de uma simples tarefa
Exige um dispêndio enorme de tempo e esforço.
Elaborou um primoroso sistema postal.
Mas uma carta leva hoje mais tempo a chegar
Ao seu destinatário que nos dias do Expresso-Pónei.
Construiu aviões a jacto
Que atravessam oceanos num ápice
Para ficar tempos infinitos a sobrevoar aeroportos
Antes de aterrar e descobrir que a sua bagagem
Seguiu viagem para destinos impróprios.
Entrou na fila á espera de um táxi, enquanto os táxis
Em fila, esperavam os fregueses.”

Dr. Laurence J. Peter

(O Principio de Peter, 4.^a Edição, 1973 Editorial Futura, Lisboa)

O interesse preponderante do Corporate Governance é o de permitir à Sociedade realizar a sua função social e os seus deveres de responsabilidades para com os restantes parceiros sociais, accionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que a empresa actua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender.¹

A Leis que regulam as Sociedades Anónimas, no Código das Sociedades Comerciais, no Código dos Valores Mobiliários e no Código das Boas Práticas da CMVM prevêem portanto os deveres e as responsabilidades dos Administradores, ao mesmo tempo que determina quem são os destinatários dos interesses protegidos pelas normas: accionistas, parceiros sociais, empregados, colaboradores e a comunidade.

As Sociedades Anónimas deixaram de ser um mero instrumento de produção de lucros para distribuição aos detentores do capital social para se elevarem à condição de instrumentos destinados a exercer o seu objecto social atendendo aos interesses dos accionistas, dos colaboradores, do Estado e da comunidade. E estes interesses devem conviver equilibradamente no âmbito da prossecução da actividade da sociedade, e as decisões tomadas, necessariamente, não deverão sacrificar nenhum dos que com a sociedade interagem.

Os accionistas sempre foram considerados como a parte bastante significativa da sociedade, mas a inovação do Corporate Governance consiste em consagrar a comunidade e os colaboradores também num nível significativo de importância.

O Accionista, atendendo com capital à sociedade, torna-se merecedor de uma administração que adopte medidas conducentes a uma remuneração satisfatória e compensatória para o seu investimento.

O empregado ou colaborador, emprestando a sua força de trabalho á empresa, faz jus a uma administração que lhe garanta o emprego e um padrão de vida adequado.

A comunidade, vivendo em estreito relacionamento com a empresa, merece desta não só a devida permanência naquele determinado meio social, como goza também do direito de adopção de processos capazes de evitar danos ou prejuízos á população local e ao meio ambiente.

Uma parte do nosso estudo tratará das questões do Instituto de Bom Governo das Sociedades e as suas implicações práticas. Devido aos inúmeros casos de fraude e corrupção um pouco por todo o mundo, tais como os casos da Enron, Parmalat, e o escândalo financeiro perpetrado por Bernard Madoff, BPP e outros casos similares, esta temática é cada vez mais actual e relevante.

¹ OTTO EDUARDO FONSECA DE ALBUQUERQUE LOBO, Direito Societário Avançado, 2010. Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Mestre pela University of Miami School of Law.

Como em Portugal já existe um Código de Boas Práticas da Comissão de Mercados e Valores Mobiliários, diremos então, que o Corporate Governance é o sistema pelo qual as sociedades comerciais são dirigidas, vigiadas e monitorizadas, envolvendo os relacionamentos entre accionistas e/ ou quotistas, conselho de administração, gerências, auditores internos e externos e conselho fiscal. As boas práticas – best practises – têm como objectivo aumentar o valor da sociedade, conferindo respeitabilidade, estabilidade e confiança, facilitar o acesso à sociedade de capitais e contribuir para a sua perenidade.

O Corporate Governance pode ser também definido como o sistema composto de normas legais e regulamentares, de organização, e de mecanismos contratuais necessários para proteger os interesses dos accionistas, limitando o comportamento oportunista dos administradores e gerentes das sociedades.

O Corporate Governance permite que pelo facto de muitas sociedades terem o capital pulverizado no mercado, através das boas práticas impede-se um investidor isolado de controlar a companhia, de eleger a maioria dos membros do Conselho de Administração, ou de favorecer amigos e familiares para cargos de decisão fundamental na hierarquia.

Nestas situações, os mecanismos de Governo das Sociedades visam proteger o interesse de todos os investidores face aos administradores, cujos interesses não são necessariamente coincidentes com os da companhia e dos accionistas.

Mas situações existem, nalgumas circunstâncias, em que um accionista – ou grupo deles – controla a sociedade. Na Parmalat, em que a família Tanzi controlava 51% do capital social, os mecanismos de Bom Governo das Sociedades poderiam evitar que o detentor do controlo maioritário dirigisse a companhia de modo a prejudicar os accionistas minoritários.

Até há 10 ou 15, a expressão Corporate Governance era praticamente desconhecida, mas actualmente, em envolventes de economia globalizada, em que cada vez mais as empresas de qualquer Estado se financiam nos mercados de capitais estrangeiros, a expressão tem um uso corrente.

Mas em concreto o que é o Corporate Governance? Como bem sintetizado por Aline de Meneses Santos, num interessante Trabalho intitulado “Reflexões sobre a Governança Corporativa no Brasil”, e publicada na Revista de Direito Mercantil n.º 130, pp. 180/206:

“A governança corporativa diz respeito a um conjunto de instrumentos públicos e privados, incluindo leis, regulamentos e práticas comerciais que organizam e comandam a relação numa economia de mercado, entre os controladores e administradores de um empresa, por um lado, e aqueles que nela investem recursos, do outro” O conjunto de pessoas que investe recursos abrange tanto os investidores de participações societárias os accionistas ou sócios -, como os investidores financeiros, os prestadores de serviços – empregados e consultores – e ainda pessoas que contribuem para outros factores de

produção necessários à actividade da empresa, sem esquecer o Estado, a Administração Tributária, as Autarquias Locais e as Câmaras Municipais.”

O Corporate Governance iniciou-se nos Estados Unidos como reacção ao desenvolvimento das grandes Companhias Americanas, cujo capital estava pulverizado por entre milhares de accionistas, que o detinham de forma bastante fragmentária, configurando-se uma crescente separação entre a propriedade da Companhia e a sua Gestão ou Controlo. O mais influente estudo desta realidade económico-jurídica foi efectuada pelos autores americanos Adolf Berle e Gardiner Means que, no clássico livro “ A moderna Companhia e a Propriedade Privada”, escrito em 1932, analisaram a estrutura de poder das grandes Corporações Americanas e demonstraram existir uma clara separação entre a propriedade do capital e o controlo e gestão da Companhia, sendo que a gestão e o controlo eram detidos pelos administradores executivos e que agiam com grande autonomia, estabelecendo as metas de desenvolvimento da empresa que na maior parte das vezes raramente coincidiam com os donos do capital, o capital pulverizado, e assim agiam em interesses próprios, até porque a grande dispersão do capital tornava os accionistas desinteressados de participar em Assembleias Gerais, e a grande maioria ficava satisfeita por outorgar procurações aos executivos das Companhias que dessa forma garantiam a sua manutenção vitalícia nos cargos sociais e a subsequente eleição para o Board of Directors por auto-promoção, ou então escolhiam pessoas a eles vinculados e que não poriam em risco a manutenção do poder de controlo da Companhia.

Como as quantidades de acções detidas pelos accionistas individuais eram pequenas, aqueles que não estavam satisfeitos com a administração, ao invés de se organizarem para reclamar, simplesmente vendiam as suas acções, passando a aplicar o dinheiro noutros activos financeiros ou em outras Companhias que julgavam ser melhor administradas.

“There is **one and only one** social responsibility of business - to use resources and engage in activities designed to **increase its profits so long as it stays within the rules of the game**, which is to say, engages in open and free competition, **without deception or fraud.**”

Milton Friedman (1962)

Esta dissociação entre propriedade e capital é analisada na economia como “teoria de agência”, que, entre outras questões, analisa os conflitos de interesses entre quem tem a propriedade (o accionista) e quem tem o controlo da organização (o administrador).

Como ressalta Adrian Cadbury², o problema de agência nas sociedades por acções já havia chamado a atenção de Adam Smith, autor de “ A causa da Riqueza das Nações”,

² Adrian Cadbury. Corporate Governance and Chairmanship – A personal View, Oxford University, 2002

em que Adam Smith faz o seguinte comentário: “ Os directores de tais companhias pelo facto de serem administradores mais do dinheiro das outras pessoas do que do dinheiro deles, não se pode esperar que zelem pelo negócio com a mesma vigilância atenta com a qual os sócios de uma sociedade privada frequentemente zelam pelos seus próprios interesses (...). Negligência e esbanjamento, desta forma, serão os comportamentos predominantes na administração dos negócios de tais companhias”.

Após transcrever este trecho, Cadbury comenta: “ o problema de agência que Adam Smith identificou foi e continua a ser objecto de exaustivos estudos, porque é inerente á relação entre os que atendem à sociedade com capital, colocando-o á disposição da sociedade. Hoje em dia a atenção é mais focada nos gestores e directores executivos – CEO – que actuam, muitas vezes, em proveito próprio, como por exemplo, pelo reinvestimento na expansão dos Impérios Financeiros que dirigem, ao invés de aumentar o retorno dos accionistas, contrariamente na época de Adam Smith, em que os administradores negligenciavam e esbanjavam capitais alheios” (obra citada página 4).

Conforme assinala Cadbury, quanto aos exercícios de poder de controlo, era a Administração Executiva que tomava decisões, já no período que mediou entre as duas Grandes Guerras Mundiais, sobretudo no Reino Unido e nos Estados Unidos.

Considerando que os Conselhos de Administração eram relativamente fracos, o facto de os accionistas não terem possibilidade de exercer o controlo sobre os Administradores, e como consequência, sem condições de deles exigir a devida prestação de contas, foram factores que impediram que o tema do Corporate Governance não se tenha desenvolvido desde os seus primórdios. Com o tempo, essa situação se modificou, com a entrada no mercado de capitais dos Fundos de Pensões e dos Fundos de Investimento em acções, que passaram a substituir as pessoas singulares, que eram individualmente os accionistas das grandes Corporações. Essa mudança no paradigma do investidor, de pessoas singulares com pequenas participações no capital das grandes empresas, por investidores institucionais e colectivos, com melhor organização e com participação mais relevante no capital das empresas, logo, mais aptos e incentivados para acompanhar e fiscalizar as administrações das sociedades, conferiu aos proprietários de capital maior poder negocial, na medida que os Administradores Executivos passaram a lidar com accionistas mais preparados tecnicamente, titulares de maiores parcelas do capital social e com os quais tinham forçosamente de cooperar se quisessem manter-se nos seus cargos. Assim, uma maior dinâmica por parte dos investidores, agora finalmente reunidos em fundos de acções ou fundos de pensões, aumentou a pressão sobre os legisladores, motivando, a princípio de forma tímida, e posteriormente de forma mais incisiva a edição de novas regras no sentido de aumentar a transparência e a regularidade das informações prestadas aos accionistas, conferindo também uma melhoria no sistema de fiscalização, com a introdução dos Comités de Auditoria formados exclusivamente por administradores independentes, proporcionando uma efectiva e abrangente prestação de contas. As bolsas de Valores, paulatinamente, passaram a exigir das empresas cotadas uma série de requisitos mínimos de divulgação de informação e transparência dos dados das Demonstrações Financeiras, conferindo

aos accionistas um melhor conhecimento tanto da situação financeira da empresa como das suas perspectivas de rentabilidades futuras. Em 1977, por exemplo, a Securities and Exchange Commission – SEC – aprovou a recomendação/decisão da Bolsa de Valores de Nova York que passou a exigir que todas as empresas americanas deveriam instituir Comitês de Auditoria formados exclusivamente por conselheiros externos independentes. Um segundo factor importante na mudança de atitude dos administradores no sentido de adopção de práticas de Governo de Sociedades mais refinadas (e afinadas) com os interesses dos accionistas, foi a revolução que a partir dos anos 80 do século XX se assistiu nos Estados Unidos com as chamadas OPAS hostis, desenvolvendo-se no mercado a percepção de que as Corporações estariam melhor protegidas com administrações competentes, daí gerando motivação económica para a reunião de capitais. O efeito benéfico foi de duas ordens: com uma nova administração, mais eficiente, os recursos das companhias seriam utilizados de forma mais rentável, em benefício não só dos fornecedores, como dos novos accionistas, e também a confiança transmitida ao mercado permitiria o lançamento de novas acções, com preços de emissão mais elevados. A reacção dos administradores das grandes empresas cotadas, como resposta às tomadas hostis não se demorou, principalmente através da inserção nos estatutos e em contratos com os administradores de cláusulas conhecidas como “poison pills” ou “golden parachute”, que encareciam de forma enorme a tomada hostil do controle, ao criar a obrigação de pagamento de vultuosas indemnizações aos administradores em caso de demissão decorrente de OPA hostil, tornando estas operações caras e ineficientes. E assim, a concentração de capital das grandes companhias americanas e inglesas nas mãos de investidores institucionais, e porque não referir, o receio dos administradores destas companhias de perderem os seus cargos, conduziu forçosamente a um maior entendimento através da adopção efectiva de melhores práticas de administração, no sentido de melhor entendimento entre as partes, accionistas e administradores, especialmente na divulgação das Demonstrações Financeiras das empresas e na divulgação de estratégias de desenvolvimento empresarial e na prestação de contas pelos administradores, visando estas práticas tornar a empresas mais atractiva aos investidores.

Nos últimos 30 anos uma série de nuances têm contribuído como catalisador do movimento de Corporate Governance, com o objectivo de atrair poupanças populares para investimento em empresas cotadas em mercados regulamentados, com segurança para os investidores, com transparência na prestação de contas, e com o direito a informação e a concertação de situações de rendibilidades recíprocas - “win win situations” - entre interesses dos accionistas, como titulares do capital, e dos administradores, como gestores de capital de terceiros. Dentre estes factores, como bem sustenta Aline de Meneses Santos, podem ser destacados os seguintes: “ a globalização financeira, com a rápida circulação de capitais entre fronteiras, a diminuição de barreiras a nível global, aumentando as necessidades de financiamento e capitalização, as falhas e escândalos em grandes empresas, que expuseram a necessidade de aperfeiçoar os mecanismos de monitorização, despertaram a atenção para quem controla a empresa, e os movimentos de privatizações em massa ao redor do mundo, Com os

Estados Unidos com a principal actuação directa, como agentes económicos e a ascensão de investidores institucionais cada vez mais preocupados com o retorno dos seus investimentos (ROA) – return on assets – que consistem nas reformas futuras de milhares de trabalhadores são as razões básicas, de carácter macroeconómico, que conduziram diversos governos, organismos e instituições internacionais a aplicar esforços e recursos no estabelecimento de princípios, regras e padrões de comportamento que deveria pautar as relações entre investidores e as grandes companhias. Os investidores institucionais, preocupados com a rendibilidade dos seus investimentos, passaram a privilegiar a aplicação dos seus recursos em empresas que adoptassem práticas sadias de Corporate Governance. Em diversos países organizaram-se grupos de trabalhos para a redacção de Códigos e conjuntos de normas estabelecendo princípios que além das normas jurídicas que regulam o funcionamento das sociedades comerciais, deveriam ser adoptadas e praticadas pelas empresas para maior transparência na divulgação de informação, convergência dos interesses dos accionistas e dos administradores, inclusivamente nos que se refere a remunerações, que deveria estar conexcionada à rendibilidade da empresa, conferindo-se destaque à lealdade e à responsabilidade dos administradores, com o aprimoramento do sistema de prestação de contas e de gestão. Actualmente, já há consenso entre a capacidade da empresa de atrair investidores e possuir ou não estruturas de adopção de Corporate Governance. Vários estudos práticos demonstram que os investidores estão dispostos a pagar mais caro pela aquisição de acções de empresas que adoptem as melhores práticas – best practises – de administração e transparência de divulgação de informação. Um estudo da Consultora McKinsey apurou que os investidores estariam dispostos a pagar entre 18% e 28% a mais pelas acções de empresas que praticam o Corporate Governance.

O Corporate Governance é hoje uma realidade no cenário das empresas cotadas, pois várias das empresas mundiais, companhias abertas com acções negociadas no mercado americano e outros mercados regulamentados, intensificaram a adopção de padrões de conduta em sintonia com as sugestões dos diversos Códigos Legais existentes. Uma outra mudança fundamental foi a que ocorreu com a redefinição do papel do Estado na economia, que deixou de actuar como agente económico, privatizando o controlo de várias e importantes empresas nas áreas da siderurgia, comunicações e energia. Como subproduto dos processos de privatização – de empresas até então dominadas por grupos familiares – empresas com controlo compartilhado, formado pelos agentes que integravam os consórcios formados pelos vencedores dos leilões de privatização, que se organizavam em grupos de controlo através de acordos parassociais.

Existem contudo regras e princípios que derivam de cultura e de sistemas jurídicos diferentes do Continental – como é o caso dos Estados Unidos e do Reino Unido – nos quais as grandes companhias não possuem um accionista controlador, sendo o poder exercido pelos administradores, e não são aplicáveis a outros países.

O Jurista Italiano Guido Rossi ³, num importante trabalho sobre Corporate Governance, conclui com muita propriedade, que nos sistemas jurídicos como o Italiano, em que as sociedades possuem uma monitorização predefinida – contrariamente às grandes Corporações Americanas, em que o controlo é interno, detido pelos administradores – a presença de administradores independentes que perseguem o interesse social sem observar, e se necessário, opondo-se ao interesse do sócio controlador é simplesmente utópico.

Tendo em conta as características das macro empresas, também denominadas institucionalizadas, cujas acções estão pulverizadas no mercado, e que são, de facto, controladas pelos administradores, que se perpetuam nos cargos com base em procurações de accionistas anualmente renovadas – a carta mandadeira – pelo menos enquanto tudo corre bem e a empresa não enfrenta dificuldades, nestes tipos de macro companhias existe alargado consenso sobre as vantagens de profissionais independentes integrarem os órgão de administração para estabelecer um contraponto às deliberações colegiais, ou seja, às orientações normalmente adoptadas pelos executivos. A adopção que aí se busca não é relação aos accionistas, mas sim ao grupo, ao grupo de administradores que, mantendo-se no exercício dos cargos de direcção, representam, de facto, o poder de controlo dentro da companhia.

A tradição Anglo-saxónica refere que o movimento de Corporate Governance procura alcançar os seus objectivos através de auto-regulação por parte das próprias empresas e instituições do mercado, como as bolsas de valores, mas a tradição latina é bastante diferente.

O Corporate Governance tem sido objecto de forte interesse público devido á sua aparente importância para a saúde económica das empresas e da sociedade em geral. No entanto, o conceito não se encontra bem definido, já que, potencialmente, abraça um vasto número de fenómenos económicos distintos. Como resultado, pessoas diferentes avançaram definições que reflectem, basicamente, os seus interesses particulares na matéria. E difícil se torna entender que esta “desordem” se venha a esclarecer no futuro, pelo que a melhor forma de definir o conceito seja oferecer uma pequena lista das diferentes definições, ao invés de nos cingirmos a uma apenas.

1 – O Corporate Governance é uma área da economia que investiga a forma de garantir/motivar a gestão eficiente das empresas, utilizando mecanismos de incentivo como sejam os contratos, os padrões organizacionais e a legislação. O que frequentemente se limita à questão da melhoria do desempenho financeiro, como, por exemplo, a forma como os proprietários das empresas podem garantir/motivar os gestores das empresas a apresentarem uma taxa de retorno competitiva. (www.encycogov.com, Mathiesen, 2002)

³ Guido Rossi. O Mito do Corporate Governance - Le Nove Funzioni degli Organi Societari: verso a Corporate Governance, Giufre, Itália, 2002, pp. 13 – 18

2 – O Corporate Governance lida com as formas como os financiadores das empresas garantem que recebem o retorno dos seus investimentos. (The Journal of Finance, Shleifer e Vishny, 1997, página 737)

3 – O Corporate Governance é o sistema através do qual as organizações empresariais são dirigidas e controladas. A estrutura do Corporate Governance especifica a distribuição dos direitos e das responsabilidades ao longo dos diferentes participante na empresa – o conselho de administração, os gestores, os accionistas e outros intervenientes - e dita as regras e os procedimentos para a tomada de decisões nas questões empresariais. Ao fazê-lo, fornece também a estrutura através da qual a empresa estabelece os seus objectivos e as formas de atingi-los e monitorizar a sua performance (OCDE, Abril de 1999)

4 – O Corporate Governance – que de uma forma restrita, pode ser definido como a relação da empresa com os seus accionistas, ou, de uma forma mais largada, com a sociedade em geral... (Extracto de um artigo publicado no Financial Times em 1997)

5 – O Corporate Governance tem a ver com a promoção da justiça, da transparência e da responsabilidade das empresas (J. Wolfensohn, Presidente do Banco Mundial, citado num artigo do Financial Times em 21 de Junho de 1999)

6 – Alguns comentadores descrevem e assumem uma visão estreita e afirmam que o Corporate Governance não é mais do que um termo rebuscado para descrever a forma como os directores e auditores das empresas tratam as suas responsabilidades para com os accionistas. O Corporate Governance é um tópico formado recentemente e, como tal, ainda pouco definido e, conseqüentemente, com fronteiras imprecisas ...o Corporate Governance é um tema, um objectivo ou um regime a seguir para o bem dos accionistas, dos empregados, dos clientes, dos bancos, e certamente, da reputação e posição dos países e das economias (Maw et Al., 1994, página 1)

Fonte: www.encycogov.com

Página intencionalmente deixada em branco

Capítulo II - A responsabilidade dos administradores e os deveres de cuidado enquanto estratégias de Corporate Governance na Reforma de 2006 do Código das Sociedades Comerciais

Até mesmo quando todos os peritos estão de acordo

Podem estar todos enganados.

B. Russel.

A Reforma do Código das Sociedades Comerciais aprovado pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março⁴, teve como um dos propósitos actualizar a legislação societária nacional⁵, em particular no que diz respeito aos desenvolvimentos ocorridos na temática da corporate governance ou governo das sociedades.⁶

Embora não inseridos no capítulo dedicado à responsabilidade civil dos administradores, o art.º 64.º do C.S.C. desempenha um papel relevante não apenas nesse âmbito, mas também quanto à sua relevância no que tange à destituição dos mesmos.

Esta reforma enquadrrou-se e inseriu-se num amplo movimento que dedica especial atenção ao complexo de regras legais, estatutárias, jurisprudenciais, deontológicas, instrumentos e questões respeitantes à administração e ao controlo ou fiscalização das sociedades, ou seja, ao governo das sociedades, iniciado na década de 70 do século passado nos Estados Unidos da América, exportado para a Europa na década de 90 e reavivado mais recentemente devido a alguns escândalos financeiros como a Enron, Worldcom e Parmalat.

Para que a referencia aos escândalos financeiros não se tornem um mero exercício de estilo, refira-se a dimensão dos problemas que rodeavam, por exemplo, o escândalo Enron e o seu significado social e económico nos Estados Unidos da América. No seu auge, a Enron era a sétima maior sociedade dos Estados Unidos, tinha receitas brutas de 100 mil milhões de dólares e 20.000 trabalhadores (grande parte dos quais eram accionistas, tendo uma parte relevante dos respectivos salários vindo a ser paga mediante atribuições de opções de compra de acções representativas do capital social da própria Enron, facto que torna mais dramático os efeitos do colapso da sociedade para os trabalhadores). Tendo solicitado o pedido de falência em 2 de Novembro de 2001, as acções representativas do respectivo capital social haviam desvalorizado de 80 dólares para praticamente nada em 10 meses. As repercussões foram significativas, não só em Wall Street, mas também no resto dos Estados Unidos da América, onde metade das famílias (households) investe no mercado de capitais. Uma das principais perguntas que percorreu a investigação foi: onde estava o Conselho de Administração? Refira-se,

⁴ Vide preâmbulo do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março.

⁵ Para utilizar a expressão em língua portuguesa difundida pela Comissão de Mercado de Valores Mobiliários nas suas recomendações CMVM sobre o Governo das Sociedades Cotadas.

⁶ Coutinho de Abreu, Governação das Sociedades Comerciais, Almedina, Coimbra, 2006, pág. 5.

contudo, que não terá sido apenas o Conselho de Administração da Enron a não prestar atenção aos actos dos seus officers, pois para além das falhas por parte dos auditores, também o mercado em geral não terá prestado atenção suficiente às contas da Enron, uma vez que muitas das irregularidades não foram escondidas, ou, pelo menos, não o foram de forma eficaz em termos contabilísticos, sendo que as respectivas notas deixavam antever ou sugeriam algumas destas irregularidades.⁷

Não poderá deixar de se reconhecer, que par além do desejo de ganhar dinheiro, a ganância terá tido alguma influência, criando uma espécie de cegueira ou embriaguez, como salienta Ira Millstein ⁸:

“Everyone was having fun and profiting in the bubble” **Ira Millstein**

Propomo-nos assim a efectuar um enquadramento e análise crítica da utilização dos deveres de cuidado dos administradores, e da consequente responsabilização pela inobservância de tais deveres, enquanto estratégias de melhoria da qualidade do governo das sociedades. A par destes enquadramentos, tentaremos adiantar algumas considerações acerca do impacto da responsabilidade civil dos administradores e da explicitação dos de deveres de cuidado pela reforma de 2006.

2.1. Os custos ou conflitos de Agência

Não é novidade o reconhecimento que a actuação do administrador na gestão da sociedade, em regra na gestão do património alheio, se pode desviar da actuação que o mesmo teria na gestão dos seus próprios negócios ou património. Como referido por ADAM SMITH, na sua obra - A Riqueza das Nações - referindo-se aos administradores das companhias coloniais: “ Dos directores destas companhias, contudo, sendo administradores, mais do dinheiro de terceiros do que do seu próprio dinheiro, não se pode esperar que cuidem dele com a mesma vigilância aturada com que frequentemente os membros de uma sociedade privada cuidam do seu. Como os servidores de um homem rico, eles têm a tendência a não prestar atenção a pequenas questões como não respeitantes à honra de seu amo, e muito facilmente se abstêm de a prestar.” ⁹

⁷ Jhon Armour/ Joseph A. Mccahery (Eds) After Enron – Improving Corporate Law and Modernizing Securities Regulation in Europe and in the USA, hart Publishing, Oxford/Portland, 2006, pág 5.

⁸ Ira Millsteins “A self-correcting course for governance” in Directors & Boards, 2003.

⁹ Adam Smith. A Causa da Riqueza das Nações. Gulbenkian. pág. 362.

2.2. A mitigação dos custos de agência e os padrões de conduta

De acordo com a investigação efectuada em *Anatomy of Corporate Law*, e que se baseou no estudo de 5 jurisdições – França, Alemanha, Japão, Reino Unido e Estados Unidos da América – muito embora a obra faça referencia a outras jurisdições sempre que tal se demonstre relevante, é possível agrupar os custos de agencia em: estratégias regulatórias (*regulatory strategies*), de natureza prescritiva e que determinam o conteúdo da relação de agência propriamente dita; e estratégias de governo (*governance strategies*), através dos quais se visa proteger os principais, quer aumentando os seus poderes, quer aumentando os incentivos aos agentes.

Neste estudo são considerados problemas ou custos de agencia aqueles problemas ou custo que surgem quando o bem-estar de uma entidade (o principal) depende da actuação de outra entidade (o agente), sendo que o problema reside em motivar o agente para, na sua actuação, privilegiar os interesses do principal e não os seus.¹⁰

Os problemas de agência identificados são três¹¹: os problemas de agência na relação entre os accionistas ou proprietários da sociedade (principais) e os administradores (agentes) e os accionistas minoritários (principais); os problemas de agencia a relação entre a sociedade (agente) e os terceiros com quem ela se relaciona, tais como clientes, trabalhadores e credores (principais)

Como estratégias regulatórias, a par dos mecanismos relativos à entrada e saída dos agentes e principais (tal como a atribuição ao credor do direito de exigir o vencimento antecipado do seu crédito em determinadas situações), salientam-se as estratégias relacionadas com a regulação das condutas dos agentes, através de regras que obrigam ou proíbem determinados comportamentos e de cláusulas gerais de conduta, em que se inclui o dever de cuidado. As primeiras regras são utilizadas na esfera das relações de agência extra-societária, e as segundas mais frequentemente nas situações intra-societárias.

Os padrões de conduta genérica, tal como a actuação cuidadosa, tem sido reconhecido como uma das estratégias de melhoria do governo das sociedades, como referem Henry Hansmann e Reinier Kraakman em “The Basic Governance Structure”, em citação da página 52.

O incumprimento destes deveres de cuidado se encontra ligado à responsabilidade civil dos administradores, também ela ligado à melhoria do Corporate Governance, muito embora não haja um consenso unânime sobre esta matéria.

¹⁰ The *Anatomy of Corporate Law – A Comparative and Functional Approach*. Trata-se de um estudo que agrupou um notável conjunto de investigadores: REINIER R. KRAAKMAN, DAVIES HENRY HANSMANN, GERARD HERTIG, KLAUS J. HOPT, HIDEKI KANDA e EDWARD B. ROCK.

¹¹ HENRY HANSMANN/ REINIER KRAAKMANN. “Agency Problems and Legal Strategies”, in AAVV. *The Anatomy of Corporate Law – A Comparative and Functional Approach*, cit., p. 21.

Mas de uma ou de outra forma, em maior ou menor escala, as conclusões efectuadas no *The Anatomy of Corporate Law* são transponíveis para a jurisdição portuguesa onde actualmente pontificam os deveres de cuidado dos administradores, muito embora seja evidente que a relação de agência fundamental a que se dirigem os deveres de cuidado é a relação accionistas - administradores, procurando minorar os custos e problemas resultantes de actuações desatentas ou pouco esforçadas dos administradores, a mitigação será indirecta, ou seja, através da sociedade. Porque, em regra, é perante a deveres de cuidado.

Como não é possível estabelecer á partida regras detalhadas sobre todas e quaisquer situações com que se deparará a actuação dos administradores, na medida que é impossível determinar o que é uma gestão com qualidade, estabelece-se esse padrão geral de actuação qualitativa, de esforço, através dos deveres de cuidado e outros deveres fiduciários ¹².

E embora não sirva como alternativa global, alguns normativos que integram actualmente os deveres de cuidado podem integrar regras ¹³. Por exemplo, o dever de supervisão poderia consubstanciar uma obrigação detalhada de se estabelecer um sistema de controlo interno, pelo menos para as sociedades cotadas ou para as sociedades anónimas de maior dimensão. Foi o que aconteceu com o Sarbanes - Oxley Act ¹⁴ nos Estados Unidos da América, em que a federalização de alguns deveres de cuidado se consubstanciou na obrigação de estabelecimento de um controlo interno, logo, uma materialização em termos de regras normativas antes apenas expressas em termos de padrão ou standard. ¹⁵

Com tanta variedade de comandos normativos possíveis de retirar do dever de cuidado plasmado no artigo 64.º n.º 1 a) do CSC ¹⁶ não é possível interpretar o pensamento do legislador quanto à escolha entre regras gerais e padrões de conduta em caso de lacunas, pois esta questão terá de ser interpretada casuisticamente pelos Tribunais. Contudo, à medida que a doutrina e a jurisprudência se vai sedimentando, é possível aos administradores entenderem qual o comportamento que deles se espera,

¹² Obra citada., p. 22

¹³ Como salientam Frank Easterbrook e Daniel Fischel, não sendo possível estabelecer todas as condições de actuação dos administradores na sociedade (que os autores reconduzem a diversos feixes de relações contratuais) apenas resta fazer uma exigência de actuação honesta e esforçada por parte dos administradores enquanto fiduciários.

¹⁴ LYMAN P.Q. JOHNSON / MARK A. SIDES, "The Sarbanes-Oxley Act and Fiduciary Duties", in William and Mitchell Law Review, Vol. 30, n.º 4, 2004, disponível na SSRN em <http://ssrn.com/abstract=528523>, p.1195.

¹⁵ BRUNO FERREIRA. "Os deveres de cuidado dos administradores e gerentes" – Análise dos deveres de cuidado em Portugal e nos Estados Unidos da América fora das situações de disputa sobre o controlo societário, in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários* (n.º 30, Dezembro de 2008)

¹⁶ Bruno Ferreira. "Os deveres de cuidado dos administradores e gerentes – análise dos deveres de cuidado em Portugal e nos Estados Unidos da América fora das situações de disputa sobre controlo societário" cit.

sendo contudo urgente afirmar a respeito dos fundamentos do Business Judgment Rule, que a actuação dos administradores, a necessidade de incrementar os negócios num ambiente ou envolvente empresarial multifacetado e em constante mutação estratégica e geopolítica não deve ser coarctada por temores ou incertezas quanto à legalidade das suas actuações e decisões empresariais.

2.3. Os deveres de cuidado dos administradores e o impacto nas suas responsabilidades.

A reforma de 2006 não efectuou estudos exaustivos relativos ao impacto do dever de cuidado na responsabilidade do administrador, contudo, tal atitude apenas contribuiu para afastar o Ordenamento Societário Português das melhores práticas internacionais.¹⁷

E embora o Código Civil Português refira que na indagação e na interpretação da Lei o intérprete presumirá que o Legislador consagrou as medidas mais correctas e soube exprimir o seu pensamento da forma mais adequada, esta lacuna da Lei no art.º 64 CSC lança dúvida sobre o impacto que a reforma de 2006 tem tido no tecido societário nacional, no que tange à actuação dos administradores e na responsabilidade que pode decorrer resultantes do não cumprimento dos deveres de cuidado. Mas mesmo que a reforma de 2006 se haja proposto revitalizar a responsabilidade civil dos administradores e gerentes, através do estudo do direito comparado, tal muito dificilmente tem ocorrido, pois praticamente não existem estudos que avaliem as consequências que da redacção da nova norma advenham inovações de responsabilidade para o governo das sociedades comerciais.

2.4. A baixa taxa de incidência da responsabilidade civil dos administradores

Embora se afigure através de estudos efectuados e que versam sobre as sociedades cotadas em bolsa, a baixa taxa ou mesmo a taxa inexistente de responsabilização dos administradores não se deve à falta de previsão legal dos deveres dos administradores, pois embora a maioria dos estudos procure abranger apenas a conduta dos administradores livres de conflitos de interesses¹⁸.

¹⁷ Nos Reino Unido procedeu-se a uma análise exaustiva pelo Department of Trade and Industry (actualmente Department of Business & regulatory Reform) a propósito do Companies Act 2006.

¹⁸ BRIAN R: CHEFFINS / BERNARD S: BLACK. " Outside Director LIABILITY Across COUNTRIES". In Texas Law Review, Vol. 84, pp. 1385-1480,2006, disponível na SSRN em <http://ssrn.com/abstract=438321>, pp. 1390-1391.

Conclusões de muitos estudos ¹⁹ são transponíveis e adaptáveis para as nossas sociedades portuguesas cotadas em Mercados Regulamentados das Bolsas de Valores, mas também se aplicam a sociedades comerciais não cotadas. E desta forma, as conclusões destes estudos internacionais são aplicáveis ao tópico da responsabilidade decorrente da violação dos deveres de cuidado dos administradores e gerentes, resultantes da não observação dos deveres de vigilância e investigação na condução dos negócios. Os estudos internacionais levados a cabo por BERNARD BLACK, BRIAN CHEFFINS E MICHAEL KLAUSNER constataram a existência de convergência legal entre as jurisdições estudadas da Common Law e da Civil Law, particularmente a Alemanha, França e Japão ²⁰, e constatou-se que os administradores não executivos das sociedades representadas em Mercado Regulamentado raras vezes são obrigados a desembolsar valores decorrentes da obrigação de indemnizar – out of pocket liability – mesmo que ocorra responsabilidade por violação de normas de direito da sociedade, incluindo os deveres de cuidado e mesmo normas no domínio dos valores mobiliários e em situação de insolvência. Apenas nos Estados Unidos ocorre não raras vezes violentas litigiosidades, como referem BERNARD BLACK, BRIAN CHEFFINS e MICHAEL KLUASNER em “ Outside Director Liability” ²¹. Mas mesmo assim, nos Estados Unidos, as elevadas taxas de litigiosidades em massa – onde se incluem as class actions – contra os Outside Directors - nos Estados Unidos, raramente os administradores desembolsam dinheiro, e o que se obtêm é apenas a responsabilidade nominal, ou como referem os anglo-saxónicos, a nominal liability. E isto acontece por diversos factores, destacando-se a aplicação da Business Judgment Rule e a inserção (permitida pelo Direito Americano) de cláusulas estatutárias que isentam os administradores de responsabilidades ²², recaindo ainda o ónus sobre a sociedade de compensar os administradores pelas despesas, custos e outros montantes que tenham desembolsado em resultado da sua responsabilização no exercício das suas funções de administrar. Assim, esta situação caricata conduz à contratação de seguros de responsabilidade civil (D & O insurance), e dada as extremas litigiosidades, as partes terminam os processos a transigir, sem que os CEO desembolsem qualquer montante. Os administradores só são considerados responsáveis se o Tribunal provar a negligência grosseira ou gross negligence. Mas dos casos que envolveram escândalos financeiros graves (além da mais

¹⁹ GUIDO FERRARINI/ PAOLO GIUDICI, “ Financial Scandals and the Role of Private Enforcement: The Parmalat Case”, in JHON ARMOUR/ JOSEPH A: MCCAHERY (eds), *After Enron – Improvising Corporate Law and Modernizing Securities Regulations in Europe and the U.S.*, cit. p. 158

²⁰ BRUNO FERREIRA “ Os deveres de cuidado dos administradores e gerentes – análise dos deveres de cuidado em Portugal e nos Estados Unidos da América fora das situações de disputa sobre o controlo societário”, cit.

²¹ In *Stanford Law Review*, Vol. 58, pp. 1055-1159, 2006, disponível na SSRN em <http://ssrn.com/abstract=894921>. P. 40.

²² Cujas inserção é expressamente permitida por lei, tal como a Section 102 (b)(7) da Delaware general Corporation Law admite.

recente mega-burla esquema Ponzi de Bernard Madoff), ocorreu o que alguns autores denominam de “send a message case”, em que os investidores institucionais pretendem enviar uma mensagem aos restantes administradores para que estes cumpram as suas obrigações legais, e foi o que aconteceu no julgamento dos administradores não executivos da Enron e da Worldcom ²³.

Contudo, a situação geral não se alterou como Sarbanes-Oxley Act, pois esta legislação perpetua a manutenção do status quo da rara responsabilização dos administradores ²⁴. Nas jurisdições de direito civil, como a Portuguesa, os factores processuais e práticos impedem e até desencorajam a propositura de acções que visem responsabilizar os administradores, para além do facto de, e embora os Tribunais Portugueses se encontrem numa situação de autofagia de pendência processual, também, a inexistência das class actions, ou acções em massa para a tutela de interesses colectivos são inaplicáveis tendo em conta a dispersão dos investidores. Por outro prisma, na acção social ut singuli é difícil o acesso pelos sócios/accionistas à informação detida pela sociedade relativa aos factos em causa, pois o pequeno investidor isolado não sabe quais os documentos que existem, e mesmo que estes sejam colocados à sua disposição não possuem a competência técnica científica para interpretá-los, ademais se estes documentos são alvo da criatividade contabilística e de engenharias financeiras.

Acontece também que na Europa Continental existem relações de grande proximidade e afecto entre os grandes accionistas que são detentores da maioria do capital social e os administradores, em detrimento do pequeno investidor isolado, que detêm uma ínfima parte insignificante do capital e por isso não tem acesso ao círculo de amizades e até de compadrio com os administradores, e assim, é natural que haja relutância por parte dos accionistas de controlo em responsabilizar os administradores com os quais existe uma relação de proximidade. Um outro factor em Portugal tem a ver com a dimensão do nosso mercado nacional e assim um menor número de lugares de administração disponíveis, o que pode desencorajar (e decerto desencoraja) pessoas que têm o sonho de um dia ocupar um lugar de administração principescamente remunerado e numa posição social de influência, a contestar o status quo.

2.5. Os inconvenientes em Portugal da aplicação excessiva da responsabilização dos administradores

²³ IRA M. MILLSTEIN / E NORMAN VEASEY, “Some Thoughts on Director Protection In Light of the Worldcom and Enron Settlements; Suggestions for Directors”, in Metropolitan Corporate Counsel, Junho 2005.

²⁴ LISA M. FAIRFAX, “Spare the Rod, Spoil the Directors? Revitalizing Directors Fiduciary Duty through Legal Liability”, in Houston Law Review, Vol. 42, pp. 393-456, 2005, pp.

Entre os factores apontados e salientados no nosso país destacam-se alguns, que passamos a enumerar:

1 - Uma actuação excessivamente cautelosa dos administradores poderia colocar em causa rendibilidades futuras, devido ao facto do administrador ser avesso ao risco, com receio de perder o emprego.

2 - Com a proliferação de cuidados desnecessários, tal como obter pareceres para a tomada de decisões mais básicas, onerando e emperrando a máquina empresarial.

3 - Debates excessivos sobre cada decisão, ao detalhe, como no rescaldo dos desafios de futebol comentados na televisão apenas atrasariam a tomada de decisão, logo, a perda do tempo de oportunidade de um negócio.

4 - Diminuição de pessoas disponíveis para o lugar de administrador devido a uma excessiva sindicalidade das tomadas de decisões.

5 - E o elevado encargo remuneratório que representaria contratar um administrador sujeito a todos estes riscos e obrigações, logo, na prática, quase ninguém desejaria ser administrador, ou então seriam poucos os “valentes” que se iriam sujeitar a tantas obrigações e deveres.

E assim, em Portugal ainda não encontramos um modelo padrão, ou como referem os anglo-saxónicos, utilizando a expressão genérica (one size fits all) para todos os nossos tipos societários e para as sociedades cotadas, e mesmo a nível internacional ainda não se sabe qual o padrão exacto – Taylor Made – aplicável a todas as situações.

Constatamos que a nova redacção do artigo 64.º do CSC com a reforma de 2006 foi a introdução na letra da lei do princípio Business Judgment Rule, e a alteração da lei não corresponde a um aumento de ocorrência de situações de responsabilidade civil dos administradores por violação dos deveres de cuidado, pois a reforma não altera muitos factores que conduzem a uma baixa taxa de incidência de situações de responsabilização dos administradores, pois ao consagrar o princípio Business Judgment Rule, apenas obriga os Tribunais a adaptarem-se a este preceito tal como ele é formulado na sua origem, a partir da doutrina dos Tribunais Americanos, doutrina essa seguida a partir do Estado Americano do Delaware, e que consiste numa apreciação *pari passu* das decisões dos administradores, plasmada no início da nossa dissertação, o que concluímos que apenas nos casos de negligência grosseira – gross negligence – poderão os Tribunais afirmar o mérito das suas decisões.

Numa nota final quanto ao dever de cuidado, uma explicitação mais pormenorizada deste dever pode influenciar a actuação dos administradores, sobretudo quando o administrador não tem consciência ou tem uma baixa consciência dos seus índices de responsabilização, e este desiderato pode ser levado a cabo através da intervenção

externa dos investidores, sobretudo os institucionalizados (fundos de pensões ou da Segurança Social, Caixa Geral de Aposentações, Caixa de Previdência dos Advogados e Solicitadores, Caixa de Previdência dos bancários), indagando estes investidores às entidades competentes, sobre qual o mecanismo de sistema de controlo interno e das regras que obrigam as sociedades cotadas a divulgar a implementação e monitorização de métodos de controlo para maior segurança não só da própria sociedade, mas de todos aqueles que, directa ou indirectamente, com ela interajam. Acreditamos que a resposta está no Corporate Governance.

Página intencionalmente deixada em branco

Capítulo III - Os Deveres Fundamentais dos Administradores.

O mundo dos homens está perturbado.

Apesar disso, as mulheres estão obstinadamente

determinadas a dele fazer parte

e imiscuir-se nos seus problemas.

E. Janeway

Os deveres fundamentais dos administradores estão plasmados nos art.º 64, 65.º a 72.º do CSC. Estes deveres incluem, no essencial, dois deveres ou poderes - deveres de gestão: a gestão e a representação da sociedade. O art.º 64 reporta-se pois ao modo de concretização destes deveres e também a todas as restantes obrigações que lhes advenham da lei ou dos estatutos. A linguagem técnica do art.º 64 do CSC apenas pode ser entendida pela História e pelo Direito comparado, prevenindo-se desta forma compreensões literalistas e imediatistas

A bitola da diligência tem em vista o esforço requerido, e na nossa tradição jurídica nacional, a diligência traduz a medida de esforço exigível ao devedor no que tange ao cumprimento da obrigação. E a aferição de tal medida, padrão ou bitola, pode ser determinada em concreto ou em abstracto, através do conceito de “bom pai de família” ou critérios mais exigentes.

Ora o gestor criterioso e ordenado é uma bitola mais exigente, pois requer um esforço acrescido, pois estão em causa “especialistas da fedúcia”, homens e mulheres a quem se confia o sucesso e a boa gestão de uma sociedade comercial, pois gerem bens alheios.

Assim, a diligência dá lugar a todos os outros deveres dos administradores, e por este padrão se explica a intensidade requerida na execução desse mesmo dever.

Como iremos tratar do Dever de Lealdade em capítulo autónomo, o seguinte, deixaremos para este capítulo dos deveres fundamentais dos administradores o Dever de Cuidado, pois este dever encontra-se intimamente ligado à presente dissertação, nomeadamente ao Business Judgment Rule e ao Corporate Governance.

No Direito português os deveres de cuidado são considerados como normas que densificam os deveres gerais de gestão, à luz dos ditames do Corporate Governance. O dever de cuidado afasta-se dos duties of care (dos sistemas de negligence law), de onde nos foram legados em 2006, e são actualmente considerados no nosso Direito Societário como normas procedimentais, cuja concretização opera caso a caso, adequados às suas funções. A lei confere importância à disponibilidade, à competência técnica, ao

conhecimento da actividade da sociedade, a outros deveres não-taxativos, que redundam numa panóplia que conferem um colorido geral a toda a actuação dos administradores, sobretudo fiduciária.

3.1. Os deveres fundamentais à luz da Jurisprudência dos Tribunais Portugueses.

O Processo 208/99 de 27.10.2003, que correu termos na 3.^a Vara Cível – 1.^a Secção da Comarca de Lisboa, no qual foi Relator o Juiz Pedro Caetano Lopes, concluiu com propriedade que o dever primordial do administrador é o dever de gestão, sendo que o conteúdo desse dever se concretiza pelo interesse social, pelas legis artis da Gestão de Empresas e pelo critério de diligência de um gestor criterioso e ordenado, compreendendo o dever de gestão, nomeadamente o dever de obter informação no iter decisional e o dever de não tomar decisões irracionais. Mas o dever de gestão não implica a tomada de decisões adequadas, sendo que esta concepção constitui uma limitação da sindicabilidade do mérito das decisões empresariais com correspondência na Business Judgment Rule.

3.2. O Dever de Gestão e (in) sindicalidade do mérito das decisões empresariais.

Como se irá plasmar nesta Tese, a responsabilidade do administrador perante a sociedade é uma responsabilidade obrigacional, por violação dos deveres impostos por lei, nos estatutos, por deliberações sociais e em contratos de administração, nos termos do art.º 72 do CSC.

Mas o administrador tem deveres gerais e específicos, e nem sempre é possível delimitar com exactidão quais os deveres primordiais a serem tomados em consideração, dado a inter-dependência e interacção de vários deveres ao mesmo tempo na sua actuação de gestor criterioso e ordenado orientado e pautado por critérios de racionalidade empresarial, tendo em conta todos os intervenientes internos e externos que fazem parte da composição da dinâmica societária.

É contudo pacífica a existência de deveres de conteúdo específico, tais como o dever de não distribuir bens aos sócios (art.º 31/2 CSC), o dever de relatar a gestão e apresentar contas (art.º 65.º e 66.º CSC), o dever de celebrar escritura pública de alteração (art.º 85/4 CSC), o dever de estar presente nas assembleias-gerais (art.º 379.º/4 CSC) e o dever de prestar caução (art.º 396.º CSC).

Mas existe alguma controvérsia quanto à (in) sindicabilidade do mérito das decisões empresariais, pois o Direito Estrangeiro, nomeadamente o Norte-americano não sofreu a influência dos Direitos de raiz romano-germânica, como o Direito Português.

3.3. A Doutrina e Jurisprudência Portuguesas

Na doutrina nacional, Raul Ventura e Brito Correia defendem a existência de um dever de gestão, que resulta das normas que “põem a cargo do administrador a administração e representação da sociedade”. Referem que, na determinação do conteúdo das suas obrigações, o administrador tem de recorrer à noção de diligência e à noção de interesse social. A diligência é concebida como uma bitola de concretização da ilicitude. Referem que “ os deveres dos administradores têm sempre de ser entendidos (...) de modo que não o impeçam de correr os riscos normais da empresa, inerentes à sua função.”²⁵

No que respeita à jurisprudência portuguesa publicada sobre a responsabilidade do administrador perante a sociedade, existem decisões que admitem que o art.º 64.º CSC consagra um dever de diligência enquanto consagração autónoma de um ilícito.²⁶

Mas outras decisões reconhecem um dever de vigilância, como o Ac STJ de 19.11.87 (Menéres Pimentel), BMJ 371-473.

Mas não se conhece nenhum caso de efectivação da condenação de um administrador perante a sociedade por violação de um dever de gestão, seja de administração ou diligência.

3.4. O Direito norte-americano.

A responsabilidade civil dos administradores é uma das matérias centrais de todo o mecanismo da Corporate Law, versados sobretudo nos Principles of Corporate Governance: analysis and recommendations do American Law Institute.²⁷

No sistema empresarial norte-americano existe uma grande dispersão do capital, o que implica um maior poder e uma maior proeminência dos administradores, sendo a responsabilidade civil eleita o mecanismo de excelência para fazer face ao controlo da

²⁵ Ventura, Raul, e Correia, Luís Brito, “Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 192, pp. 58-112, maxime p. 112.

²⁶ Ac. STJ 23.5.02 (Abel Freire), CJ-STJ 02-II-88 (com uma referencia ao Corporate Governance e à defesa do interesse social). Ac STJ 19.11.87 (Menéres Pimentel, BMJ 371-473, e Ac RL 23.3.95 (Antunes Pina), www.dgsi.pt (com referência ao dever de diligência na administração).

²⁷ St. Paul, 1994, Eisenberg. Melvin Aron.

actividade dos administradores. Por esta razão a Business Judgment Rule é por tradição decomposta em quatro aspectos, sendo que três são condições de aplicação da regra e a quarta é a regra em si. Em primeiro lugar, a Business Judgment Rule apenas é aplicada caso seja tomada conscientemente uma decisão. A regra não se aplica quando não exista um decisionmaking process e em casos de falta de vigilância. Em segundo lugar, a regra apenas se aplica se os administradores não tiverem um interesse pessoal financeiro ou pecuniário no mérito da decisão (inside trading). Em terceiro lugar, a regra apenas se aplica se não for violado o dever de produzir um reasonable decisionmaking process. Em quarto lugar, caso estejam reunidas as condições anteriores, o mérito da decisão não será analisada. Mais precisamente, não será analisada a razoabilidade substancial da decisão, restringindo-se a análise á sua racionalidade. Isto é, apenas se admite a responsabilidade em situações de decisões irracionais (egregius ou irrational decisions). Em conclusão, por força da Business Judgment Rule não existe responsabilidade por negligent substantive decisions. A responsabilidade restringe-se a situações de negligência no iter decisional ou a decisões irracionais.

A Business Judgment Rule é enunciada no § 4.01 dos Principles of Corporate Governance que foram adoptados e promulgados em 13 de Maio de 1992, pelo American Law Institute e constituem um modelo de regulamentação jurídica sobre variados temas de Corporate Law e uma tentativa de unificação do corporate law norte-americano. Não são leis, mas sim propostas de regulamentação que podem ser acolhidas pelos tribunais, pelos intérpretes do Direito dos diversos Estados que fazem parte da Confederação Americana e até podem ser utilizados pela sociedade civil. São soft law.

3.5. Conclusões

A situação jurídica passiva do administrador consubstancia um dever de gestão, sendo a terminologia gestão mais apropriada que o termo administração, porque a palavra gestão traduz o preceito do art.º 406º CSC, e reporta-se à terminologia mais apropriada em sede da competência dos administradores – gerir. Por outro lado, gestão é o termo que corresponde à Ciência utilizada pelos administradores – a Gestão de Empresas – cujas legis artis delimitam e concretizam esse dever. Por outro lado, o termo Gestão evita a distinção que ocorre no Direito Civil no que concerne aos actos de administração e aos actos de disposição, que são completamente irrelevantes em sede de Gestão de Empresas, cujo critério ou padrão de conduta dos administradores/gestores se pauta por critérios de racionalidade empresarial, tal como refere o CSC.

O termo Gestão é também mais adequado que o termo Diligencia, pois a diligência é um critério utilizado pela lei em sede de concretização da ilicitude e da culpa, e o termo Gestão remete para a Ciência da Gestão de Empresas, cuja terminologia é fulcral para a determinação e concretização da ilicitude.

A Gestão de Empresas tem como objectivo a própria Gestão e não com toda a certeza o sucesso empresarial, pois nem todos os negócios estão fadados ao sucesso, e gerir uma empresa não significa que obrigatoriamente essa empresa deverá sempre apresentar resultados lucrativos, por determinadas variantes, aliás expostas adiante no respectivo capítulo da presente dissertação.

O conteúdo do dever de gestão é concretizado tendo em conta o fim da obrigação – prosseguir o interesse social – através das legis artis da Gestão de Empresas. Seguimos assim um raciocínio explanado por Carlos Ferreira de Almeida²⁸. O resultado procurado pela Gestão é a própria Gestão e não o sucesso empresarial como dado garantido, tal como na prestação dos serviços médicos, o doente procura o tratamento (que permita a cura) mas nunca o médico lhe oferece com toda a certeza possível a absoluta cura. O doente efectua e segue as prescrições médicas, e a cura poderá ou não surgir.

Ora, o conteúdo do dever de gestão concretiza-se por recurso à bitola do interesse social, plasmado no art.º 64.º CSC, sendo essa a finalidade essencial da Gestão, que congrega o interesse comum ou colectivo dos sócios. Também se compreende no dever de gestão o dever de vigilância, o dever de intervenção, o dever de obter informação no iter decisional e o dever de não tomar decisões irracionais, mas nunca o dever de tomar decisões adequadas.

Os deveres de vigilância e de intervenção dos gestores verificam-se sempre, mesmo dentro do seu pelouro ou organigrama, o administrador tem de desenvolver uma actividade de vigilância, através da adopção de medidas procedimentais de monitorização da actividade social (monitoring procedures), intervindo sempre que necessário.

Assim, é preferível o entendimento vertido na Jurisprudência de que o dever de gestão é constituído por um dever de obtenção de informação no iter decisional e um dever de não tomar decisões irracionais, sendo a sindicabilidade do mérito das decisões empresariais limitada apenas através da aceitação de uma margem de discricionariedade, o que não afasta a análise do mérito das decisões empresariais, mas significa sim a margem de discricionariedade a inexistência de responsabilidade pela adopção de uma decisão entre duas ou mais decisões adequadas, o que contudo não deixa de se apresentar como um mecanismo de limitação da sindicabilidade do mérito das decisões empresariais comparativamente pobre em relação ao Direito norte-americano.

Mas o Ordenamento Jurídico Português limita de forma muito mais eficaz a sindicabilidade do mérito das decisões empresariais, e só a irracionalidade das decisões empresariais é analisada. E este entendimento tem a vantagem de permitir a recepção no Direito Português dos critérios da Business Judgment Rule.

Ora, a limitação da sindicabilidade do mérito das decisões empresariais é fulcral, pois é economicamente desejável a tomada de decisões empresariais arriscadas, pois um sistema de controlo muito apertado ex post da adequação das decisões empresariais inibiria os administradores de tomarem decisões arriscadas, sendo preferível a tomada de decisões arriscadas com prévia informação do que um comportamento de absoluta inércia empresarial, pois o que está em causa é o desenvolvimento económico e a

²⁸ Os contratos civis de prestação de serviço médico, Direito da Saúde e Bioética, Lisboa, 1996, pp. 107-118, sobre a distinção entre obrigação de meios e obrigação de resultado.

competitividade das empresas e da economia, com reflexo no interesse social, sócios, trabalhadores, accionistas, credores e fornecedores.

A única excepção de responsabilidade dos administradores irá então ocorrer em casos de actuação em conflitos de interesses, sendo que a eventual responsabilização civil decorrerá não da violação do dever de gestão, mas sim da violação do dever de lealdade, consagrado no art.º 762.º n.º 2 do Código Civil e nos arts.º 64.º, 397.º e 398.º do Código das Sociedades Comerciais.

Capítulo IV - O Dever de Lealdade no Direito Societário

Sê leal e varonil

Sê forte sem bravatas

E proteja as nossas matas.

Huguinho, Zézinho e Luisinho nos Escuteiros Mirins.

O sentido etimológico da palavra lealdade está estreitamente relacionado com a confiança ou fedúcia. Leal é o ser humano que pauta a sua conduta de acordo com o princípio “pacta sunt servanda”. Embora o Direito das Obrigações, no que tange aos contratos refira que estes devem ser pontualmente cumpridos, a lealdade, no aspecto que analisamos neste capítulo da presente dissertação reporta-se não apenas à condutas recíprocas derivadas de contrato mas acima de tudo das relações humanas a níveis não formalizados de tinta no papel, isto é, a relações humanas que embora contratualizadas, transcendem a letra morta em benefício da conduta salutar entre partes que vivifica e desabrocha numa relação de confiança, em que uma das partes interessadas dispensa a sua plena e total confiança, conferindo preferência, perante múltiplas escolhas, apenas e só a um determinado sujeito, que se afigura como o ideal.

Daqui deriva, em termos de movimentação no jogo emocional, jurídico, dialéctico e societário, a entrega total de uma das partes à outra, o que resulta num investimento ou escolha preferencial, em detrimento de outros, em que se confia à pessoa tida como leal, valores e responsabilidades, na convicção que estes serão devidamente acautelados.

Desta forma, a lealdade gera expectativa, num primeiro plano, negociação depois, e por fim, compulsados todos os factores, a formalização contratual, que resulta na nomeação.

Quem quer que seja que procure em outrem a lealdade, neste caso, no Direito Societário – não obstante esta procura se estender a todos os ramos onde se gera a expectativa – procura acima de tudo evitar a incerteza, buscando a estabilidade, mas acima de tudo buscando o comportamento correcto da outra parte, que por sua vez, se enrola na espiral da confiança, da previsão e da correcção e aprumo, moral ou deontológico, cuja violação de expectativas – ou traição – não raras também no Direito das Sociedades, como em variados campos do comportamentalismo humano, encontra eco na sanção da Lei certa, prévia e escrita, legal ou contratualizada entre as partes.

Muito se poderia escrever sobre a lealdade, como alias o Professor Doutor António Menezes Cordeiro o faz, nas suas lições, contudo, “brevitatis causa”, não nos debruçaremos sobre a história da lealdade, do seu étimo latino, das Ordenações, dos

primórdios da lealdade dos homines sapientes, da Roma Antiga e da concepção de “fides”, ou fé, e mais tarde do adjetivo “bonae” ou boa, daqui resultando bonae fides ou boa fé.

Iremos sim, muito sumariamente desenvolver a lealdade apenas e só no plano societário.

4.1. O desenvolvimento da Lealdade no Direito Societário.

A Sociedade Comercial, ou Firma, como lhe chamavam os Anglo-Saxónicos (firm), começou por ser um bonae fidei iudicium, derivado do Afecto de Sociedade. Por esta razão, a história do Corporate Law a nível mundial desde sempre assentou (e ainda assenta) em Sociedades Familiares. Isto porque o Contrato de Sociedades ocorre de forma muito pessoal, isto é, as partes celebram o Contrato porque depositam especial confiança nos atributos umas das outras, ocorrendo entre elas interações com vista à prossecução de um fim comum, através da lealdade, desempenhando ambas as partes um papel multifacetado para atingir o fim comum.

Não se pretendendo referir a história da lealdade desde os primórdios da História da Humanidade, passando pelos Dez Mandamentos, pela Arca da Aliança, pelas lealdades religiosas e até expansionistas de grandes civilizações de outrora, por razões de exposição, e antecipando, diremos então, que no Direito Societário, tal como Refere Meneses Cordeiro, distinguimos:

- 1- Lealdade dos accionistas entre si, englobando a lealdade da maioria para com a minoria e vice-versa.
- 2- Lealdade dos accionistas para com a sociedade.
- 3- Lealdade dos administradores para com a sociedade.
- 4- Lealdade dos administradores para com os accionistas.

Muito embora a Reforma de 2006 do Código das Sociedades Comerciais, particularmente no artigo 64.º apresente toda uma panóplia colorida de lealdades, cuja consistência jurídica é discutível, porque banaliza a lealdade, iremos terminar o presente capítulo com duas notas.

A primeira, é que a violação do Dever de Lealdade Genérico não se relaciona com a Business Judgment Rule, é matéria de foro interno das quatro categorias de “Lealdades” descritas acima, e cuja violação deriva sanção exposta pormenorizadamente adiante nesta Tese, nomeadamente a Jurisprudência do Acórdão do STJ. (Ac. de 10.1.2002, Agravo de n.º 3623/01-7.ª in *Sumários* 1/2002).

“ I - Para efectivar a responsabilidade do administrador para com a sociedade existem vários tipos de acções sociais: a acção sub-rogatória dos credores sociais, em que estes se substituem à sociedade para exigirem dos administradores a indemnização que a este compete (art. 78.º, n.º 2, do CSC); a acção social *ut universi*, proposta pela própria sociedade para obter o ressarcimento dos danos causados à sociedade com fundamento na responsabilidade civil dos administradores (art. 75.º do CSC); a acção social *ut singuli*, em que os sócios que representem 5% do capital social pedem a condenação dos administradores na indemnização pelos prejuízos causados à sociedade e não directamente a eles próprios (art. 77.º do CSC).

Por fim, o Dever de Lealdade que interessa a Business Judgment Rule, são as regras previstas nos artigos 397.º e 398.º do Código das Sociedades Comerciais, nomeadamente a proibição do Administrador efectuar negócios com a Sociedade, a proibição das Sociedades Anónimas concederem créditos aos Administradores, a proibição dos Administradores de exercerem qualquer actividade concomitante com a actividade da Sociedade, paralelamente ou em concorrência, sejam estas funções temporárias ou permanentes, subordinadas ou autónomas, de modo a proteger a independência dos Administradores.

Página intencionalmente deixada em branco

Capítulo V. - Gestão e Representação das Sociedades

Um Comité é um grupo de não-preparados,

Nomeados pelos sem vontade,

Para fazer o desnecessário.

F. Allen.

Oliveira Ascensão²⁹ entende que pela natureza intrínseca da gestão não é inequívoco que a palavra administração redunde na prática de actos de mera administração, pois tal definição contrasta com os actos que em Direito Civil se denominam de disposição. Ora, na prática e na vida diária das empresas ou sociedades comerciais, a competência do gestor/administrador/gerente é uma competência muito mais abrangente.

O gestor ou administrador prossegue uma política social consignada nos estatutos da sociedade e também todas aquelas políticas societárias e empresariais que resultam da deliberação dos sócios em Assembleia-Geral, dispondo os gestores ou administradores de larga autonomia na prossecução do objecto social, pois a administração da sociedade está encorada sob a égide do órgão de gestão, mesmo que a gestão se traduza na prática de actos ordinários de administração.

Contudo, mesmo a prática de actos ordinários de administração incluem relações jurídicas com terceiros, através dos quais a sociedade se vincula, por exemplo, nos diversos negócios jurídicos que celebra.

Desta forma, o órgão de gestão representa a sociedade, e, portanto, prossegue a prática de actos externos que, malgré tout, vinculam a sociedade. Veja-se por exemplo o art.º 408.º e 409.º do Código das Sociedades Comerciais quanto aos actos de vinculação da sociedade para com terceiros:

Art.º 408 n.º 1 CSC:

“Os poderes de representação do conselho de administração são exercidos conjuntamente pelos administradores, ficando a sociedade vinculada pelos negócios jurídicos concluídos pela maioria dos administradores ou por eles ratificados, ou por número menor destes fixados no contrato de sociedade”.

Art.º 409 n.º 1 CSC:

“ Os actos praticados pelos administradores, em nome da sociedade e dentro dos poderes que a lei lhes confere, vinculam-na para com terceiros, não obstante as limitações constantes do contrato de sociedade ou resultantes de deliberações dos

²⁹ ASCENÇÃO, José De Oliveira, Direito Comercial, Volume IV, Sociedades Comerciais, Parte Geral, Lisboa 2000.

accionistas, mesmo que tais limitações estejam publicadas”. Ora, os gestores ou administradores podem designar representantes da sociedade mediante procuração, e estes representantes são o veículo de expressão da vontade da sociedade, através das regras da representação, e não das regras internas do organigrama laboral e empresarial da estrutura interna da empresa.³⁰

E também pode ocorrer que os agentes da sociedade, como por exemplo os comissionistas ou associados beneficiem de poderes de representação, quer explicitamente ou implicitamente, no quadro das funções desempenhadas na prossecução do objecto social.

A regra fundamental nesta matéria, que estabelece a responsabilidade das pessoas colectivas pelos actos dos seus representantes, agentes ou mandatários, é a que decorre do **art.º 165.º do Código Civil**:

“ As pessoas colectivas respondem civilmente pelos actos ou omissões dos seus representantes, agentes ou mandatários nos mesmos termos em que os comitentes respondem pelos actos ou omissões dos seus comissários”.

E esta regra é secundada pelo **art.º 6.º n.º 5 do Código das Sociedades Comerciais**:

“ A sociedade responde civilmente pelos actos ou omissões de quem legalmente a represente, nos termos em que os comitentes respondem pelos actos ou omissões dos comissários”.

Estes artigos da Lei não se reportam ao organigrama interno da sociedade, mas sim remetem para a responsabilidade dos comitentes para os actos ou omissões dos comissários, e a representação resulta da representação dos representantes voluntários, agentes ou auxiliares.

5.1. Natureza jurídica da relação de Administração

Muito se discutiu na doutrina a natureza jurídica que melhor se enquadraria ao acto de designação³¹ do gestor. Ora, em Direito, as formas de designação são inúmeras e não se pode atribuir a todas as situações uma natureza uniformemente contratual. Exemplificando: se a designação é conteúdo de uma deliberação, seguramente estamos na presença de um acto unilateral, contudo, não se trata de proposta de contrato, pois uma Assembleia-Geral não pode celebrar um contrato com uma pessoa singular. Mas

³⁰ Cfr. O art. 163.º do Código Civil

³¹ Sobre este tema, veja-se Meneses Cordeiro, Da responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais; Brito Correia, Os Administradores das Sociedades Anónimas.

procura-se mais do que isto, procura-se um contrato celebrado especificamente entre o designado e a sociedade³², de modo a concretizar um estatuto jurídico de celebração contratual. Mas na prática tal contrato não é indispensável, pois casos existem em que é impensável a concretização deste contrato. Imagine-se que toda a administração de uma sociedade é substituída. Com quem poderia o gestor eleito ou designado celebrar o seu contrato? Isto porque cessa a existência do órgão que actue pela sociedade através de deliberação específica da Assembleia-Geral, e esta não pode efectuar negócio consigo mesmo.

Contudo, mesmo que em ultima ratio, na vida prática e diária das empresas menos conhecidas do público sejam celebrados contratos desta natureza, tal fenómeno reveste carácter eventual, pois procura-se defender o aspecto institucional da empresa, resultando daqui um acto unilateral, mas, é contestável que a aceitação do designado, que deve ser indispensável, seja um contrato, pois se assim fosse, um mero contrato de trabalho, o gestor ou administrador designado não poderia ser destituído, e ficaria ferido o princípio da independência do gestor, sem prejuízo de denominar-se tal relação jurídica como contrato de prestação de serviços.

³² Então não representada seguramente pela Assembleia Geral.

Página intencionalmente deixada em branco

Capítulo VI - Pressupostos gerais da Responsabilidade dos Administradores

A burocracia defende o status quo muito

Para além do tempo em que o quo já perdeu o status.

L. Peter

No exercício das suas funções, os administradores podem, por acção ou omissão, com preterição dos deveres legais e contratuais a que estão sujeitos, causar danos quer à sociedade, aos sócios ou a terceiros.

A sociedade responderá por estes danos perante terceiros nos termos em que os comitentes respondem pelos actos dos comissários (art.º 500.º do Código Civil).

A responsabilidade da sociedade é objectiva – não dependendo da culpa – mas só ocorre quando também se imponha ao administrador a obrigação de indemnizar nos termos do art.º 500.º n.º 1.º do Código Civil.

Por seu turno, a responsabilidade dos administradores funda-se sempre na culpa – é uma responsabilidade subjectiva – mesmo em situações de culpa presumida (art.º 72.º, n.º 1 CSC).

Verificados os pressupostos da responsabilidade civil (cumulativos), que se elencam:

Facto ilícito, Culposo, Prejuízos e Nexo de causalidade;

O administrador é civilmente responsável.

São nulas quaisquer cláusulas dos contratos de administração, incluídas ou não nos estatutos, que isentem e excluam a responsabilidade dos administradores, quer para com a sociedade ou terceiros (art.º 74.º n.º 1 do CSC).

Desta forma, o recente direito das sociedades preocupou-se em prever sanções penais e de mera ordenação social aos administradores, pois os prejuízos causados podem ser de tal forma elevados, que apenas a responsabilidade civil não bastaria como factor dissuasor das actuações dos administradores (art.º 509.º e segs. CSC).

Na eventualidade da culpa reportar-se ao acto de nomeação pelos sócios do designado para as funções de administrador, os sócios são subsidiariamente responsáveis com o administrador nos termos do art.º 83.º n.º 1 e 3 do CSC.

E este regime não se aplica apenas e só aos administradores de direito, mas também aos administradores de facto, nos termos do art.º 80.º do CSC.

Coutinho de Abreu assim os descreve: ³³“ é administrador de facto (em sentido amplo) quem, sem título bastante, exerce, directa ou indirectamente e de modo autónomo (não subordinadamente), funções próprias de administrador de direito da sociedade”

E aqui se insere quem quer que actue publicamente sem título ou com título inválido ou caducado, ou pessoas que, não querendo assumir o estatuto de administradores, dão instruções que os administradores acatam (administradores sombra) ³⁴

6.1. A Relação jurídica entre o gestor e a Sociedade

Um feixe de poderes conecta o gestor à sociedade, resultando daqui o estatuto do gestor. Alguns princípios resultam antes de mais da Lei. Desta forma, o gestor tem o dever de diligência, mas pode suceder que em sociedades familiares existam gestores formais alheios ao desempenho e à performance da sociedade. Mas mesmo estes gestores estão sujeitos às responsabilidades do gestor. Por exemplo, nas Sociedades Anónimas os gestores não podem exercer actividade concorrencial com a sociedade que administram. Exemplos paradigmáticos são os arts.º 398.º n.º 3 e 428.º CSC:

Art.º 398º n.º 3 CSC:

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

Art.º 428.º CSC:

“Aplica-se aos administradores o disposto nos artigos 397.º e 398.º, competindo ao conselho geral e de supervisão as autorizações aí referidas”.

O gestor deve ainda prestar informações aos sócios, e este dever é tão relevante nos termos dos arts.º 518.º e 519.º do CSC que se violado é penalmente sancionado. E estão ainda os gestores restringidos nos negócios celebrados com a sociedade nos termos do art.º 397.º do CSC ³⁵. Mas particularmente importante é o dever de relatar a gestão e prestar contas de cada exercício anual.

E como tal matéria é regulada nos arts.º 65.º e seguintes do CSC é precisamente sobre tais preceitos que se estruturam com acurada particularidade a responsabilidade dos administradores, pois as contas devem ser deliberadas pelos sócios, sendo que esta matéria muito delicada na vida das sociedades é bastante regulada, prevendo a Lei

³³ ABREU, Coutinho. Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades, pág. 99.

³⁴ ALMEIDA, António Pereira . Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários e Mercados, 6.ª Edição, Coimbra Editora, 2010.

³⁵ Veja-se também o art.º 445.º n.º 1.º do C.S.C.

cominações e um regime especial de invalidade destas deliberações no art.º 69.º do CSC.

Ora, nem só deveres tem o gestor. Também cabem no desempenho das suas funções direitos que dependem do tipo de sociedade, dos estatutos, da grandeza da sociedade, do nicho de mercado e das cláusulas concretas acordadas ao abrigo do feixe de relações que liga o gestor à sociedade. Assim, o gestor tem direito a uma remuneração, e o art.º 402.º do CSC estabelece uma pensão de reforma dos administradores das Sociedades Anónimas. Existem também, nas Sociedades por Quotas, o direito à não destituição sem justa causa, nos termos do art.º 257.º CSC, com contrapartidas em indemnização por quebra contratual e a reparação dos prejuízos sofridos. Nas empresas transnacionais, neste aspecto das indemnizações, verdadeiras fortunas estão em jogo. Por fim, o gestor tem em simultâneo um poder-dever de ser independente no exercício das suas funções.

6.2. Pressupostos da Responsabilidade dos Administradores

O principal dever que recai sobre os gestores é, como sintetizado pelo **art.º 64.º do C.S.C.** “devem actuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores.

Se infringe os seus deveres, deverá o gestor ficar constituído em responsabilidade perante a sociedade, os credores e os sócios ou terceiros. Se o gestor é mero titular do órgão, o acto é da sociedade. Deveria ser esta que responderia, exclusivamente. Como se compreende então uma responsabilidade directa do titular do órgão? Porque na realidade não deixa de existir uma acção humana, e o comportamento humano funcional é imputado à pessoa colectiva, formando-se o comportamento normativo desta. E este comportamento pode ter aliás consequências diferentes do comportamento humano histórico, seja o caso de boa ou má fé. Mas o comportamento humano subsiste, e por isso pode ser objecto de valoração penal nos termos do art. 12.º do Código Penal. Pode ser também objecto de valoração civil, quando revestir por si as características gerais do ilícito e não houver razão para supor que a lei atribua uma disciplina específica pela integração na actividade social. A situação apreça particularmente nítida na hipótese da responsabilidade do gestor perante a sociedade, pois haverá uma violação do vínculo que o liga àquela

Esta sobreposição de responsabilidades, do gestor para a sociedade ou da sociedade e do gestor perante terceiros, apreceu à lei exagerada quando na origem do acto estiver uma deliberação da sociedade. Neste caso, é a sociedade quem arrosta sozinha a consequência.

Assim acontece no que respeita á responsabilidade do gestor perante a sociedade. Mas não basta a conformidade do órgão de fiscalização. Como a responsabilidade se destina a defender os sócios, não teria sentido que pudesse cessar com a mera

deliberação do órgão de fiscalização, que em geral emana da mesma maioria. O art.º 72.º n.º 5.º do C.S.C. determina que não exonera da responsabilidade. Se o acto assenta em deliberação dos sócios, ainda que seja anulável, já não gera responsabilidade (art.º 72.º n.º 4.º do C.S.C.). Por isso os gestores levam muitas vezes a deliberação da Assembleia Geral pontos da ordem de trabalhos particularmente duvidosos, para salvaguardarem a sua responsabilidade. Pelo contrário, quer a exoneração ou a dificuldade abstracta da acção de responsabilidade (art. 74.º n.º 1 do C.S.C.) quer a renúncia (art.º 74.º n.º 2.º C.S.C.) são excluídas ou dificultadas. A aprovação genérica das contas ou da gestão pela Assembleia Geral não exonera os administradores da responsabilidade (art.º 74.º n.º 3.º C.S.C.) O mesmo se passa no que respeita à responsabilidade do gestor perante os sócios ou terceiros. O art.º 79.º n.º 2.º CSC manda aplicar os n.º 2 a 5 do art.º 72.º CSC.

Aparentemente, a mesma disciplina legal valeria em caso de responsabilidade do gestor perante os credores. O art.º 78.º n.º 5 CSC manda aplicar os n.º 2 a 5 do art.º 72.º CSC. Mas o art.º 72.º n.º 4º CSC exclui a responsabilidade dos gerentes quando o acto assente em deliberação dos sócios, ainda que anulável. Significará isto que se houver deliberação os credores não se poderiam dirigir contra o gestor, embora o acto seja ilícito. Porém, o art.º 78.º n.º 3 do CSC entra em contradição, pois determina que a obrigação de indemnização não é excluída, em relação aos credores, pelo facto de o acto ou omissão assentar em deliberação da Assembleia Geral. Como a justificação do preceito consiste em dar uma protecção acrescida aos credores, a solução possível estaria numa interpretação ab-rogante (derrogante) da remissão do n.º 5. A responsabilidade do gestor que violasse normas especificamente destinadas à protecção dos credores subsistiria, mesmo que se fundasse em deliberação dos sócios.

6.3. A Responsabilidade do Gestor para com a sociedade

O gestor tem seguramente deveres funcionais para com a sociedade. Se os infringir fica sujeito a responsabilidades perante ela. A responsabilidade é obrigacional, porque assenta na violação de deveres específicos. O preceito básico é o do art.º 72.º n.º 1.º do CSC. São responsáveis para com a sociedade pelos danos causados com preterição dos deveres legais ou contratuais, salvo se provarem que precederam sem culpa. Os deveres contratuais abrangem antes de mais os constantes do contrato social. A exclusão da responsabilidade, se “ provarem que procederam sem culpa”, confirma que a responsabilidade é obrigacional: o preceito correspondente é o art.º 799.º do Código Civil. Aplicam-se na generalidade as regras da responsabilidade obrigacional.

Sendo o órgão de gestão plural, a responsabilidade é solidária nos termos do art.º 73 n.º 1 CSC presumindo-se iguais as culpas, pelo preceituado na alínea 2.

Mas, porque a responsabilidade não é objectiva, se o acto é uma deliberação, não são responsáveis os que não tenham participado ou hajam votado vencido (art.º 72.º n.º

2 CSC). Não lhes basta porém a atitude abstencionista ou passiva, pois a lei exige que tornem expresso, por consignação na Acta da Assembleia Geral, o exercício de direito de oposição (art.º 72.º n.º 3 CSC).

Já a lavratura da declaração de voto prevista no n.º 2 do art.º 72.º do CSC não é condição de ir responsabilização, é elemento de prova a que o gestor recorre se quiser. Mas na prática é frequentemente muito difícil provar a decisão tomada, se não se recorrer àquele meio.

6.4. A Acção social

A acção social pode ser exercida:

-Ut universi

-Ut singuli

Quer-se dizer que pode ser proposta pela sociedade ou por sócios. Vejamos os termos que a lei portuguesa as admite, tendo em conta que a responsabilidade civil é uma das consequências possíveis da infracção dos deveres. A primeira, e aquela a que mais frequentemente se recorre, é a destituição do cargo, que é amplamente admitida. Seria neste caso uma destituição com justa causa.

6.5. Acção da Sociedade

A acção da sociedade é da iniciativa dos sócios, que deliberam por maioria simples (art.º 75.º n.º 1 CSC). Mas esta matéria pode sempre ser deliberada na Assembleia Geral que aprove as contas do exercício, muito embora este ponto da ordem de trabalhos que venha a ser introduzida em plena Assembleia nem conste da ordem do dia (art.º 75.º n.º 2 CSC). Para esta concretização admite a lei, prevendo as dificuldades que se podem suscitar para os administradores actuais, mesmo se não implicados, a designação de “representantes especiais” (art.º 76.º CSC). Estes podem ser designados a requerimento de sócios que possuam pelo menos 5% do capital social. A responsabilidade dos gestores compensará a sociedade, se efectivada, dos danos causados pela má gestão. Porém, torna-se claro que havendo grandes danos (como de resto os escândalos financeiros demonstram) esta compensação será com frequência inviável.

6.6. Acção proposta por sócios

A inércia da sociedade não desarma os sócios. Podem estes, desde que reúnam pelo menos 5% do capital social, propor acção contra o gestor (art.º 77.º n.º 1.º CSC)

A acção que se prevê é uma acção social: os sócios não invocam danos próprios, nem sequer apenas a parte que proporcionalmente lhes caiba no dano social. A indemnização a atribuir é-o em benefício da sociedade. Esta acção é sub-rogatória, pois os sócios agem em vez da sociedade, e verificada a omissão desta. Como a acção pode ser objecto de abuso, o art.º 77.º n.º 5.º do CSC procura prevenir essa eventualidade.

6.7. Responsabilidade para com os credores

Os credores sociais têm, relativamente a infracções praticadas pelos gestores, dois tipos de meios de defesa em sede de responsabilidade civil:

- A acção sub-rogatória
- A acção de responsabilidade contra o gestor

A acção sub-rogatória está prevista no art. 78.º n.º 2 CSC. Como é sub-rogatória, o gestor pode opor as excepções que poderia opor á sociedade. Mas beneficiária da indemnização é a sociedade, e não os credores; apenas poderão depois encontrar no património da sociedade, bens com que se possam ressarcir.

A acção de responsabilidade contra o gestor tem uma finalidade específica: é necessário que, pela inobservância culposa de disposições legais ou contratuais destinadas á protecção dos credores, o património social se torne insuficiente para a satisfação dos créditos daqueles (art.º 78.º n.º 1.º CSC) Portanto, não se baseia na infracção genérica de deveres do gestor mas especificamente na infracção de normas de protecção dos credores. E esta fórmula recorda imediatamente a do art.º 483.º n.º 1 CSC: qualquer disposição destinada a proteger interesses alheios.

6.8. Responsabilidade para com terceiros e sócios

O art.º 79.º n.º 1.º do CSC responsabiliza ainda os gestores perante terceiros e sócios. Estão em causa os danos que directamente lhes causem no exercício das suas funções. Mas como se pode conceber a responsabilidade dos gestores para com terceiros? Porque os terceiros surgem por oposição aos sócios. O que se quer dizer é que os gestores respondem pelos actos de exercício, quando causem danos a pessoas determinadas. E

esta responsabilidade situa-se entre dois parâmetros fundamentais: respeito ao exercício de funções e só abrange danos que directamente sejam causados a pessoas determinadas, significando isto que se exclui todos os actos que não possam ser considerados actos de gestão, e isso permite também concluir que se trata de actos pelos quais a sociedade responde, por esses actos lhe serem imputados.

Mas o grande problema reside na limitação aos danos que os gestores causem directamente aos sócios e terceiros, parecendo claro que se quer excluir os danos que resultem de má gestão da sociedade, por exemplo, na diminuição do valor das acções, Quer-se assim excluir tudo on que resulte indirectamente, portanto apenas como repercussão ou reflexo do caminhar dos negócios socais.

A sociedade, na sua actuação, pode causar danos a pessoas determinadas. Por exemplo, quando ocorrem violações de contratos, destruição de bens alheios, atentados à natureza e à qualidade de vida, só para citar alguns.

Assim acontecendo, em relação aos actos humanos dos gestores que sejam juridicamente imputáveis á sociedade, o gestor é responsável também. Assume também aquela responsabilidade que por via dele chegou à sociedade e daí ao meio envolvente, com eventual repercussão negativa a vida das populações, na saúde pública, só para citar alguns exemplos. E aí, surgem os sócios ou terceiros como potenciais vítimas destes actos.

Esta responsabilidade é paralela à que encontramos na Constituição da República Portuguesa no que respeita às entidades públicas e aos titulares de órgãos de Soberania.

Mas parece desproporcionado que o gestor e apenas ele possam responder por todo o ilícito da sociedade, mesmo que lhe possa ser assacada negligência pois assim se desmotivaria a actividade da gestão, e não se vê que em relação ao ilícito societário se justifique uma duplicação de responsabilidade que não se verifica nos restantes casos de Direito Privado, o que vai de encontro á regra do Business Judgment Rule.

6.9. O Secretário da Sociedade

Esta figura não se trata de um órgão da sociedade. Foi uma figura introduzida pelo Dec. - Lei n.º 257/96 de 3 de Dezembro, e inscreve-se no movimento denominado de desburocratização, mas tornando a figura deste “especialista” ainda mais burocrática a vida da organizações. As sociedades cotadas em bolsa devem designar um secretário e um suplente. As restantes Sociedades Anónimas e as Sociedades por Quotas podem designar um secretário. A designação e a extinção estão sujeitas a registo. O secretário não é um órgão da sociedade nem exprime uma vontade que a esta seja imputável, tem funções burocráticas e de certificação, e estas funções substituem em certos casos a certidão do registo comercial, mas noutros casos não prejudicam a competência dos notários e conservadores. Em consequencia da fé pública e limitada que lhes é

conferida, o secretário é responsável civil e criminalmente pelos actos que praticar no exercício das suas funções. As funções são exercidas “por pessoas com curso superior adequado ao desempenho das funções ou solicitador”, não podendo exercer funções em mais de sete Sociedades, salvo em casos de sociedades coligadas, e a figura do secretário da sociedade aproxima-se da figura do Revisor Oficial de Contas, que não é funcionário da sociedade, é um privado a quem se atribuem poderes de garantia ou fé pública.

Quanto a esta parte do nosso estudo retiramos ilações da vida prática através da seguinte decisão do Supremo Tribunal de Justiça, cujas partes mais relevantes da decisão transcrevemos:

Sumário: Acórdão do STJ. (Ac. de 10.1.2002, Agravo de n.º 3623/01-7.^a in *Sumários* 1/2002).

I – “Para efectivar a responsabilidade do administrador para com a sociedade existem vários tipos de acções sociais: a acção sub-rogatória dos credores sociais, em que estes se substituem à sociedade para exigirem dos administradores a indemnização que a este compete (art. 78.º, n.º 2, do CSC); a acção social *ut universi*, proposta pela própria sociedade para obter o ressarcimento dos danos causados à sociedade com fundamento na responsabilidade civil dos administradores (art. 75.º do CSC); a acção social *ut singuli*, em que os sócios que representem 5% do capital social pedem a condenação dos administradores na indemnização pelos prejuízos causados à sociedade e não directamente a eles próprios (art. 77.º do CSC).”

II – “A responsabilidade civil dos gerentes para com a sociedade relativamente a danos causados a esta por factos próprios e violadores de deveres legais e/ou contratuais, prevista no art. 72.º, n.ºs 1 e 2, do CSC, constitui uma situação da responsabilidade obrigacional, quer porque se considera que os administradores são mandatários, quer porque negando-lhes essa qualidade, se reconhece como fonte directa das obrigações dos administradores o acto negocial da nomeação.”

III – “A causa de exclusão da sua responsabilidade prevista no n.º 4 do art. 72.º não exclui a responsabilidade por actuação ilícita nos termos do art. 483.º do CC, verificados os pressupostos da responsabilidade civil dos gerentes.”

IV – “Estão mais ou menos sistematizadas as condutas societárias reprováveis que, na vertente do abuso da responsabilidade limitada (que não se confunde com a do abuso da personalidade), podem conduzir à aplicação do instituto da desconsideração da

personalidade, avultando, de entre elas: a confusão ou promiscuidade entre as esferas jurídicas da sociedade e dos sócios; a subcapitalização, originária ou superveniente, da sociedade, por insuficiência de recursos patrimoniais necessários para concretizar o objecto social e prosseguir a sua actividade; as relações de domínio grupal.”

V – “Para além destas situações, também se podem perfilar outras em que a sociedade comercial é utilizada pelo sócio para contornar uma obrigação legal ou contratual que ele, individualmente, assumiu, ou para encobrir um negócio contrário à lei, funcionando como interposta pessoa.”

VI – “A aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica tem carácter subsidiário, pois só deverá ser invocada quando inexistir outro fundamento legal que invalide a conduta do sócio ou da sociedade que se pretende atacar.”

VII – “O instituto não deve ser aplicado caso seja possível concluir que a responsabilidade dos gerentes não se mostra excluída, nos termos do n.º 4 do art. 72.º do CSC.”

E prossegue o Acórdão:

“Resulta da lei das sociedades comerciais que sobre os respectivos gerentes recaem deveres legais e contratuais, tendo como fonte o contrato social ou as deliberações da assembleia-geral e de outros órgãos sociais — deveres que existem para com a sociedade, sócios e terceiros (credores, trabalhadores, fisco, etc.).”

“Alguns desses deveres para com a pessoa colectiva, como os deveres de diligência (BRITO CORREIA, *Os Administradores das Sociedades Anónimas*) situam-se no âmbito das relações internas. Por outro lado, como órgãos da pessoa colectiva, os gerentes praticam actos jurídicos com terceiros e em sua representação. Os artigos 408.º e 409.º do CSC estabelecem um regime no qual os terceiros sabem que, ao contratar com os **administradores**, estão a contratar com a sociedade. E os poderes de representação não se confinam aqui aos actos de administração ordinária, gozando duma maior autonomia (BRITO CORREIA, ob. cit., pp. 546 e 551).”

“É discutível a natureza da relação do administrador com a sociedade, havendo a tese contratualista (TERESA VAZ, *ROA* n.º 128, p. 333 e LOBO XAVIER, *Anulação*

da *Deliberação Social e Deliberações Conexas*, p. 102, nota 7 e Ac. STJ de 19.11.1987, *BMJ* n.º 371, p. 473) e quem considere o conselho de administração como um membro dum órgão da sociedade ligados a ela por um contrato de emprego de direito comum e não de mandato (SOVERAL MARTINS, *Os Poderes de Representação dos Administradores de Sociedades Anónimas*, p. 59).”

“Entende-se, tal como as instâncias, que a teoria que melhor traduz a relação **dos administradores** com a sociedade é a contratualista, agindo os **administradores** nas relações externas como mandatários da representada, sem prejuízo de a administração funcionar como órgão da sociedade na deliberação e gestão **dos** actos a praticar.”

“Como é bom de ver, o dever de administrar configura-se como o primeiro **dos** deveres, que decorre naturalmente do cargo para que se foi eleito ou nomeado – dever que se coloca num plano lógico antecedente, distinto **dos** outros deveres do administrador (SOARES MACHADO, "Recusa de Assinatura do Relatório Anual das Sociedades Anónimas", *ROA* n.º 54, p. 948), ou, então, ao nível de outros deveres específicos (ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, *A Administração das Sociedades Por Quotas e Anónimas*, Lisboa, Petrony, 1990, p. 173).”

Entre os outros deveres **dos administradores** se conta o previsto no art. 64.º do CSC (na redacção, vigente à data, do Dec-Lei n.º 262/86 de 2 de Setembro) que dispunha que “os gerentes, **administradores** ou directores de uma sociedade devem actuar com a diligência dum gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses **dos** sócios e **dos** trabalhadores” e o “dever de relatar a gestão e apresentar contas” (artigo 65.º).

“O entendimento de alguma doutrina sobre o preceito do artigo 64.º do CSC é o de que se trata duma norma “genérica e imprecisa, mais retórica do que realista destinada a definir o grau de diligência exigível **dos** responsáveis pela gestão da sociedade, capaz de interessar ao requisito da culpa...para que, como mandatários da sociedade ou equiparados, respondam civilmente perante ela pelos danos provenientes **dos** seus actos” (A. VARELA, *RLJ* 126º, p. 315). No mesmo sentido SOARES MACHADO (estudo citado, *ROA*, n.º 54, p. 948).”

“De qualquer forma o sentido a extrair do citado normativo é o de que, na sua actuação, o gerente ou o administrador tem de agir com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, **no interesse da sociedade**, tendo em conta os interesses **dos** sócios e **dos** trabalhadores. Trata-se, em suma, «do interesse colectivo ou comum **dos**

sócios, quer no interesse **dos** sócios como sócios, quer o resultado da solidariedade de quaisquer interesses individuais **dos** sócios» – RAUL VENTURA e BRITO CORREIA, “**Responsabilidade Civil dos Administradores** de Sociedades Anónimas e **dos** Gerentes de Sociedades por Quotas, *Suplemento aos BMJ n.os 192.º a 195.º*, p. 101.”

“Do artigo 64.º do CSC resulta que o mandato concedido aos **administradores** tem como fim primeiro a representação da sociedade (“no interesse da sociedade”) e como referência o interesse **dos** sócios e **dos** trabalhadores. Ou seja: o fim social e comum da sociedade. Não se trata dum dever para com os sócios ou trabalhadores, autonomizado, mas para com a sociedade como mandante.”

“Este dever de diligência deve ser apreciado em cada caso concreto e situa-se acima da exigência prevista para o *bonus pater familiae*, critério que tem a sua importância para averiguação da **responsabilidade** civil.”

“Desta forma o que está em causa neste artigo é o cumprimento do dever de actuar perante a sociedade e no seu interesse, com os reflexos (“tendo em conta”) que daí resultam para os sócios e os trabalhadores.”

“Nos sistemas de maior desenvolvimento económico e organização societária, tal princípio, longe de ser uma norma programática, pode funcionar e funciona como meio de controlo **dos** investidores organizados sobre a forma de gestão das sociedades e de que são exemplo as *Corporate Governance* (ver SOARES DA SILVA, *ROA* n.º 57, p. 617). E também entre nós se pode dizer que, com o DL 82/98 de 2 de Abril, o fim de fiscalização da administração não é uma hipótese remota. Nos termos do art. 1.º se diz que se consideram “sociedades gestoras de empresas (SGE) as sociedades que tenham por objecto exclusivo a avaliação e a gestão de empresas, com vista à sua revitalização e modernização”, com a possibilidade de indicar “de entre os seus sócios, uma ou mais pessoas singulares que sejam designadas gerentes, administradoras ou directoras de outra sociedade comercial (art. 5.º, n.º 1).”

“Entendemos que esta norma, visa salvaguardar o bom funcionamento da sociedade e não defender os sócios contra actos ilegais que especificamente e de forma individualizada os atinjam. A relação nela contemplada não visa salvaguardar o interesse individual do sócio perante a sociedade, mas o dever do administrador para com a sociedade e a defesa do interesse social que a sua função determina.”

“Para efectivar essa **responsabilidade**, existem vários tipos de acções sociais [ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais*, 3.^a ed., pp. 169 e ss.]”

- “**acção sub-rogatória dos credores sociais**: acção em que os credores se substituem à sociedade para exigirem **dos administradores** a indemnização que compete à sociedade (art.º 78.º n.º 2, do CSC);”
- “**acção social ut universi**: proposta pela própria sociedade, sendo o procedimento natural para obter o ressarcimento **dos** danos causados à sociedade, verificados os pressupostos da **responsabilidade** civil **dos administradores** (arts 75.º do CSC), depende de deliberação prévia **dos** sócios tomada por simples maioria em assembleia-geral e tem de ser proposta no prazo de seis meses a contar da deliberação;”
- “**acção social ut singuli**: acção subsidiária em que os sócios que representem 5% do capital social) pedem a condenação **dos administradores** na indemnização pelos prejuízos causados à sociedade e não directamente a eles próprios (art.º 77.º do CSC).”

“A acção social *uti singuli* é subsidiária da anterior, uma vez que só pode ser proposta nos termos do art. 77.º n.º 1, quando a acção não tenha sido proposta pela sociedade ou por a respectiva assembleia-geral não ter deliberado nesse sentido, ou por ter deixado correr o prazo de seis meses sobre a deliberação sem propor a acção.”

“Como diz PEREIRA DE ALMEIDA, (ob. cit., p. 133), trata-se de uma acção social e não de uma acção pessoal, porque os sócios vão pedir a condenação **dos** gerentes ou **administradores** na indemnização **dos** prejuízos causados à sociedade e não directamente a eles próprios. É uma acção social, da iniciativa de algum ou alguns **dos** sócios, que aproveita directamente à sociedade e por via disso, indirectamente a todos os sócios e não apenas àqueles que a propuseram. Nesta acção e uma vez que é proposta no interesse da sociedade, a lei exige a intervenção desta na acção (art. 77.º, n.º 4 do CSComerciais). Pois o sócio ou sócios que propõem a acção, fazem-no como meros substitutos processuais. Mas trata-se de uma substituição imprópria, em que se exige a presença simultânea do substituto processual e da parte substituída – ac. do STJ de 03.05.2000, na *CJSTJ*, tomo II, p. 41.”

“É uma acção social da iniciativa de algum ou alguns **dos** sócios que aproveita directamente à sociedade e por via disso, indirectamente a todos os sócios e não apenas àqueles que a propuseram.”

“A lei concede aos sócios que reúnam as condições referidas no n.º 1 do art.º 77.º legitimidade para instaurarem a acção *uti singuli*, não só no interesse da sociedade,

como no seu próprio interesse, na medida em que este ficaria indirectamente lesado por a sociedade não intentar a acção social *ut universi*.”

“A indemnização que por este meio seja obtida ingressará no património da sociedade, pois, como expressamente refere o art.º 77.º, n.º 1, a acção tem em vista a “reparação, a favor da sociedade, do prejuízo que esta tenha sofrido” (COUTINHO DE ABREU e ELIZABETE RAMOS, **Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores**, p. 17).”

“O facto de a indemnização dever ser entregue à sociedade justifica-se apenas como modo de garantir por igual o interesse de todos os accionistas e de evitar uma multiplicação de acções *ut singuli* e a utilização destas como meio de antecipar a entrega de valores patrimoniais a que os accionistas só têm direito como quota de liquidação (RAUL VENTURA e BRITO CORREIA, estudo e suplemento citados, p. 429).”

“Na acção *uti singuli*, os sócios não actuam como representantes legais da sociedade: os sócios exercem em nome próprio um direito de outrem (da sociedade) para garantir o conteúdo do seu direito de participação social. Por isso, a lei exige a presença da sociedade na acção, através **dos** seus representantes legais, para que esta possa ser ouvida.”

“Como explicam RAUL VENTURA e BRITO CORREIA (*idem*, p. 435), para “a acção social *ut singuli* poder ser considerada procedente é necessário que o autor alegue e prove que o administrador é responsável para com a sociedade, mas a acção deve basear-se em qualquer **dos** factos constitutivos dessa **responsabilidade**: acto ou omissão, acto próprio ou acto de outrem, doloso ou negligente, ilegal ou anti-estatutário, etc.”

“O administrador pode opor ao accionista as mesmas excepções que poderia invocar contra a sociedade, inclusivamente o cumprimento de uma deliberação da assembleia-geral e os factos extintivos da **responsabilidade** (renúncia, transacção, aprovação da gestão).”

“Nos termos do art.º 72.º, n.º 1, do CSC, “[o]s gerentes, **administradores** ou directores respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados por actos ou

omissões praticados com preterição **dos** deveres legais ou contratuais, salvo se provarem que procederam sem culpa.”

“De tal normativo resulta, portanto, que os gerentes respondem civilmente para com a sociedade relativamente a danos causados a esta por factos próprios e violadores de deveres legais ou contratuais, a não ser que demonstrem ter agido sem culpa.”

“Sobre a **responsabilidade** civil **dos** gerentes se pronunciaram, a propósito do disposto no n.º 2 do art. 17.º do Decreto-Lei Lei n.º 49381, de 13 de Novembro de 1969 – cuja redacção corresponde ao disposto no n.º 1 do art. 72.º do CSC, e daí a sua pertinência –, RAUL VENTURA e BRITO CORREIA (*Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Anónimas e dos Gerentes de Sociedades por Quotas*, citado, p. 412), nos seguintes termos:”

“O n.º 2 do artigo 17.º, ao admitir, na parte final, que os **administradores** deixem de responder para com a sociedade «...se provarem que procederam sem culpa», constitui base segura para a qualificação dessa **responsabilidade** como **responsabilidade** subjectiva. A lei tem certamente em vista a **responsabilidade** por acto próprio, não fazendo qualquer referência a factos doutrem.”

“A avaliação da conduta **dos** gerentes, passível de integrar **responsabilidade** destes para com a sociedade, deve ter sempre em conta o dever geral de diligência contido no art. 64.º do CSC, segundo o qual aqueles “...devem actuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses **dos** sócios e **dos** trabalhadores”.

“Segundo RAUL VENTURA (*Sociedades por Quotas, Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, vol. III, Coimbra, Almedina, 1991, p. 148 e 149) essa diligência “é um critério vinculativo para a apreciação da conduta do gerente no cumprimento de todos os seus deveres e “...não é apreciada como a culpa em concreto, em função do comportamento normal do próprio gerente. Há um padrão objectivo, que não é o do simples bom pai de família mas sim de um gestor dotado de certas qualidades. ...”.

“Daqui resulta, portanto, que os gerentes respondem civilmente para com a sociedade relativamente a danos causados a esta por factos próprios e violadores de deveres legais e/ou contratuais, a menos que demonstrem ter agido sem culpa.”

“Afigura-se-nos estarmos perante situações de **responsabilidade** obrigacional, como é defendido por grande parte da doutrina (Vide, entre outros, RAUL VENTURA, *Dissolução*, II, pp. 211 e ss., PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais*, pp. 109-111 e MENEZES CORDEIRO, *Da Responsabilidade dos Administradores das Sociedades Comerciais*, p. 493 e ss., embora este admita a hipótese de cumulação das duas **responsabilidades**), quer porque se considera que os **administradores** são mandatários (CUNHA GONÇALVES, *Comentário*, Vol I, pp 427 e s.), quer porque negando-lhes essa qualidade, se reconhece como fonte directa das obrigações **dos administradores** o acto negocial da nomeação (RAUL VENTURA, *Dissolução* II, sendo que esta obra e a anterior são referidas no estudo de RAUL VENTURA e BRITO CORREIA, várias vezes citado, a p. 120).”

“Ora, face ao disposto no citado art. 72.º, n.os 1 e 2 do CSC, e como já se deixou referido supra, a **responsabilidade** aí prevista é uma **responsabilidade** subjectiva, havendo que extrair daí as devidas consequências, pois, como afirmam R. VENTURA e BRITO CORREIA (op. cit. p. 414), “...decorre da parte final do n.º 2 deste artigo que a **responsabilidade dos administradores** é subjectiva, quer dizer assenta na culpa destes. Simplesmente recai sobre o próprio administrador, autor do acto, o ónus da prova de que não procedeu com culpa. Esta era já a regra do direito civil português no campo da **responsabilidade** obrigacional. ...”.

Aliás, de forma esclarecedora, a propósito de tal tipo de **responsabilidade**, afirma MARIA ELISABETE G. RAMOS (ALEXANDRE SOVERAL MARTINS e OUTROS, *Problemas do Direito das Sociedades*, IDET, Almedina, 2003, p. 77) que “...o art. 72.º, n.º 1, patenteia um propósito de *individualização da responsabilidade* – responsáveis são os *titulares do órgão administrativo* e não o próprio órgão. Desde logo, o teor literal da norma é revelador deste intuito. Começa este preceito por identificar os sujeitos responsáveis dizendo que «os gerentes, **administradores** ou directores respondem para com a sociedade ...» (art. 72.º, n.º 1). Ao que acresce que os gerentes, **administradores** ou directores são responsáveis por *factos próprios*. Aspecto que assume particular importância no contexto das sociedades que têm um órgão de administração de composição pluripessoal, porque revela que a mera circunstância de uma pessoa pertencer ao órgão de administração não é suficiente para a sua responsabilização.

A **responsabilidade dos** gerentes não terá, no entanto, lugar, nos termos do n.º 4 do citado artigo 72.º, quando o acto ou omissão assente em deliberação **dos** sócios, ainda que anulável.

Relativamente a esta causa de exclusão da **responsabilidade**, já decidiu este Tribunal que “ [a] regra que o n.º 4 do art.º 72.º do CSC estabelece, contém uma causa de justificação do acto praticado pelos gerentes em cumprimento de um dever imposto por uma deliberação anulável, mas já não de deliberação nula” e que essa regra não exclui a **responsabilidade** por actuação ilícita, nos termos do art.º 483.º do CC, por violação do interesse social na execução da deliberação que mandatou os gerentes para proceder à venda do bem da sociedade”. (Ac. de 10.1.2002, Agravo de n.º 3623/01-7.^a in *Sumários* 1/2002).

Capítulo VII - Factos geradores de Responsabilidade Extra-Obrigacional.

7.1. Noção de Responsabilidade Civil

Se a ambição não te feriu
foi porque a desconheceste.

K. Norris

Os Instituto da responsabilidade civil mantêm-se solidificado e incólume no Ordenamento Jurídico Português, apesar da voragem dos anos. Inocêncio Galvão Telles³⁶ refere que esta consiste na obrigação de reparar os danos sofridos por alguém, indemnizando os prejuízos que alguém foi vítima, tornando o lesado indemne dos danos sofridos, reconstituindo-se o status quo ante, nos termos do art.º 562.º do Código Civil.

Assim, a responsabilidade civil consiste na obrigação de indemnizar, podendo a indemnização consistir na reconstituição natural ou indemnização in natura, mas, sempre que esta na repare na íntegra os danos ou seja excessivamente onerosa para o devedor, fixa-se um equivalente em sucedâneo pecuniário nos termos do art.º 566.º n.º 1 do Código Civil, sendo estes os casos mais frequentes na prática. Mas, como o fim da norma é a reconstituição natural ou indemnização específica, só se pode recorrer à indemnização pecuniária quando a reconstituição in natura não se revele possível.

Quanto aos danos, estes podem revestir natureza patrimonial ou não patrimonial, ou danos morais, e estes também devem ser reparados, desde que mereçam a tutela do Direito, nos termos do art.º 496.º do Código Civil, que reza: “ Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito”.

7.2. Responsabilidade Criminal

A responsabilidade criminal apresenta uma faceta diversa. Supõe a ofensa de interesses que pela sua importância se consideram como da própria colectividade, havendo aqui um objectivo de defesa social. Procura-se e pretende-se defender a sociedade contra actos que a atingem nos seus aspectos fundamentais, actos que pela sua gravidade são qualificados como crime e sujeitam os respectivos autores a medidas diferentes da simples indemnização patrimonial. Estas medidas são penas criminais ou medidas de

³⁶ Direito das Obrigações, 7.ª Edição (Revista e Actualizada). Coimbra Editora.1997

segurança, visando a prevenção geral ou especial, através da intimidação e de readaptação do criminoso, ou de castigo, através da expiação do acto culposo cometido

³⁷.

7.3. Responsabilidade Disciplinar

A responsabilidade disciplinar visa reagir contra a infracção de deveres impostos pela integração em determinados agrupamentos mais restritos, como por exemplo as regras de conduta que estão sujeitas as empresas cotadas em mercado regulamentado, muito por força dos princípios da transparência, de informação, de veracidade, entre outros, previstos no Código dos Valores Mobiliários. Esta responsabilidade efectiva-se também por meio de penas, mas distintas das penas criminais – são as chamadas penas disciplinares.

7.4. Responsabilidade Obrigacional e Responsabilidade Extra-Obrigacional

A responsabilidade obrigacional supõe a falta de cumprimento de uma obrigação; a segunda determina-se por exclusão de partes. Se por exemplo duas partes estas ligadas por um vínculo creditório, ou de outro vínculo, entre as legalmente admissíveis, é uma obrigação nascida de contrato ou de negócio jurídico unilateral ou de gestão de negócios ou de enriquecimento sem causa. Existe uma relação obrigacional preexistente, O devedor deixa de cumprir, desrespeitando o vínculo que o adstringia e com isso causa prejuízos ao credor. Fica obrigado a indemnizar tais prejuízos, incorrendo em responsabilidade civil. E esta responsabilidade diz-se obrigacional porque deriva da violação de uma obrigação.

Nos casos restantes, a responsabilidade civil diz-se extraobligacional. A responsabilidade extraobligacional é, toda ela, extra-contratual. A responsabilidade obrigacional será contratual ou extra-contratual consoante a obrigação violada provenha ou não de contrato.

7.5. Categorias de responsabilidade Extra-Obrigacional

³⁷ Actualmente há que distinguir das providências criminais propriamente ditas (penas e medidas de segurança) e as chamadas coimas. As coimas autonomizaram-se como algo diverso do Direito Criminal – e estão incluídas no denominado Direito de Ordenação Social. Os tais ilícitos dá-se o nome genérico de contra-ordenações. Não estão sujeitos a tratamentos da criminalística, visando descriminalizar comportamentos ilícitos que se julga não merecerem ser qualificados como infracções criminais.

a) Os casos mais frequentes e característicos da responsabilidade extra-obrigacional são aqueles em que ela emerge de acto ilícito. Alguém pratica um acto ilícito, violando um direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios. Fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação. Isto, em princípio, desde que haja procedido com dolo ou mera culpa (responsabilidade subjectiva) se a lei, excepcionalmente, assim o estatuir. Tal é a doutrina do artigo 483.º do Código Civil.

- a) Mas concebe-se que a lei imponha responsabilidade mesmo a quem pratique um acto lícito. Trata-se de acto que a lei consente por considerar justificado em atenção á natureza do interesse que visa satisfazer, mas desse acto resulta prejuízo para outrem. E a lei considera de justiça que o titular daquele interesse, podendo embora realizar o acto, não deixe contudo de indemnizar o terceiro pelo dano que lhe cause. Por exemplo o art.º 339.º do Código Civil (Estado de Necessidade)
- b) E concebe-se ainda, que alguém responda pelos prejuízos doutrem em atenção ao risco criado pelo primeiro, mesmo que este proceda sem culpa ou até lícitamente e mesmo que os danos não provenham de acto seu e sim de acontecimento natural ou de acto de terceiro ou de acto do próprio lesado, Por exemplo, uma pessoa cria determinado risco. Toma uma iniciativa que lhe é útil ou proveitosa mas que envolve perigos para terceiros. Constitui uma empresa que exige a colaboração dos trabalhadores, sujeitos a acidentes no exercício das suas actividades (acidentes de trabalho), Utiliza no seu interesse, ainda que por interposta empresa, um veículo de transporte para os seus trabalhadores, e ocorre um acidente de viação. Ou utiliza animais, como cães de guarda, que podem causar danos a outros indivíduos, Aquela pessoa (que dirige a Instituição) está sujeita a responsabilidade pelo risco, nos termos legais.

Página intencionalmente deixada em branco

Capítulo VIII - A Culpa. Noção e Modalidades da Culpa

O escravo tem só um senhor; o homem ambicioso
Tem tantos quantas as pessoas que possam contribuir
Para o incremento da sua fortuna.

J. De La Bruyère

Para que o devedor se constitua em responsabilidade, não basta que tenha deixado de realizar a prestação, tal como esta figurava no vínculo creditório, e também não basta que falte uma causa de exclusão da ilicitude. Será necessário que entre a não realização e o obrigado exista um nexo de imputação. A este nexo chama-se culpa.

A culpa é uma ligação psicológica ou moral – ou normativa – entre a conduta ilícita e o agente, que leva a imputar a culpa ao agente, para o fim de o submeter aos efeitos sancionatórios que o Direito associa, em princípio, aos comportamentos por Lei proibidos.

A culpa representa um juízo de reprovação. A mera circunstância de a conduta do agente na sua materialidade ou objectividade se mostrar contrária ao Direito não coloca o sujeito em situação de responsabilidade se não se confirmar, no caso concreto, que ele devia e podia ter procedido de outra forma, pois sem esta censura ético-jurídica não há sanção. Portanto, só se infringe o dever, e portanto o Direito, quando se actua culposamente, ou seja, a acção seja precedida de uma ilicitude subjectiva, que pressupõe culpa.

A culpa comporta duas modalidades fundamentais: o dolo e a mera culpa. À mera culpa dá-se também o nome de negligência. Culpa, por conseguinte, é um termo que designa tanto o género como uma das espécies. Enquanto género abrange o dolo; enquanto espécie contrapõe-se ao dolo.

8.1. Dolo

O dolo é a modalidade mais grave de imputação do ilícito a alguém, em que o agente merece a mais forte reprovação por maior ser a dependência entre o evento ilícito e a sua vontade. E o dolo apresenta ainda mais do que uma variante. Por vezes, o agente tem a intenção de produzir o resultado antijurídico. Representa ou prefigura no seu espírito – prevê – esse resultado como consequência necessária ou possível da sua conduta, mas não se abstém dessa conduta porque esta lhe confere exactamente o resultado que o agente pretende e deseja. E assim o evento ilícito constitui o fim ou o

objectivo do seu comportamento. É o chamado Dolo Directo. Acontece, por exemplo, quando o mutuário deixa deliberadamente de restituir o capital emprestado, ofendendo o direito do mutuante.

Outras vezes, o agente não tem a intenção de produzir o resultado ilícito, pois prossegue um outro fim; mas sabe que também produzirá forçosamente um resultado ilícito. Prevê o evento ilícito como consequência inevitável da sua conduta, mas não é este o evento que o determina a agir; não obstante, aceita-o: e essa previsão não é suficiente para o levar a abster-se em termos comportamentais. Neste caso fala-se em Dolo Necessário. Por exemplo, o administrador de uma empresa, em situação económica difícil, e na esperança de efectuar um negócio muito proveitoso, que o liberte da aflição económica, compra um jacto privado para impressionar os potenciais clientes, o negócio não se realiza, sendo que tal facto o impossibilita a cumprir os compromissos com os accionistas, trabalhadores, o Estado, os stakeholders e shareholders, porque adquiriu um jacto privado.

Por vezes ainda, o agente prevê o resultado ilícito, mas não tem a intenção de o produzir, ao contrário do que sucede no Dolo Directo; e tão pouco prevê o resultado como uma consequência certa, ao contrário do que sucede no Dolo Necessário. O agente move-se por finalidade diversa, prevendo apenas o resultado ilícito como possível. Tem a consciência que agindo de determinada maneira, o resultado ilícito poderá produzir-se, mas não tem a certeza de que se produzirá.

Está-se assim numa zona de fronteira ou de transição entre o Dolo e a Culpa.

Só haverá Dolo se o agente, não se encontrando seguro de que o resultado ilícito se dará, não se preocupa contudo com o que eventualmente poderá ocorrer, isto é, o agente aceita essa hipótese e portando quere-a. O agente não está confiante na não ocorrência do evento reprovado por lei; mas esse estado de espírito não o inibe de actuar pela forma como o faz. É o chamado Dolo Eventual.

No Dolo há sempre a previsão e aceitação do resultado antijurídico. O Dolo Directo caracteriza-se pela intenção de produzir esse resultado, seja o resultado previsto como certo ou como possível: o Dolo Necessário, por seu turno, não se tem a intenção, mas se prevê o resultado ilícito como certo: o Dolo Eventual não pressupõe a intenção e apenas prevê o resultado ilícito como possível, mas como a acção é levada a cabo de forma segura (pelo menos segundo a vontade do agente).

8.2. Elementos do Dolo

Para que haja Dolo é necessário um elemento intelectual e um elemento volitivo. O elemento intelectual consiste na previsão do resultado antijurídico e na consciência da ilicitude da conduta. O elemento volitivo consiste em querer esse resultado, ou porque

se actua segundo um comportamento “border line” ou porque pelo menos se aceita a sua ocorrência, tenha-se esta como segura ou apenas como eventual.

8.3. A Mera Culpa ou Negligencia

Nesta acepção, cabem as modalidades de nexos de imputação do acto ilícito ao agente em que não há previsão ou aceitação do resultado antijurídico. Ou o agente nem sequer prevê esse resultado, ou prevê-o como possível mas sem que isso signifique aceitá-lo, aderir a ele, convicto como está o agente de que tal resultado não se efectuará. Mesmo assim, o acto ilícito é-lhe imputável porque deveria ele ter procedido por forma a evitá-lo, usando a diligência adequada. Embora faltando a previsão ou aceitação do resultado antijurídico, existe contudo omissão da diligência exigível. Nessa omissão consiste a mera culpa.

Esta, por sua vez, pode ser consciente ou inconsciente. A mera culpa consciente está mais próxima do dolo, encontrando-se paredes meias com o dolo eventual. O devedor da obrigação teve consciência que o evento ilícito poderia ocorrer, mas confiou que tal não aconteceria e só por isso agiu, não tendo contudo uma razoável confiança, fruto da sua própria inconsideração ou ligeireza.

A mera culpa inconsciente, por seu turno, verifica-se quando o agente nem sequer pensou na possibilidade do evento ilícito, não o previu e dele não teve consciência. Regra geral, a culpa inconsciente corresponde aos casos mais frequentes.

8.4. Apreciação da Culpa

A mera culpa traduz-se na omissão da diligência exigível, em que o agente devia ter utilizado uma diligência que não empregou. Devia ter previsto o resultado ilícito, a fim de o evitar, e nem sequer o previu, ou, se o previu, não fez o necessário para o evitar, não usou das adequadas cautelas para que o evento se não produzisse.

Contudo, urge determinar como empregar a diligência exigível. Como aferir o comportamento do agente, saber se ele usou ou não dessa diligência? Necessário se torna, para o efeito, recorrer a determinado padrão ou bitola, sendo possível, em princípio, adoptar um de dois padrões: ou o comportamento habitual do próprio lesante ou o comportamento do homem comum. Ou se confronta a conduta do agente, na hipótese concreta, com a forma como ele de ordinário procede; ou se confronta essa conduta com a de uma pessoa média. No primeiro caso toma-se como figurino o autor do acto ilícito, que terá procedido com culpa se não usou aquele grau de diligência, maior ou menor, que coloca em causa as suas próprias coisas; no segundo caso o modelo adoptado é o homem-tipo, o bom cidadão, ou, como diziam os romanos, o “bonus pater famílias”, concluindo-se haver culpa do sujeito se não empregou a

diligência que seria de esperar desse homem-tipo. Conforme a apreciação da culpa se proceda de uma ou de outra forma, assim se fala de apreciação em concreto da culpa – culpa subjectiva – ou de apreciação em abstracto da culpa – culpa objectiva.

Face ao Código Civil de 1867 a opinião dominante era no sentido de o critério aplicável, ser, em princípio, o da apreciação em concreto da responsabilidade contratual, com base no disposto no n.º 3 do artigo 177.º - e o de apreciação em abstracto da responsabilidade extracontratual. Estas diferenciações entre responsabilidade contratual e extracontratual tem em vista o critério rigoroso dessas expressões, entendendo-se a responsabilidade contratual a que provem da violação de um contrato e como responsabilidade extracontratual a que apresenta diversa origem, baseie-se na violação de uma obrigação propriamente dita não decorrente de contrato ou na violação de um dever de outra ordem.

E justificava-se esta posição pelo seguinte: diferentemente do que sucede na responsabilidade extracontratual, na responsabilidade contratual existe um vínculo prévio concreto derivado do acordo a priori estabelecido. Este vínculo estabeleceu-se por entendimento entre as partes que entraram em contacto uma com a outra e celebraram entre si uma convenção. Cada uma delas, em princípio, conhecia ou devia conhecer a outra e portanto naturalmente esperaria dela, no desenvolvimento das relações contratuais, a sua diligência habitual: nem diligência superior nem inferior, apenas a habitual. Cada contraente poderia esperar da contraparte, e vice-versa, um modo normal de actuação do outro, podendo exigir, ambos, reciprocamente, uma relação que não se pautasse abaixo do nível contratual á priori conhecido e desenhado juridicamente, mas não podendo exigir da mesma relação um comportamento superior. Daí a apreciação da culpa em concreto no domínio dos contratos.

Mas o actual Código Civil afastou-se dessa orientação, adoptando o princípio da apreciação em abstracto em todos os campos da responsabilidade civil. Este princípio aparece plasmado, a propósito da responsabilidade extraobrigacional, no artigo 487.º do Código Civil:

“A culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai de família, em face das circunstâncias de cada caso”

Mas adiante, no que tange ao não cumprimento das obrigações, declara o artigo 799.º n.º 2 do Código Civil:

“ A culpa é apreciada nos termos aplicáveis à responsabilidade civil”

Fórmula esta, em que a responsabilidade civil tem o sentido restrito de responsabilidade extraobrigacional. Mas o artigo 799.º n.º 2 do Código Civil não exclui os casos em que a obrigação violada provenha de contratos, e por isso o critério de apreciação em abstracto formulado no artigo 487.º C.C. aplica-se também à responsabilidade contratual.

O Código vigente adoptou a locução romana do “bom pai de família”, lançando mão também da versão francesa do Código Civil napoleónico, ao mandar observar, no artigo 1137, n.º 1, “tous les soins d’un bon père de famille”.

E com isto se visa corresponder ao homem de diligência normal, encarado não apenas no âmbito das relações familiares, mas também nos vários campos de actuação. E mais, pode-se até conceber este tipo abstracto de pessoa, independentemente da qualidade de chefe de família, que não é essencial à sua exacta caracterização. Esta infelicidade da lei poderia ter sido suprimida, por ser anacrónica, declarando por exemplo que «haveria culpa quando o lesante não procedesse como procederia, nas circunstâncias do caso, uma pessoa normalmente diligente. Seria uma maneira de dizer as coisas de forma mais actualizada e adaptável a toda a multiplicidade de situações.

Assim, o próprio padrão de aferição da responsabilidade, nos termos do artigo 487.º n.º 2 do Código Civil refere expressamente as circunstâncias de cada caso e essa referência, significa, em primeiro lugar, que o próprio padrão a ter conta varia em função do condicionalismo da hipótese e designadamente do tipo de actividade em causa, não podendo o modelo ser o mesmo se tratar da construção de um imóvel por um empreiteiro ou a condução de um processo judicial por um Advogado: ali, o paradigma será um tipo normal de construtor, aqui um tipo normal de Advogado. Em segundo lugar, a alusão às circunstâncias de cada caso significa que, para se concluir se houve ou não culpa, se deve conjecturar como o homem-padrão – seja o comerciante idóneo, ou o cirurgião idóneo, ou o simples homem médio, desprovido de atributos e talentos profissionais, se trata de uma actividade comum - cujo comportamento ocorra dentro do condicionalismo concreto da hipótese, imaginando-se a conduta ideal integrada dentro da própria conduta habitual, mas não acima nem abaixo dessa bitola de condicionalidade.

8.5. Graduação da Culpa

Tradicionalmente distinguiram-se três formas de culpa quanto ao seu grau: culpa grave, culpa leve, culpa levíssima. A caracterização destas várias modalidades opera-se dentro do critério da apreciação objectiva, segundo o qual a culpa se afere pelo confronto com um tipo abstracto de pessoa.

Quer a culpa grave – ou lata – quer a culpa leve correspondem a condutas de que uma pessoa normalmente diligente – o bom pai de famílias – se iria abster.

A diferença é que na culpa grave, esta só resultaria de uma conduta particularmente negligente, isto é, resulta de uma negligência grosseira: “nimia vel magna negligentia”, como lhe chamavam os romanos, que diziam consistir em “non intelligere quod omnes intelligunt”. Quanto à culpa levíssima, esta reportar-se-ia a uma conduta que apenas uma pessoa excepcionalmente diligente conseguiria evitar.

Ora para não cair em culpa leve basta agir como um “bonus pater famílias”, mas para não cometer a culpa levíssima é necessário proceder como um “diligentissimus pater famílias”.

Ora a culpa levíssima só resultará em culpa, na verdadeira acepção da palavra, se, na determinação da existência desta, se alargar à conduta de uma pessoa excepcionalmente diligente – o diligentissimus pater famílias – termo pelo qual se afere o comportamento do sujeito. O que significa que, no âmbito da apreciação em concreto, considera-se culposo o comportamento do agente mesmo que ele tenha actuado com a diligência habitual, deixando, todavia de usar um grau maior de zelo ou cuidado que teria sido necessário para evitar o resultado ilícito.

A culpa grave, sabe-se em Direito, é, em princípio equiparável ao dolo, no sentido que se a lei na sua letra só der relevância ao dolo, a sua estatuição deverá considerar-se extensiva à culpa grave, salvo se em relação a determinado preceito legal houver porventura razões ponderosas para entendimento contrário. Isto no campo da responsabilidade obrigacional.

Contudo, o panorama apresenta-se de modo diverso, quando, nos termos referidos, se tenha de proceder a graduação de culpas concorrentes, em que, então, não estará apenas em causa a culpa “stricto sensu” mas também o dolo, interessando qualquer forma de culpabilidade na acepção ampla a palavra. E ao dolo corresponde a grau de culpabilidade mais elevado do que a mera culpa, pois dentro do próprio dolo há matizes a estabelecer, como os há dentro da mera culpa ou negligencia.

A culpa é apreciada em função do comportamento de um homem normal. Não pode existir culpabilidade, pelo menos no âmbito do Direito Civil, quando a um homem médio, colocado na situação concreta do agente, não fosse exigível comportamento diverso do que este observou. Mas, a um homem médio não é exigível que leve o seu sacrifício a limites. Tal ponto de vista encontra corroboração nos preceitos dos artigos 437.º a 439.º do Código Civil, que se ocupam do que tradicionalmente se chama o problema da imprevisão.

Esses artigos supõem que se celebrou um contrato e se dá uma alteração das circunstâncias que torna a obrigação de uma das partes acentuadamente mais onerosa, de tal modo que a exigência dessa obrigação afectaria gravemente os princípios da boa fé.

Assim, a prestação devida, em virtude da sua superveniente onerosidade, torna-se inexigível segundo a boa fé, precisamente porque não se poderia pretender que uma pessoa média a efectuasse. Pois só de alguém excepcionalmente talentoso e cumpridor se esperaria a sua realização. E até se poderia afirmar que o cumprimento da obrigação teria o seu quê de censurável ou criticável, por envolver o menosprezo de valores mais altos, que seriam levados ao sacrifício pelo homem médio até aos seus limites. Nesta vertente, a obrigação manter-se-ia, mas o seu não cumprimento não responsabiliza o devedor, por ausência de culpabilidade. O devedor, se assim o desejar, cumpre: todavia

se não o fizer não fica sujeito a qualquer sanção. E tem também a faculdade e o direito de fazer resolver o vínculo, a fim de não permanecer indefinidamente sujeito a uma obrigação inexigível. Podendo então, promover essa resolução em juízo, pedindo ao tribunal, com audiência da outra parte, que o liberte da obrigação, dando esta sem efeito.

Ou pode, se preferir, solicitar ao tribunal que proceda à revisão do vínculo, segundo juízos de equidade, introduzindo as modificações necessárias para que da obrigação desapareça o seu carácter particularmente gravoso. No caso de ser requerida a resolução, pode a outra parte opor-se declarando aceitar a revisão nos termos expostos.

A hipótese mais frequente é aquela em que o vínculo nasce de contrato, casos contemplados na letra dos artigos 437.º a 439.º do Código Civil. A resolução ou revisão tem então por objecto um contrato. O contraente afectado pela alteração das circunstâncias poderá promover tal resolução ou revisão. Adoptando-se a modalidade da modificação equitativa, esta pode não atingir a obrigação da parte lesada mas a da outra parte, como se, tornada excessivamente onerosa a obrigação do empreiteiro em face da retribuição convencionada, se eleva essa retribuição. O que importa contudo é restabelecer o equilíbrio contratual. Contudo, devem os tribunais proceder neste domínio com a maior cautela e prudência, de modo a evitar abalos perturbadores na confiança que devem inspirar os vínculos obrigacionais e designadamente na segurança que deve sempre se revestir a figura jurídica da contratação.

Página intencionalmente deixada em branco

Capítulo IX – PREJUÍZO

Ah, maldita ambição! Aos teus engodos

Devemos os grandes males que atormentam os mortais.

A. Thirkell.

Para que o devedor se constitua em responsabilidade não basta que deixe de cumprir culposamente a obrigação. É necessário, ainda, que o credor tenha sofrido prejuízo; ou seja, que ao acto ilícito e à culpa acresça este outro elemento. Não obstante o comportamento reprovável ou censurável do devedor, nada o credor pode pretender se desse comportamento não lhe advierem danos. A responsabilidade civil, incluindo a obrigacional, traduz-se na obrigação de indemnizar, ora, se não existirem prejuízos não existirá responsabilidade de indemnizar.

Pode suceder que alguém se compromete a representar outrem numa Assembleia Geral, mas não comparece. A Assembleia Geral não se realiza por falta de quórum, que não seria alcançada ainda que o mandatário estivesse presente. O mandante não sofre prejuízos, e portanto, não tem direito a qualquer indemnização.

Contudo, os danos podem no entanto presumir-se, sem possibilidade, em princípio, de prova em contrário, o que acontece se passou sinal ou se estabeleceu cláusula penal.

9.1. Noção de Prejuízo

O prejuízo ou dano consiste em se sofrer um sacrifício, tenha ou não conteúdo económico. Conforme os casos, assim se fala de danos patrimoniais ou de danos não patrimoniais, estes últimos também designados correntemente de danos morais.

Determinada pessoa é afectada num bem, que deixa de poder gozar de todo ou de que passa a ter gozo mais reduzido ou precário. Ou fica sujeito a uma vinculação, por exemplo, uma dívida, a cuja satisfação terá de destinar bens materiais. Ou sofre uma frustração consistente em deixar de adquirir ou de ver valorizados bens materiais ou em deixar de se libertar do passivo. Assim, um objecto de que se é proprietário perece ou deteriora-se. É-se atingido na integridade física, com as inerentes dores, desgostos, vexame e mais incómodos; para tratar o ferimento sofrido, chama-se um médico, cujos honorários se satisfazem; da agressão resulta diminuição da capacidade de trabalho, com o que se passa a auferir menos proventos do que anteriormente. É-se vítima de

difamação e não só se fica afectado na honra como reflexamente se perde clientela no exercício da actividade profissional, com diminuição de ganhos. Deixando de receber o objecto a que se tem direito, perde-se a oportunidade de o vender com lucro. Eis uma série de exemplos que interessam, uns á responsabilidade obrigacional, outros á responsabilidade extra-obrigacional, e em que se têm em vista tanto danos patrimoniais como danos não patrimoniais.

9.2. O Prejuízo concreto

O prejuízo concreto é o dano real, o dano como se apresenta “in natura”, consistente na privação ou diminuição do gozo dos bens, materiais ou espirituais, ou na sujeição a encargos ou na frustração da aquisição ou acréscimo de valores. A destruição ou danificação de um objecto, as maiores despesas que se têm de contrair e satisfazer para guardar uma coisa, a não aquisição de novas acções por valor inferior ao da cotação em resultado de aumento de capital a que o mandatário do accionista se esqueceu de concorrer por conta deste, a diminuição no conceito público, são modalidades de prejuízos efectivos, são prejuízos concretos.

Se existir alguém responsável pelos prejuízos e portanto obrigados a repará-los, tem de reconstituir a situação que existiria se eles não houvessem verificado (art.º 562.º C.C.), e em princípio, embora não seja essa na prática a solução mais frequente, a reparação consistirá na reconstituição natural da situação em que o lesado se encontraria se não tivesse dado o evento danoso (art.º 566.º n.º 1 C.C.). Procurando-se proporcionar-lhe o gozo dos próprios bens que fruiria se não fora a lesão, ou o gozo de bens iguais, ou exonerá-los de responsabilidade que contraiu. Por exemplo, fornece-se ao lesado, contra pagamento do respectivo valor de subscrição, um número de acções igual às que ele deixou de adquirir.

E assim a determinação ou conhecimento dos prejuízos concretos ou reais torna-se necessária, antes de mais nada, para se proceder à sua reparação natural.

Contudo, essa indemnização em substancia pode não ser possível ou não reparar integralmente os danos ou ser excessivamente onerosa para o responsável (art.º 566.º n.º 1 C.C.). Por exemplo, a retractação pública de uma difamação poderá não reparar todo o mal causado. Quanto á excessiva onerosidade, existirá se o valor a despendar com a reparação natural for muito superior ao prejuízo efectivamente sofrido, como na hipótese de ter de se substituir um objecto perdido por outro de valor sensivelmente mais elevado.

Não sendo caso de proceder à reparação em substancia por alguma das razões apontadas, tem cabimento a reparação em valor, que é na prática a mais vulgar. Mas urge proceder á avaliação dos danos. Tem de se determinar quanto eles valem,

reduzindo-os à expressão pecuniária. O valor assim apurado recebe também o nome de prejuízo; é o prejuízo concreto, que interessa para efeitos de cálculo da importância em dinheiro a satisfazer como equivalente dos danos reais (art.º 566 n.º 1 Código Civil)

9.3. Danos emergentes e lucros cessantes

Os prejuízos patrimoniais, segundo uma distinção que vem do Direito Romano, distinguem-se em danos emergentes e lucros cessantes. A vítima pode reclamar não só dos primeiros como dos segundos.

Os danos emergentes traduzem-se numa desvalorização do património, os lucros cessantes numa sua não valorização. Se diminui o activo ou aumenta o passivo, há um dano emergente (*damnus emergens*); se deixa de aumentar o activo ou de diminuir o passivo, há um lucro cessante (*lucrum cessans*). Ali dá-se uma perda, aqui a frustração de um não ganho.

Para abranger estas duas modalidades de danos, diz o artigo 564.º n.º 1 do Código Civil:

O dever de indemnizar compreende não só o prejuízo causado, como os benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão”

9.4. Danos não patrimoniais

Os danos não patrimoniais também são chamados de danos morais. Trata-se de prejuízos que não atingem em si o património, não o fazendo diminuir nem frustrando o seu acréscimo. O património não é afectado; nem passa a valer menos nem a valer mais.

Existe uma ofensa a bens de carácter imaterial – desprovidos de conteúdo económico, insusceptíveis verdadeiramente de avaliação em dinheiro. São bens como a vida, a integridade física, a saúde, a correcção estética, a liberdade, a honra, a reputação. A ofensa objectiva destes bens tem, em regra, um reflexo subjectivo na vítima, traduzindo na dor ou sofrimento, de natureza física ou de natureza moral. Os mesmos factos podem produzir cumulativamente danos patrimoniais e danos não patrimoniais. Sucede até por vezes que os primeiros se apresentam indirectamente como reflexo dos segundos. Uma vez que estes danos são insusceptíveis de avaliação económica, o dinheiro não os indemniza, porque não torna deles indemne a vítima. Esta posição é defendida pela tese negativista, que cita a exemplos casos em que a reparação natural é impossível.

Nos danos patrimoniais a indemnização pecuniária é realmente possível, pois que a soma recebida coloca o património no nível em que ele se encontraria se não fora a lesão praticada. Mas nos danos não patrimoniais isso não sucede; os danos subsistem e o que se dá é, noutros planos, um enriquecimento da vítima, que recebe um quantitativo não destinado a substituir um valor económico perdido ou frustrado.

Significa que não há aqui indemnização no sentido etimológico de fazer desaparecer o prejuízo, concreta ou abstractamente considerado, eliminando-o na sua própria materialidade ou substituindo-o por um equivalente da mesma natureza, como é o dinheiro em relação aos valores patrimoniais.

Mas há indemnização no sentido de proporcionar ao lesado meios económicos que dalgum modo o compensem da lesão sofrida, trata-se por assim dizer de uma reparação indirecta. Na impossibilidade de reparar directamente os danos, pela sua natureza não patrimonial, procura-se repará-los indirectamente através de uma soma de dinheiro susceptível de proporcionar à vítima satisfações, porventura de ordem espiritual. Que representem um lenitivo, contrabalançando até certo ponto os males causados.

Pode argumentar que os danos não patrimoniais, precisamente porque não patrimoniais, são insusceptíveis de avaliação em dinheiro e que, por consequência, o quantitativo que se fixe para a sua reparação não poderá deixar de ser inteiramente arbitrário. Contudo, o que se pede ao Julgador não é a avaliação dos danos morais como equivalência à avaliação pecuniária. Ou seja, o quantum necessário para obter aquelas satisfações que constituem a reparação indirecta do Direito lesado, proporcionando-se assim a fixação de uma compensação que seja naturalmente proporcionada à gravidade dos prejuízos. E nessa apreciação o Julgador fará uso do seu prudente arbítrio.

Muito se objecta com o carácter imoral da reparação de danos morais, pois diz-se chocante e fruto da visão materialista receber dinheiro em troca da privação de bens espirituais, numa palavra, receber o “quantum doloris”.

Ora, imoral seria mercadejar bens espirituais, fazer comércio com eles, contudo, não é isso que está em causa, não se trata de autorizar alguém a sacrificar bens dessa índole em troca de dinheiro, mas sim, de impor ao ofensor uma sanção em benefício do ofendido: sanção que pela própria natureza das coisas só poderá consistir em facultar a este um substitutivo pecuniário. De qualquer modo, criticável e ofensivo do sentimento de justiça não é poder a vítima dos danos morais reclamar uma compensação material que lhe permita de algum modo equilibrar ou atenuar esses danos pela obtenção de distração ou prazeres. Seria antes não receber a vítima dos prejuízos morais a reparação destes – a única com eles compatível – e conservar o ofensor intacto o seu património, continuando no tranquilo gozo de todos os seus bens.

A ressarcibilidade dos danos não patrimoniais já é muito antiga, pois remonta ao Direito Romano. Também no Direito Português, já as Ordenações, quando alguém

ficava privado de um objecto, expressamente lhe permitiam reclamar, além do seu valor patrimonial, determinado segundo a “verdadeira estimação da coisa”, o respectivo valor de “afeição”, cuja privação representava um inegável dano moral e que seria taxado pelo juiz. A favor dos danos morais se pronunciaram respectivamente Coelho da Rocha e Correia Teles.

O artigo 496.º do Código Civil ocupa-se dos referidos danos, dizendo no n.º 1: “Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito”.

Página intencionalmente deixada em branco

Capítulo X. - Causalidade

Quando eu era rapaz, ouvi dizer
que qualquer pessoa
podia chegar a Presidente.
Começo a acreditar.

C. Darrow

É a necessidade da exigência de nexos causal entre a inexecução da obrigação e os prejuízos. Para haver responsabilidade não basta tão só os pressupostos analisados, é necessária ainda a existência de nexos causal entre a inexecução da obrigação (acto ilícito) e os prejuízos. Estes devem ser causados por aquela. O devedor só se constituirá na obrigação de indemnizar o credor se e na medida em que os prejuízos por estes alegados derivarem da falta de cumprimento. Tal requisito está expressamente formulado no artigo 798.º do Código Civil, onde se declara que o devedor que falta ao cumprimento da obrigação se torna responsável pelo prejuízo que causa ao credor.

Contudo, urge saber quando é que juridicamente, um facto se pode e deve considerar causa de certo evento e, nomeadamente, a violação de uma obrigação causa de danos sofridos pelo credor? Tal questão envolve o problema difícil da causalidade, que iremos analisar de seguida, referindo o suficiente para a sua compreensão e resolução.

10.1. Teoria da equivalência das condições

É uma das mais antigas concepções jurídicas de causalidade, também chamada da “conditio sine qua non”, que se limita a aplicar ao Direito o conceito filosófico ou naturalista sustentado designadamente por Stuart Mill. Segundo tal teoria, causa de um evento é cada uma das condições, positivas ou negativas, que concorrem para a sua produção. Qualquer destas condições funciona como causa, porque basta a falta de uma para o evento não se verificar. Assim, as condições equivalem-se: cada uma é condição essencial – sine qua non – do resultado. No Direito, esta teoria surgiu pela mão de Von Buri, que sustentou ser causa de um dano todo o facto sem o qual esse dano se não teria produzido. Contudo, pelos Juristas, esta teoria não poderá nunca ser perfilhada, pois conduz a absurdos e é fácil colocá-la em evidência através de ligações entre toda e

qualquer acção lógica ou possível e especulativa com a reacção subjacente. Há quem procure afastar os resultados inadmissíveis desta teoria fazendo intervir a ideia de culpa, mas mesmo assim, o sujeito só responderia por aqueles de que teve culpa. Mas, mesmo assim, esta solução não é aceitável em toda a sua pureza ou extensão. Porque, em primeiro lugar, não se mostra susceptível de aplicação nos casos de responsabilidade objectiva. Ora se a responsabilidade é independente de culpa, não pode esta servir como critério, ou critério único, á luz do qual se determinem, entre os danos de que o acto ilícito é condição ou pressuposto, quais devem e quais não devem entrar no cômputo da indemnização. Em segundo lugar, mesmo nos casos que constituem a regra de responsabilidade subjectiva, a culpa só é exigível em relação aos danos que abranja. E a obrigação de indemnizar, desde que haja culpa, pode compreender prejuízos a que a culpa se não estenda. Ora, torna-se necessário evitar as consequências absurdas e chocantes a que levaria a adopção, em matéria de responsabilidade, do puro conceito naturalista da causalidade, não bastando o simples jogo do requisito da culpa, mas há que operar no terreno da causalidade, adaptando-se o conceito de causa para efeitos legais, e não importando noções trazidas de outro ramo do saber, reelaborando-os aquando da introdução no quadro legal. Ora é necessário restringir o conceito de causa para efeitos legais. E causa juridicamente relevante não será toda e qualquer condição, mas só a que se apresente de determinados caracteres. Ora, mas qual o critério a cuja luz se vai definir a causa ou causas juridicamente significativas entre as múltiplas condições que concorrem para a produção de certo resultado. Algumas soluções foram apontadas, merecendo especial menção a teoria da causa próxima e da causa adequada. Esta ultima foi a que ganhou mais adeptos e considera-se consagrada na nossa legislação.

10.2. Teoria da Causa Adequada

A orientação dominante, actualmente, pelo menos em certos países, consiste em só considerar como causa jurídica do prejuízo a condição que, pela sua natureza e em face das circunstâncias do caso, se mostre apropriada para o gerar. E assim a ideia da causalidade fica restringida às condições que, nos termos expostos, apresentem aptidão ou idoneidade para a produção do dano. Causa só será a condição adequada a essa produção, daí o nome por que esta concepção é conhecida.

Várias formulações comporta a teoria da causa adequada, e talvez a melhor seja a seguinte: como causa adequada deve considerar-se, em princípio, toda e qualquer condição do prejuízo. Mas uma condição deixará de ser causa adequada, tornando-se juridicamente indiferente, desde que seja irrelevante para a produção do dano segundo as regras da experiencia, dada a sua natureza e atentas as circunstancias conhecidas do agente, ou susceptível de ser conhecida por uma pessoa normal, no momento da prática da acção. A irrelevância surge quando, dentro deste condicionalismo, a acção não se apresenta de molde a agravar o risco de verificação do dano.

10.3. A Solução na lei portuguesa

Até aqui expusemos o ponto de vista que se afigura de melhor “de iure constituendo”, ou seja, o que nos parece corresponder de mais curial pelo seu maior ajustamento às exigências da vida jurídica. Cumpre então analisar o que de melhor se apresenta “de iure constituto”. À face da lei vigente, o Código Civil de 1966 procurou resolver o problema no artigo 563.º, cuja epígrafe refere justamente “Nexo de causalidade”. Aí se lê: “A obrigação de indemnizar só existe em relação aos danos que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão”.

Este artigo mostra não serem indemnizáveis todos os danos de que o acto seja condição. Repudia a teoria da equivalência das condições. Não se contenta com a mera condicionalidade: exige algo mais, revelando a intenção de limitar os prejuízos indemnizáveis mediante uma concepção mais restrita do nexo causal. Para que possa exigir-se o ressarcimento de certo dano, é necessário que o acto seja condição dele; mas não é suficiente, mas tão só aqueles que o lesado provavelmente não teria sofrido se não fosse a lesão.

Assim, a lei reconduz a questão da causalidade a uma questão de probabilidade, o que significa aderir à tese da causa adequada, pois causa adequada é justamente aquela que, agravando o risco de produção do prejuízo, o torna mais provável. Contudo, a concretização da ideia de causalidade adequada envolve pormenores de que o Código se não ocupa, parecendo de observar que quanto a esses pormenores a linha de pensamento delas se olvidou.

Página intencionalmente deixada em branco

Capítulo XI - O Business Judgment Rule e os Parâmetros nas tomadas de decisões pelos Administradores

A América é o único matriarcado

Em que as mulheres combatem
pela igualdade.

A. Roth

O Business Judgment Rule desenvolveu-se nos Estados Unidos da América com o objectivo de proteger a discricionariade das decisões dos administradores das empresas aquando do exercício das suas funções, assim, este Instituto – Business Judgment Rule – consiste de um leque alargado referente ao controlo pelos Tribunais em relação às deliberações e tomadas de decisão dos administradores, tendo em conta a presunção de regularidade dos actos dos administradores das empresas.

Este Instituto Jurídico iniciou-se com o julgamento do caso *Otis & Co. Vs. Pennsylvania R.co.*, 61 F. Supp. 905 (D.C. Pa. 1945) nos Estados Unidos, onde o Tribunal Federal Americano sentenciou que os erros cometidos no exercício das atribuições de função de administração de uma ou mais empresas, sobretudo, no que tange ao julgamento de um negócio efectuado pela administração em nome da empresa, não sujeita o administrador à responsabilidade por negligência perante os accionistas.

A regra tem como principal objectivo evitar a ingerência dos Tribunais e dos sócios na medida em que estes se possam substituir aos administradores, arbitrariamente, de acordo com os seus interesses e decisões. Assim, o administrador, dentro dos limites legais e dos estatutos da empresa, tem garantida a liberdade para decidir sobre a oportunidade e a conveniência dos seus actos de administração e de gestão, considerando-se à partida que os leva a cabo de acordo com os preponderantes e relevantes interesses da empresa ou sociedade comercial que administra.

No entanto, o Business Judgment Rule não constitui nem possui uma moldura de obrigações e princípios a que os administradores estão vinculados, e nem se encontra codificado de maneira uniforme no Direito Americano. Por consequência, verifica-se que as premissas são construídas a par e passo a partir do julgamento de actos de responsabilidade dos administradores, ao mesmo tempo que se analisa o dever de boa-fé da administração visada, em cumprimento dos deveres de diligência (*duty of care*) e lealdade (*duty of loyalty*) para com os accionistas.³⁸

³⁸ Hunt, Peter A. Structuring Mergers & Acquisitions – pgs 497

E embora estes deveres corroborem a presunção de que os administradores, regra geral, estão sempre bem informados no processo de tomada de decisões estratégicas, é possível afastar tal presunção, comprovando a negligência grave (*gross negligence*) das suas condutas. Por exemplo, no caso “*Smith v. Van Gorkon*”, o Supremo Tribunal de Delaware, por três votos contra dois, decidiu que os administradores não haviam sido adequadamente informados a respeito da proposta de compra da empresa, nem realizaram diligências maiores de modo a se inteirarem do negócio, concluindo assim que agiram com negligência grave, e portanto, não estavam protegidos pelo Business Judgment Rule.

Em conclusão, se o administrador se munuiu de comprovado cuidado e de boa-fé no exercício das suas funções, tendo em vista a prossecução do objecto social e os interesses da empresa, não poderá ser responsabilizado pelo fracasso e insucesso da sua decisão, ou por erros de análise e de julgamento, ou de valoração de um negócio, estando, portanto, protegido pelo Business Judgment Rule.³⁹

A origem histórica do Business Judgment Rule como princípio da Jurisprudência nos Estados Unidos remonta a 1829, no caso *Percy v. Millaudon*, decidido pela Suprema Corte do Lousiana.

Este “*leading case*” foi decidido de forma a determinar que o simples prejuízo não é suficiente para fazer o administrador da companhia responsável, sendo necessário provar que o acto era incompatível com o padrão comum exigível do homem médio.

Da mesma forma agiu a Suprema Corte do Alabama, em 1847 (*Godbold v. Branch*) e a Suprema Corte de Rhode Island, entre 1850 e 1853. Esta decidiu que “o administrador não seria responsabilizado pela consequencia do erro se agiu de boa-fé e nos interesses da sociedade, bem como com o devido cuidado e diligencia”.⁴⁰

A doutrina norte-americana enuncia duas premissas à aplicação do Business Judgment Rule: (I) a própria natureza falível do ser humano; (II) a necessidade de incrementar ou dinamizar os negócios sem sobrecarregar a máquina Judiciária.

³⁹ [http://www.ebartigos.com/articles/2720871/Business-Judgment-Rule-como-parametro-nas-decisoes-dos-administardores\(pagina1.html#ixzz17QRUggO](http://www.ebartigos.com/articles/2720871/Business-Judgment-Rule-como-parametro-nas-decisoes-dos-administardores(pagina1.html#ixzz17QRUggO)

⁴⁰ Silva, Alexandre Couto. Responsabilidade dos administradores de Sociedades Anónimas: Business Judgment Rule. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 141. O autor cita também o precedente *Hodges v. New England Screw Co.*, 3 R.I. 312 (1850) e o seguinte: “Many of these early cases simply stated that directors and officers were not liable for honest mistakes or errors of judgment. Other cases held that directors and officers incurred liability only for errors “of the grossest kind”. [McMurray, Marcia M. One historical perspective on duty of care, duty of loyalty, and the business judgment rule. (Special Project: Directors and Officer Liability). *Vanderbilt law Review*, Saint Paul, v. 40, n.3, p. 613-2. April 1987.]

E, porque não referir, a convicção de que as pessoas boas, honestas e íntegras não queriam servir como administradores de empresas se a Lei delas exigisse um grau de diligência e responsabilidade não exigível ao cidadão comum ⁴¹:

“Directors must satisfy their duty of care in declaring dividends and authorizing other corporate distribution of property to the shareholders: [...] Directors have broad discretion in determining the appropriate amount and frequency of dividends. Accordingly, the courts will not disturb the business judgment of directors in declaring dividends unless the director’s action is arbitrary and irrational or involves a conflict of interests between themselves and the shareholders. (SOLOMON, Lewis D: FESSLER, Daniel Wm; WIMATR H Jr.; ARTHUR E., Corporations and alternative business vehicles. Santa Monica, 1994, p. 4-24-25) apud Silva, Alexandre Couto. Responsabilidade dos administradores de Sociedades Anónimas: Business Judgment Rule. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 143-144.”

Podemos afirmar que são cinco os elementos da regra de julgamento de negócios, consolidadas em reiteradas decisões do Tribunais norte-americanos: (I) decisão ou Julgamento do negócio; (II) desinteresse e independência; (III) dever de diligência; (IV) boa-fé; (V) inexistência de abuso de discricionariedade. ⁴²

O Business Judgment Rule nada mais é que a consagração do principio da livre apreciação da prova e da independência dos Tribunais, bem como a aplicação de juízos de equidade. ⁴³

A regra estatui que as decisões ou julgamentos de negócios honestos e tomados de boa fé e com base em investigações razoáveis não serão questionáveis judicialmente, ainda que a decisão seja ou se revele errada, ou menos adequada, infeliz ou até mesmo desastrosa. Como no caso *Shlensky v. Wringley*, 237 N.E. 2ed (III.Ap.1968), a decisão dos administradores da equipa de beisebol Chicago Clubs de estar impedida de efectuar jogos nocturnos, logo impossibilitada de transmissão televisiva, por não terem sido instaladas luzes no Campo de Wringley. E, ainda, no caso *Kamin v. American Express Co.*, 383 N.Y.S.2d 807 (Sup. Ct. 1976), sobre politicas de dividendos e distribuições de resultados foram declarados tendo os administradores poderes discricionários para determinar a quantia e a frequência dos dividendos que não estarão sujeitos a análise judicial, desde que os dividendos não sejam arbitrários ou irracionais. ⁴⁴ Se a decisão é

⁴¹ ARSHT, Samuel S. The Business Judgment Rule revisited, in Hofstra Law Review, 81/93 (1979) apud CORRÊA-LIMA, Osmar Brina. Responsabilidade civil dos administradores de Sociedades Anónimas. Rio de Janeiro: Aide, 1989, p.128.

⁴² SILVA, Alexandre Couto, responsabilidade dos administradores das sociedades anónimas: Bussiness Judgment Rule. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 195.

⁴³ CARVALHOSA, Modesto. Comentário à lei das sociedades anónimas, Outubro de 2001. 4. º. ed. São Paulo: Saraiva.

⁴⁴ Directors must satisfy their duty of care in declaring dividends and authorizing other corporate distribution of property to the shareholders: [...] Directors have broad discretion in determining the appropriate amount and frequency of dividends. Accordingly, the court will not disturb the business judgment of directors in declaring dividends unless the directors actions is arbitrary and irrational or involves a conflict of interests between themselves and the shareholders (SOLOMON, Lewis D.:FESSLER)

ilegal a regra do Business Judgment Rule não protegerá esta decisão, como aconteceu no caso *Miller v. AT&T Co.*, 507 E2d 795 (3d Cir. 1974) ⁴⁵

A racionalidade por detrás do Business Judgment Rule assenta em cinco factores: no primeiro factor, os Tribunais reconhecem que, mesmo desinteressados, bem-intencionados e informados, os administradores poderão tomar decisões sem cuidado ou planeamento, incorrendo a companhia em grandes prejuízos. Por essa razão, a regra do Business Judgment encoraja pessoas competentes a se tornarem administradores que, sem a regra, declinariam o convite por receio de serem pessoalmente responsabilizados. ⁴⁶

No segundo factor, a regra do Business Judgment Rulle reconhece que os actos dos administradores, por si só, representam um risco e incerteza, por isso encoraja os administradores a se engajarem em actividades e negócios com potencial para óptimos retornos, mas com alguns riscos. Os administradores necessitam de discricionariedade para entrar em novos mercados, desenvolver novos produtos, inovar e assumir outros riscos. Comummente citados são os “fundadores da McDonalds Corporation, que investiram US\$ 3 milhões na patente de uma nova técnica de fabricar hambúrguer, e se fossem avessos ao risco, nunca teriam tomado essa decisão lucrativa ⁴⁷

No terceiro factor, o Business Judgment Rulle evita que os Tribunais se envolvam em complicados processos de tomada de decisão – tarefa para a qual não estão devidamente preparados para executar – os administradores são, na maioria dos casos, mais qualificados para tomadas de decisão de negócios que os Juízes. Contudo, para um Juiz é relativamente fácil verificar se o administrador tomou uma decisão de boa-fé, devidamente informado e com cautela, no interesse da companhia.

No quarto factor, a regra do Business Judgment Rulle garante aos administradores mais do que garante aos accionistas. Se aos accionistas é concedido o direito de demandar a revisão de decisões dos administradores, o resultado só pode ser a transferência de autoridade do Conselho de Administração para qualquer accionista que deseje reclamar. Em resumo, a regra protege a sociedade e os seus accionistas de outros accionistas.

Em quinto lugar, os Tribunais entendem que os accionistas descontentes podem sempre destituir os administradores, e, os autores de acções contra administradores,

⁴⁵ BLOCK, Dennis J.; Barton, Nancy E.; RADIN, Stephen A. *The Business Judgment Rulle: fiduciary duties of corporate directors*. 5 ed. New York: Aspen Law & Business, 1998, v. 1, p. 12-18.

⁴⁶ The Business Judgment Rulle is a judicially - created doctrine based on the view that qualified persons would not choose to serve as corporate directors or officers if the law imposed upon them a higher standard of care than of an ordinary person in the performance of his duties. From the corporate perspective, the rule allows corporate management to formulate policy and to make business decisions without the fear of personal liability. In effect, the business judgment rule bars judicial inquiry into actions taken by corporate directors in good faith and made with the exercise of sound business judgment (GOLDBERG, Mindy K. *The business judgment rule, due care and experts: how much information is enough?* *Journal of Law and Commerce*, Pittsburgh, v. 193, p. 225. *Summ.* 1987)

⁴⁷ BLOCK, Dennis J.; Barton, Nancy E.; RADIN, Stephen A. *The Business Judgment Rulle: fiduciary duties of corporate directors*. 5 ed. New York: Aspen Law & Business, 1998, v. 1, p. 12-18.

obrigatoriamente, devem provar os factos alegados, assim, o administrador deverá apenas efectuar prova em contrário, comprovando a razoabilidade e a legalidade da sua conduta.

A verdadeira concepção do Business Judgment Rule nos Estados Unidos foi esta, e talvez esta seja uma das maiores contribuições do Direito Norte-Americano para os mecanismos do Corporate Governance, e quiçá a melhor contribuição, neste contexto, de todo o sistema da common law – É o entendimento de Williamson⁴⁸ (1996):

“What is known as the “business judgment rule” holds that absent bad faith or some other corrupt motive, directors are normally not liable to the corporation for the mistakes of judgment, whether those mistakes are classified as mistakes of facts or mistakes of law (Gibson, 1986, p. 741). Not only does the rule serve as “ a quasi-jurisdictional barrier to prevent courts from exercising regulatory powers over the activities of corporate manager (Manne, 1967, p. 271), but “The Courts” abdication of regulatory authority through the business judgment rule may well be the most significant common law contribution to Corporate Governance (Gibson, 1986, p. 741). The business judgment rule, wich applies to the relation between shareholders and directors, can be interpreted as a particular manifestation of forbearance doctrine, wich applies to the management of the firm more generally. To review alleged mistakes of judgment or to adjudicate internal disputes would sorely test the competence of courts and would undermine the efficacy of hierarchy”.

Porém, situações ocorrem em que é necessária uma aplicação muito cuidadosa deste Instituto. É o que acontece quando se utiliza o Business Judgment Rule com o que é chamado na prática empresarial das grandes empresas, expostas em mercado regulamentado com as “defensives devices”, ou situações, por exemplo, de tentativa de tomada de controlo da companhia, tratada por Bryer and Vlahkis⁴⁹ (1984) da seguinte forma:

“There appears to be a growing judicial and legislative trend in the United States toward limiting the arsenal of defensive devices available to a corporation’s board of directors in a takeover situation. Until recently, the distinct attitude of federal and state courts was to afford a board of directors broad discretion in a corporate control contest to implement any defensive step wich, in the board reasonable business judgment, would further the best interests of the company’s stockholders, as well as the customers, suppliers, employees and other economic and social constituencies served by the company. The so-called business judgment rule limits the judicial inquiry into action of corporate directors taken in good faith in the exercise of honest judgment in the lawful and legitimate furtherance of corporate process. The business judgment rule nurtured and environment of great creativity in devising methods to prevent a takeover or to

⁴⁸ WILLIAMSON, Oliver E. The mechanisms of governance. New York: Oxford University Press, 1996, p. 98.

⁴⁹ BRYER, Barry A. and VLAHAKIS, Patricia A. Takeover defence: the business judgment rule reviewed. New York: International Financial Law Review, 1984, p. 20.

assure the successful consummation of a corporate transaction with a chosen partner. One of the defensive tactics developed and refined within this environment is known as a lock-up arrangement. Lock-up arrangements typically involves the sale of an option to buy, or the outright sale of, a block of stock or valuable assets by a company seeking to defend against takeover or to assure consummation of a friendly deal. Lock-ups may deter a disfavored bidder wishes to obtain⁵⁰. Lock-ups may also increase the cost of the acquisition for a disfavored bidder or make it prohibitively difficult for a disfavored bidder to garner the votes necessary to proceed with its strategy”

Este é somente um exemplo de posições defensivas assumidas pela empresa ao abrigo da protecção do Business Judgment Rule. A criatividade do mercado, por vezes, ultrapassa a ficção, mas obviamente, há limites para a utilização do Business Judgment Rule e a própria defesa deve ser legítima.

Num ambiente ou envolvente económica e empresarial onde o mercado de transacções de valores mobiliários é livre, embora fortemente regulado, e onde as partes envolvidas nos negócios conseguem trazer para o mercado e para a dinâmica macroeconómica imensos benefícios, o poder Judiciário deve abster-se de exercer um poder, digamos, regulador.

Sucedem por vezes que a respeito das aquisições e fusões elaboradas ao abrigo do Business Judgment Rule, a discussão pode ser trazida à mesa de negociações devido ao conflito de interesses que pode ocorrer no que tange ao administrador da companhia-alvo, empenhado muitas vezes em defender a companhia do ataque potencialmente prejudicial, mas também, e não raras vezes, interessado em defender a sua própria posição na empresa.

E outros mecanismos de defesa existem, como por exemplo nas transacções de acções com terceiros – white squire – ou venda de activos jóias da coroa – crown jewel – ou oferta ao mercado por parte da empresa para recompra das suas próprias acções – white knights – permutas e dividendos extraordinários, acções ordinárias com direito a super voto, poison pills shareholders rights plans (planos de pílulas de veneno), resistência não estruturada nas disputas pelo controle da empresa, entre outras.

Tais mecanismos de defesa citados são fruto de uma complexa criatividade por parte de quem os detêm e actua no mercado de capitais, conferindo uma dinâmica – e de que forma – aumentando sobremaneira o ambiente empresarial e económico, local e internacional. Toda a casuística e toda a montagem desta logística é extremamente complexa, e em algumas situações, apenas se apresentam revestidos de Business Judgment Rule, e só assim os administradores teriam e têm condições de manejar estas ferramentas e influir no mercado.

⁵⁰ M. Lipton & E., STEINBERG: Takeovers & Freeze outs, 1984.

11.1. A Responsabilidade dos Administradores para com a Sociedade e o Princípio Business Judgment Rule na Ordem Jurídica Portuguesa

A responsabilidade dos administradores para com a sociedade é subjectiva – baseia-se na culpa – ainda que a culpa se presuma. Contrariamente ao direito anglo-saxónico, os Tribunais Portugueses não se imiscuem quanto ao mérito das decisões de gestão empresarial, invocando o argumento de que tal implicaria imiscuir na vida diária e prática das empresas, e ademais, os nossos Tribunais também não estão preparados para efectuar estas avaliações.

Como se sabe e se depreende, o mundo dos negócios está sujeito a riscos e volatilidades constantes, com prospecção de mercado, negociações intensas, em que nos processos de compra e venda em larga escala se regateiam centimos do Euro ou do Dólar, pois no processo de conclusão dos negócios que não raras vezes ultrapassam bilhões, todos os centimos contabilizados através dos processos de negociação empresarial, descontos, *rappel*, monos, sobras, vendas a lote, podem permitir poupar significativos milhões. A isto acrescentamos a pressão constante a que os colaboradores, gestores das mais diversas categorias ou escalões intermédios estão sujeitos, as avaliações de desempenho, os prémios concedidos pela administração aos departamentos diversos da companhia, para concluirmos que a actividade de gestão ou administração comporta sempre uma margem de risco, que, embora calculada, passe a expressão “as coisas podem sempre dar para o torto”, seja porque determinada empresa tem como mercado prioritário, por exemplo, o Japão, e por força dos sismos e tsunamis, catástrofes naturais, desastres ecológicos, estes clientes ou mercados que para a empresa representam o grosso da facturação, deixam de absorver os produtos e serviços para que a empresa comece a definhar e a atravessar um período de quebra de vendas, com o acumular de stocks e a perecibilidade destes mesmos stocks, sejam produtos alimentares com prazo de validade, sejam automóveis, sejam peças de aeroplanos, entre outras. Portanto, o risco calculado não exclui as imponderabilidades dos fenómenos que ultrapassam a capacidade de previsão do melhor gestor, daí que qualquer administrador tenha de correr riscos nas tomadas de decisão, porque se assim não fosse, e o administrador receasse a todo o momento uma eventual acção de responsabilidade civil, ele, como administrador, remeter-se-ia simplesmente a decisões conservadoras que o protegessem, mas que não seria a melhor decisão para a sociedade, para o país e para os sócios e accionistas.

Por esta razão nos Estados Unidos os Principios do Corporate Governance consagraram a regra do Business Judgment Rule, e os tribunais americanos adoptaram-no, com destaque para o Supremo Tribunal Federal de Delaware.

Contudo, enquanto nos Estados Unidos o Business Judgment Rule consiste numa avaliação que protege os administradores, em Portugal, a postura predominante da Jurisprudência, estranhamente, procura imputar e implementar ainda mais responsabilização, insistindo-se em avaliar os processos de tomadas de decisão, mais do

que o mérito da mesma, repetindo-se, os nossos Tribunais não estão ainda preparados, e num futuro próximo não estarão habilitados para sindicar posições empresariais efectuadas por gestores ou administradores, pois tal tarefa ultrapassa largamente a visão meramente punitiva que os Tribunais Portugueses possuem, e não de análise económica e empresarial, com base em incertezas, ciências contabilísticas, finanças, e áreas das gestão de empresas, e porque não, também, as áreas das ciências macroeconómicas.

Assim, a responsabilidade civil tem assentado sempre na violação dos deveres legais dos administradores, deveres concretos ou a violação do dever geral de diligência, cujo padrão ou bitola é aferido pelo “gestor criterioso e ordenado”, com toda a subjectividade que esse comportamento representa.

Contudo, uma maior aproximação aos deveres gerais dos administradores é a consagração do princípio Business Judgment Rule no art.º 72.º, n.º 2 do CSC, que procura proporcionar uma maior sindicalidade dos intérpretes da lei quanto ao processo de decisão dos actos dos administradores, e não propriamente ao mérito da decisão do administrador. E isto é perigoso, pois é muito fácil avaliar “a posteriori” o mérito de uma decisão de gestão, porque a incerteza e a aparente (ir) racionalidade do mercado podem proporcionar lucros inesperados para a sociedade, para os accionistas e parceiros sociais, mas o oposto também pode acontecer, e de uma boa decisão, ponderada, amadurecida, estudada, trabalhada, revista, pode resultar um prejuízo enorme para a sociedade e para os accionistas e parceiros sociais.

Em Portugal avalia-se o mérito da decisão, ou, como referiu uma vez um famoso futebolista do Futebol Clube do Porto, entretanto já retirado – prognósticos só se fazem no fim do jogo – o que torna tudo mais fácil sobretudo por parte dos Tribunais Portugueses, que através do mesmo principio procuram maior responsabilização dos administradores, contrariando a origem e o objectivo do preceito da Regra de Julgamento dos Negócios (ou Business Judgment Rule) – que, surgindo nos Estados Unidos – se constituiu de “balizas” de avaliação, a serem tomadas a par e passo, na avaliação das decisões dos administradores, protegendo-os, e entendendo os Tribunais Americanos não possuir um Juiz competências para aferir da boa ou má decisão ou estratégia empresarial levada a cabo num determinado momento por um administrador.

A *Section 4.01 (c)* dos *Principles of Corporate Governance* enuncia: “ um administrador que toma uma decisão sobre o negócio de boa fé cumpre o seu dever [] se o administrador não tem qualquer interesse na matéria da decisão relativa ao negócio; está informado com respeito a essa matéria na extensão em que o administrador acredita razoavelmente ser apropriado segundo as circunstancias; e racionalmente acredita que a decisão é tomada no melhor interesse da sociedade”.

Como refere António Pereira de Almeida a página 282 de *Sociedades Comercias, Valores Mobiliários e Mercados*, a doutrina anglo-saxónica conforta os administradores com um safe harbour – um porto de abrigo -, permitindo aos administradores tomar decisões mais inovadoras, mas, por vezes, com maior grau de incerteza.

A regra do *Business Judgment Rule*, no Direito Português, está consagrada na nova redacção do **art.º 72.º n.º 2 do CSC**:

“A responsabilidade é excluída se alguma das pessoas referidas no número anterior provar que actuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial”

Mas o que importa aqui considerar é a acepção interpretativa deste artigo. Funciona como regra de avaliação da responsabilidade dos administradores ou causa de exclusão da ilicitude?

Numa primeira aproximação, e tendo em conta a natureza histórica do Business Judgment Rule – regra de julgamento dos negócios – tal como consagrada pelos Tribunais dos Estados Unidos, trata-se de uma regra geral de avaliação da responsabilidade dos administradores, aplicada a par e passo. De acordo com esta doutrina norte-americana, compete ao demandante o ónus da prova de que o administrador violou as regras do *Principles of Corporate Governance*, e que correspondiam deveres enunciados no anterior artigo 64.º n.º 1 (emblemático) do CSC que referia:

Os gerentes ou administradores da sociedade devem observar:

- a) Deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligencia 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.

Os tribunais americanos, por seu turno, não julgam o mérito da causa, mas o processo decisório – standard of judicial review.

Contudo, a expressão do art.º 72.º n.º 2 CSC “a responsabilidade é excluída”, parece apontar, como cita Pereira de Almeida (pág. 283 Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários e Mercados) para uma causa de exclusão de responsabilidade.

Mas Coutinho de Abreu ⁵¹ entende que o Business Judgment Rule “ é uma presunção de licitude da actuação do administrador e implicaria uma fractura sistemática no nosso sistema de imputação de danos, com consequências práticas indesejáveis”

Ricardo Costa ⁵² considera a regra como uma presunção de correcção (licitude) e conclui pela qualificação do art.º 72.º n.º 2 como causa de exclusão de ilicitude e

⁵¹ Responsabilidade civil dos Administradores de sociedades, pág. 41.

⁵² Responsabilidade dos Administradores e Business Judgment Rule, pág. 63 e segs.

culpabilidade. Gabriela Figueiredo Dias qualifica a norma como causa de exclusão da ilicitude⁵³

Meneses Cordeiro⁵⁴ e Calvão Silva⁵⁵ optam por causa de exclusão da culpa.

Pedro Pais de Vasconcelos considera o n.º 2 do art.º 72.º CSC como causa de exclusão da ilicitude, mas critica a opção do legislador português pois esta não corresponde á Jurisprudência do Tribunais americanos, nomeadamente de Delaware, que está na origem da regra do julgamento dos negócios.

No entanto, a nossa posição, nesta tese, vai de encontro àquela defendida por Pereira de Almeida que escreve a página 248⁵⁶ “ Ora, salvo o devido respeito por tão eminentes juristas, não se nos afigura adequado configurar o *Business Judgment Rule* como uma presunção de licitude e os Principles of Corporate Governance nunca referem qualquer presumption. O que acontece é simplesmente que não se verifica a responsabilidade civil do agente se não se provar que ele violou quaisquer normas ou direitos subjectivos [...] aliás, não é tradição do nosso ordenamento jurídico a presunção de ilicitude.”

O princípio da presunção da inocência não é privativo do processo penal. Com efeito, a partir do momento em que tem acolhimento constitucional, elevado à categoria de direito fundamental, e pese embora o facto de a presunção da inocência se encontrar localizada dentro das garantias constitucionais do processo penal, a referida presunção terá que estar presente em qualquer tomada de decisão administrativa ou jurisdicional, relacionada com a conduta dos cidadãos e de cuja aplicação se faça derivar um resultado sancionatório ou limitador de direitos.⁵⁷

Contudo, como cita Alexandra Vilela⁵⁸: “ Uma verdade que depressa se esquece, quando o acusado, constituído arguido, deixa de o ser, para passar a verdadeiro condenado, antes do tempo, aos olhos da sociedade e da comunicação social, e sobre o qual recai uma pena alheada do processo justo e compaginável com a justiça humilde e não com a justiça espectáculo”.

De grande actualidade são assim as palavras de Garofalo⁵⁹: “ Àqueles que repetem a oca e absurda frase de presunção de inocência até á sentença definitiva, respondo que muitas vezes o julgamento é antecipado e a condenação pronunciada pelo tribunal da opinião publica”.

⁵³ Fiscalização de sociedades e responsabilidade civil, pág. 74 e segs.

⁵⁴ Manual de Direito das Sociedades, I, pág. 929.

⁵⁵ Responsabilidade Civil dos Administradores não Executivos, pág. 142 e segs.

⁵⁶ Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários e Mercados.

⁵⁷ Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 198/90, de 7 de Junho de 1990.

⁵⁸ VILELA, Alexandra. Considerações acerca da presunção de inocência em Direito Processual Penal. Coimbra Editora. 2000.

⁵⁹ GAROFALO, La detentizione preventiva in scuola positiva, vol. II, pág.19, apud Pinheiro, Rui/Maurício, Artur, A Constituição e o processo penal, Lisboa: Rei dos Livros, 2.ª edição, 1983, pág. 127.

Como refere Cavaleiro Ferreira⁶⁰ as causas de exclusão da responsabilidade, em particular da ilicitude, são circunstâncias exteriores aos factos constitutivos de responsabilidade e que justificam a conduta do agente, nos termos do art.º 31.º do Código Penal, ou que acrescem ao facto, entrando na sua estrutura.

Em conclusão, o Business Judgment Rule constitui também no Direito Português, uma norma de avaliação da responsabilidade dos administradores perante a sociedade – não uma causa de justificação – desde que os administradores não violem os seus deveres específicos, consagrados nos arts. 64.º a 72.º do CSC. Sucedendo o oposto, compete á sociedade demandante o ónus da prova, mesmo indiciária, dos factos integrantes da violação destes deveres, por acção ou omissão, ficando o administrador demandado incumbido de impugnar ou excepcionar os factos.

Como o art.º 72.º n.º 1 “in fine” faz recair sobre o administrador uma presunção de culpa, o administrador tem ainda o ónus de prova de que agiu sem culpa, se os outros pressupostos da responsabilidade civil se verificarem, nos termos do art.º 483.º do Código Civil:

1. “Aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.”

2. “Só existe obrigação de indemnizar independentemente de culpa nos casos especificados na lei.”

E adianta o art.º 486.º do Código Civil:

“As simples omissões dão lugar à obrigação de reparar os danos, quando, independentemente dos outros requisitos legais, havia, por força da lei ou de negócio jurídico, o dever de praticar o acto omitido”.

⁶⁰ Lições de Direito Penal, I, pág. 166

Página intencionalmente deixada em branco

Conclusão

Aquele que se aproxima do Sol
Com asas douradas
Queima-as; à ruína o conduz
A sua própria sorte.

W. Shakespeare.

O tema que nos propusemos a tratar, a regra do Julgamento de Negócios, ou Business Judgment Rule (BJR), teve origem histórica nos Estados Unidos da América, enquanto Jurisprudência do Tribunal Federal de Delaware, e esta regra enunciou-se a si mesma, “ab initio” como uma Regra de Abstenção ou Abstention Doctrine na terminologia Anglo-Saxónica. Isto é, a regra da BJR refere que os Tribunais devem abster-se de Julgar decisões referentes a negócios empresariais levadas a cabo pelos administradores das empresas pois os considera mais aptos que os Tribunais a avaliar as suas próprias decisões empresariais. Contudo, esta regra não possui uma moldura taxativa que refira quais são os deveres a que os administradores estão sujeitos, nem sequer possui uma limitação de pressupostos que se devem verificar para que o Tribunal possa julgar, apenas refere conceitos indeterminados, que podem ser alargados caso a caso, a par e passo, e até de acordo com a evolução natural das Sociedades Humanas.

Assim, os administradores das empresas estão sujeitos aos deveres de boa fé, de informação, de vigilância. E se tomarem decisões de acordo com estes preceitos, não podem ser responsabilizados, mesmo que as suas decisões se revelem desastrosas. Desta forma, o Tribunal vai construindo o seu Juízo de acordo com o condicionalismo da hipótese, de acordo com o Princípio da Equidade, de acordo com o Princípio da Liberdade de Julgar (caso a caso), mas tendo em conta os critérios de Racionalidade Empresarial. A condenação só poderá ocorrer num eventual panorama de “gross negligence” por parte dos administradores ou “Galactic Stupidity” (estupidez galáctica).

No mundo dos negócios é do conhecimento comum que, tanto na criação de um negócio como durante o seu desenvolvimento, a obtenção de recursos financeiros envolve dois tipos de decisões que são as Decisões Financeiras Estratégicas, essencialmente relacionadas com o investimento em activos reais, ou activos não correntes (intangíveis e tangíveis); o financiamento dos investimentos e a política de repartição de resultados e as Decisões Financeiras Correntes, relacionadas com a gestão financeira a curto prazo, cabendo a qui o destaque à gestão de tesouraria. As decisões financeiras estratégicas, pelo impacto que se têm no desempenho futuro da empresa, necessitam forçosamente

serem estudadas e ponderadas pelos gestores e administradores com cuidados extremos, e, face ao esforço financeiro a que a empresas ficam submetidas, um dos aspectos que não poderá ser descurado é a compatibilização do serviço da dívida com a capacidade de gerar excedentes monetários (cash flows) suficientes para não entrar em incumprimento. E assim, os dirigentes das empresas definem a política financeira, tendo em consideração todos os aspectos anteriormente referidos, e por sua vez a existência de uma estrutura financeira adequada, resultante da política financeira definida, será uma das principais preocupações do gestor financeiro e dos Administradores. Todas estas decisões, a serem tomadas pelos gestores e administradores, acarretam uma responsabilidade que, revelando-se decisões erradas, devido à incerteza própria das decorrências que ocorrem no meio envolvente interno e externo, e não por vontade dos “decisions makers”, podem colocar em risco a solvência não apenas empresarial do projecto societário, mas também a própria vida patrimonial pessoal dos envolvidos.

Ora, a rendibilidade é, simultaneamente, um imperativo de ordem económica e uma condicionante da empresa. É um imperativo económico, na medida em que, seja qual for a forma como a empresa expressa os seus objectivos, estratégicos e operacionais, não poderá deixar de ter presente que a sua concretização envolve a mobilização e utilização de recursos, escassos, caros e, em muitas situações, difíceis de obter, e assim, é racional que a empresa, através da actuação dos seus gestores e/ou administradores, se proponham a gerir os recursos obtidos de tal modo que consiga acrescentar-lhes valor, ou, dito de outro modo, criar riqueza para os parceiros sociais.

Assim, a constituição e/ou a Gestão de uma nova empresa pode ocorrer num quadro político, económico e social mais ou menos vasto, o qual transcende, ou pode vir a transcender, as fronteiras geográficas do país em que se localiza, e assim, a empresa desempenha as suas funções económicas (a realização de investimentos em activos e intangíveis, a produção e comercialização de bens e serviços, bem como a criação de riqueza para os seus stakeholders) e sociais (a criação de novos empregos, a concessão de benefícios sociais, obrigatórios ou facultativos, aos seus trabalhadores, o pagamento de imposto ao Estado) as quais se vão materializar numa rede extensa de relações, de diversa natureza, nos contextos em que irá operar, dando, assim, origem a uma diversidade de transacções com os restantes agentes económicos com os quais vai estabelecer relações e que vão exigir, dos seus dirigentes e quadros decisões de diversa natureza e impacto. Como se sabe e se depreende, o mundo dos negócios está sujeito a riscos e volatilidades constantes, com prospecção de mercado, negociações intensas, em que nos processos de compra e venda em larga escala se regateiam centínimos do Euro ou do Dólar, pois no processo de conclusão dos negócios, que não raras vezes ultrapassam bilhões, todos os centínimos contabilizados através dos processos de negociação empresarial, descontos, rappel, monos, sobras, vendas a lote, podem permitir poupar significativos milhões. A isto acrescentamos a pressão constante a que os colaboradores, gestores das mais diversas categorias ou escalões intermédios estão sujeitos, as avaliações de desempenho, os prémios concedidos pela administração aos departamentos diversos da companhia, para concluirmos que a actividade de gestão ou

administração comporta sempre uma margem de risco, que, embora calculada, passe a expressão “ as coisas podem sempre dar para o torto”, seja porque determinada empresa tem como mercado prioritário, por exemplo, o Japão, e por força dos sismos e tsunamis, catástrofes naturais, desastres ecológicos, estes clientes ou mercados que para a empresa representam o grosso da facturação, deixam de absorver os produtos e serviços para que a empresa comece a definhir e a atravessar um período de quebra de vendas, com o acumular de stocks e a perecibilidade destes mesmos stocks, sejam produtos alimentares com prazo de validade, sejam automóveis, sejam peças de aeroplanos, entre outras. Portanto, o risco calculado não exclui as imponderabilidades dos fenómenos que ultrapassam a capacidade de previsão do melhor gestor, daí que qualquer administrador tenha de correr riscos nas tomadas de decisão, porque se assim não fosse, e o administrador receasse a todo o momento uma eventual acção de responsabilidade civil, ele, como administrador, remeter-se-ia simplesmente a decisões conservadoras que o protegessem, mas que não seria a melhor decisão para a sociedade, para o país e para os sócios e accionistas.

A rendibilidade é, simultaneamente, um imperativo de ordem económica e uma condicionante da empresa. É um imperativo económico, na medida em que, seja qual for a forma como a empresa expressa os seus objectivos, estratégicos e operacionais, não poderá deixar de ter presente que a sua concretização envolve a mobilização e utilização de recursos, escassos, caros e, em muitas situações, difíceis de obter, e assim, é suposto que a empresa, através da actuação dos seus gestores e/ou administradores, se proponham a gerir os recursos obtidos de tal modo que consiga acrescentar-lhes valor, ou, dito de outro modo, criar riqueza para os parceiros sociais. Os gestores e administradores, na utilização de ferramentas para “medir” a rendibilidade, socorrem-se de inúmeros rácios ou indicadores, tendo todos eles como elemento comum a razão, ou relação, com que o conceito é definido – resultados versus recursos utilizados – e como factores distintivos, os objectivos da análise e os destinatários da mesma. Assim, como refere Peter Drucker (1945) a análise financeira é um instrumento indispensável no processo de tomada de decisões das empresas e das organizações em geral, relacionando-se com o processo de Governance e de Gestão de uma organização, sendo que Drucker considera funções de Gestão ou do gestor: o planeamento, o controlo, a direcção e a organização, e todos estes actos não são actos isolados, mas as decisões tomadas repercutem-se em todas as áreas devido à interdisciplinaridade e interdependência.

Como refere Caldeira Meneses, se determinada empresa tiver um objectivo estratégico que visa aumentar o volume de negócios, embora envolva a função planeamento, vai ter consequências na função organização, na função direcção, na função controlo, pois vai ser necessário mobilizar redes internas e externas de relações, envolvendo pessoas de várias áreas, estabelecendo conexões entre áreas e departamentos independentes, mas que necessitam de estabelecer laços de interdependência de modo a prosseguir os objectivos definidos. O gestor, numa aproximação com vista a determinar a rendibilidade da empresa, poderá distinguir entre dois tipos de rendibilidade: a

rendibilidade económica e a rendibilidade financeira, sendo que a primeira tem por objecto a análise dos fenómenos económicos (v.g. resultados operacionais, activo económico) e a segunda debruça-se no estudo das relações entre os resultados e os recursos financeiros investidos no negócio (v.g. resultados líquidos e capital próprio).

Por esta razão nos Estados Unidos os Principios do Corporate Governance consagraram a regra do Business Judgment Rule, e os tribunais americanos adoptaram-no, com destaque para o Supremo Tribunal Federal de Delaware. A transcrição para o Direito Português, e quiçá, progressivamente, a implementação dos Principles of Corporate Governance para todos os Ordenamentos Jurídicos poderá numa primeira fase gerar controvérsias diversas, decorrentes da aplicação de normas de Direito Societário ou Corporate Law que se pretendem uniformes a nível global, a Ordenamentos Jurídicos e culturas empresariais diferentes da Norte-Americana, com especificidades Históricas muito próprias, mas estamos convencidos que a médio/longo prazo, a adopção da Business Judgment Rule terá forçosamente de permitir aos Diversos Sistemas Legais de se adaptarem a esta regra, tal como ela é formulada na sua origem Norte-Americana, e não de forma enviesada como por vezes se pretende. Contudo, para que tal suceda, os Sistemas Legais que acolherem a Business Judgment Rule terão de se adaptar para permitir a inserção e a aplicação desta Regra de Julgamento de Negócios tal como ela é formulada na sua origem.

Bibliografia

Adrian Cadbury. Corporate Governance and Chairmanship – A personal View, Oxford University, 2002

Ascensão, José de Oliveira. Direito Comercial. Sociedades Comerciais Parte Geral. Volume IV. Lisboa. 2000.

Adam Smith. A Causa da Riqueza das Nações. 1976

ASCENÇÃO, José De Oliveira, Direito Comercial, Volume IV, Sociedades Comerciais, Parte Geral, Lisboa 2000.

ALMEIDA, António Pereira. Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários e Mercados, 6.º Edição, Coimbra Editora, 2010.

ARSHT, Samuel S. The Business Judgment Rule revisited, in Hofstra Law Review, 1979.

Ac. STJ 23.5.02 (Abel Freire), CJ-STJ 02-II-88 (com uma referência ao Corporate Governance e à defesa do interesse social).

Ac STJ 19.11.87 (Menéres Pimentel, BMJ 371-473, e Ac RL 23.3.95 (Antunes Pina), www.dgsi.pt (com referência ao dever de diligência na administração).

ABREU, Coutinho. Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades.

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 198/90, de 7 de Junho de 1990.

Acórdão n.º 208/99 de 27.10.2003 Comarca de Lisboa – 3.ª vara Cível – 1.ª Secção

António Menezes Cordeiro. Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades. 2006.

As Origens da crise. Ionline. Publicado a 26 de Maio de 2011.

António Meneses Cordeiro. Código das Sociedades Comerciais Anotado. 2001.

A crise de 2008 e a economia da depressão. Paul Krugman (org). Rio de Janeiro, Campus, 2009

António Gomes, Cláudia Custódio. Finanças da Empresa. Bnomics. 2008.

António Borges, Azevedo Rodrigues. Contabilidade e Finanças para a Gestão. Áreas Editora. 2008.

Amílcar Ramos e Francisco Nunes. Working papers. Introdução á Gestão. ISCTE-IUL INDEG Business School. 2010.

BRUNO FERREIRA. “ Os deveres de cuidado dos administradores e gerentes” – Análise dos deveres de cuidado em Portugal e nos Estados Unidos da América fora das situações de disputa sobre o controlo societário, in Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários (n.º 30, Dezembro de 2008)

Bruno Ferreira. Os deveres de cuidado dos administradores e gerentes – análise dos deveres de cuidado em Portugal e nos Estados Unidos da América fora das situações de disputa sobre controlo societário. Caderno de Mercados e Valores Mobiliários. 2008.

BRIAN R: CHEFFINS / BERNARD S: BLACK. “ Outside Director LIABILITY Across COUNTRIES”. In Texas Law Review, Vol. 84, pp. 1385-1480,2006.

BJR como parâmetro nas decisões dos administradores. **Publicado 29/10/2009.**
<http://www.webartigos.com>

BERNARD BLACK/ BRIAN CHEFFINS / MICHAEL KLUASNER, “ The Liability Risk for Outside Traders: A Cross-Border Analysis, in JHON ARMOUR / JOSEPH A. MCCAHERY (eds), After Enron – Improvising Corporate Law and Modernizing Securities Regulations in Europe and at the U.S, Hart Publishing, Oxford/Portland, 2006.

Brito Correia, Os Administradores das Sociedades Anónimas.

BLOCK, Dennis J.; Barton, Nancy E.; RADIN, Stephen A. The Business Judgment Rule: fiduciary duties of corporate directors. 5 ed. New York: Aspen Law & Business, 1998.

BRYER, Barry A. and VLAHAKIS, Patricia A. Takeover defence: the business judgment rule reviewed. New York: International Financial Law Review, 1984.

BLOCK, Dennis J. Barton, Nancy E. RADIN, Stephen A. The Business Judgment Rule: fiduciary duties of corporate directors. 5 ed. New York: Aspen Law & Business, 1998.

BOARD INDEPENDENCE OF LISTED COMPANIES. FINAL REPORT TECHNICAL COMMITTEE OF THE INTERNATIONAL ORGANIZATION OF SECURITIES COMMISSIONS In consultation with the OECD March 2007.

Coutinho de Abreu, Governação das Sociedades Comerciais, Almedina, Coimbra, 2006.

Carlos Ferreira de Almeida. Os contratos civis de prestação de serviço médico, Direito da Saúde e Bioética, Lisboa.

Costa, Ricardo. Responsabilidade dos Administradores e Business Judgment Rule

Cordeiro, Meneses. Manual de Direito das Sociedades, I.

Dias, Gabriela Figueiredo. Fiscalização de sociedades e responsabilidade civil.

FAIRFAX, LISA M: “Spare the Rod, Spoil the Directors? Revitalizing Directors Fiduciary Duty through Legal Liability”, in Houston Law Review, Vol. 42. 2005.

Ferreira, Cavaleiro. Lições de Direito Penal I. Cavaleiro Ferreira.

Ferreira, Bruno. Working Paper. Implicações da Reforma do Código das Sociedades Comerciais. 2006. Caderno de Mercados e Valores Mobiliários.

Filipe Vaz Pinto, Marcos Keel Pereira. Working Paper. A Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Comerciais. FDUNL N.º 5 – 2001

Guido Rossi. O Mito do Corporate Governance - Le Nove Funzioni degli Organi Societari: verso a Corporate Governance, Giufre, Itália, 2002.

GUIDO FERRARINI/ PAOLO GIUDICI, “Financial Scandals and the Role of Private Enforcement: The Parmalat Case”, in JHON ARMOUR/ JOSEPH A: MCCAHERY (eds), After Enron – Improvising Corporate Law and Modernizing Securities Regulations in Europe and the U.S.

GAROFALO, La detenzione preventiva in scuola positiva, vol. II, pág.19, apud Pinheiro, Rui/Maurício, Artur, A Constituição e o processo penal, Lisboa: Rei dos Livros, 2.ª edição, 1983.

Gonçalves, Carlos. Finanças Empresariais para Juristas. Working papers. ISCTE-IUL INDEG Business School. 2011.

GOLDBERG, Mindy K. The business judgment rule, due care and experts: how much information is enough? Journal of Law and Commerce, Pittsburgh. 1987.

HENRY HANSMANN/ REINIER KRAAKMANN. “Agency Problems and Legal Strategies”, in AAVV. The Anatomy of Corporate Law – A Comparative and Functional Approach.

Hunt, Peter A. Structuring Mergers & Acquisitions.

Harald Hau, Marcel Thum – Subprime Crisis and Board (in) Competence: Private vs. Public in Germany. Cesifo Working Paper Series Working paper no. 2640. ECGI Working Paper Series in Finance. Working Paper no. 247/2009. April 2009. <http://ssrn.com/abstract=1360698>

Henrique Abi-Ackel Torres. Responsabilidade dos Administradores de Sociedades Anónimas e Limites de Aplicação da Business Judgment Rule (Regra de Julgamento de Negócios). Nova Lima. 2010.

Henrique Granadeiro: "As empresas são melhor defendidas pela boa gestão do que por artifícios administrativos". 27 de Maio de 2011. Ionline.

H. Caldeira Meneses. Princípios de Gestão Financeira. Editorial Presença.2010.

IRA M. MILLSTEIN / E NORMAN VEASEY, “ Some Thoughts on Director Protection In Light of the Worldcom and Enron Settlements; Suggestions for Directors”, in Metropolitan Corporate Counsel, Junho 2005.

Ira Millsteins “A self-correcting course for governance” in Directors & Boards, 2003.
Inocência Galvão Telles. Direito das Obrigações, 7.^a Edição (Revista e Actualizada). Coimbra Editora.1997

Jhon Armour/ Joseph A. Mccahery (Eds) After Enron – Improving Corporate Law and Modernizing Securities Regulation in Europe and in the USA, hart Publishing, Oxford/Portland.

LYMAN P.Q. JOHNSON / MARK A. SIDES, “ The Sarbanes-Oxley Act and Fiduciary Duties”, in William and Mitchell Law Review, Vol. 30, n.º 4, 2004.

M. Lipton & E., STEINBERG: Takeovers & Freeze outs, 1984.

Meneses Cordeiro, Da responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais.

Maria Helena Santana. CVM. Encontro de Conselheiros Previ. 2009.

Manuel A. Carneiro da Frada. – A Business Judgment Rule no quadro dos Deveres Gerais dos Administradores. Revista da OA. Ano 2007. Ano 67-Vol.I-Janeiro de 2007.

Miguel J. A. Pupo Correia. Direito Comercial. 1999. Ediforum.

Manuel António Pita. Curso elementar de Direito Comercial. Áreas Editora. 2008.

Otto Eduardo F. A. Lobo, Direito Societário Avançado, 2010.Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. University of Miami School of Law.

Ordem dos Advogados Portugueses. João Calvão da Silva. Responsabilidade Civil dos Administradores não executivos, da Comissão de Auditoria e do Conselho Geral de Supervisão.

Ordem dos Advogados Portugueses. António Menezes Cordeiro. A lealdade no Direito das Sociedades. Ano 2006. Ano 66. Vol III. Dez. 2006.

Ordem dos Advogados Portugueses. António Menezes Cordeiro. Os deveres Fundamentais dos Administradores. Ano 2006. Ano 66. Vol II. Set. 2006

Pedro Almeida Moraes, Marco Binã. Código dos Valores Mobiliários e Legislação Complementar. Quid Juris. 2008.

REINIER R: KRAAKMAN, DAVIES HENRY HANSMANN, GERARD HERTIG, KLAUS J. HOPT, HIDEKI KANDA e EDWARD B. ROCK. The Anatomy of Corporate Law – A Comparative and Functional Approach.

Stephen M. Bainbridge. University of California, Los Angeles. School of Law. Law & Economics Research Paper Series. UCLA School of Law. Research Paper No. 03-18
This paper may be downloaded without charge at: The Social Science Research Network Electronic Paper Collection: <http://ssrn.com/abstract=429260> UCLA School of Law Los Angeles CA 90095-1476. The Business Judgment Rule as Abstention Doctrine. Stanford Law Review, Vol. 58, pp. 1055-1159, 2006, disponível na SSRN em <http://ssrn.com/abstract=894921>.

Silva, Alexandre Couto. Responsabilidade dos administradores de Sociedades Anónimas: Business Judgment Rule. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

SOLOMON, Lewis D.; FESSLER, Daniel Wm; WIMARTH Jr; ARTHUR E., Corporations and alternative business vehicles, Santa Monica, 1994.

Silva, Calvão. Responsabilidade Civil dos Administradores não Executivos.

Ventura, Raul, e Correia, Luís Brito, “Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas, Boletim do Ministério da Justiça, n.º 192.

VILELA, Alexandra. Considerações acerca da presunção de inocência em Direito Processual Penal. Coimbra Editora. 2000.

www.encycogov.com

