

OS DEVERES DE LEALDADE E DE DILIGÊNCIA DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES COMERCIAIS

Wang Huating

Estudante do Curso de Mestrado em Ciências Jurídicas
Faculdade de Direito da Universidade de Macau

Resumo: No contexto da expansão do *corporate governance movement*, várias ordens jurídicas de *civil law* introduziram alterações aos deveres fiduciários dos administradores e apropriaram-se de figuras jurídico-societárias cunhadas na experiência anglo-saxónica. No nosso ordenamento jurídico, o art.º 235.º, n.º 2 do Código Comercial faz impender sobre os administradores da sociedade o dever de agir sempre no interesse da mesma e empregar nessa actuação a diligência de um gestor criterioso e ordenado, o qual, no presente texto, será decomposto em dois deveres gerais a acautelar pelos administradores: o dever de lealdade e o dever de diligência. Com vista à compreensão destes deveres enquanto pressupostos da responsabilidade dos administradores, optaremos por analisá-los nas suas diferentes vertentes, com enfoque nas controvérsias relativas ao “interesse da sociedade” e à “diligência de um gestor criterioso e ordenado”, tendo presente, mormente, uma abordagem crítica das alterações ao regime português introduzidas pela reforma jurídico-societária de 2006 sob a influência da experiência anglo-saxónica. Com isto, pretendemos dar mais dinamismo ao direito societário de Macau face aos novos problemas que as sociedades modernas vêm enfrentando.

Palavras-chave: Administradores de sociedades comerciais; dever de lealdade; dever de diligência, interesse da sociedade; diligência de um gestor criterioso e ordenado; *business judgment rule*.

1. Quadro geral

A temática do governo das sociedades (em inglês, *corporate governance*)

está na ordem do dia, sendo alvo de numerosos estudos não só jurídicos, mas também económicos nos diversos países. Na origem da ideia de *corporate governance* esteve a separação entre o capital e a administração (em inglês, *ownership and control*), fenómeno esse surgido primeiro nas grandes empresas, onde os sócios deixaram de actuar simultaneamente como investidores e gestores, passando a confiar a administração da empresa a indivíduos especializados na área¹. Hoje em dia, tal separação verifica-se também nas pequenas e médias empresas, ainda que seja menos acentuada do que nas grandes empresas que são, maioritariamente, sociedades anónimas². Suscitam-se, por conseguinte, questões relativas à estrutura organizacional da sociedade, à repartição de poderes entre quem possui a sociedade e quem controla a sociedade, à imposição de regras de conduta àqueles que gerem bens e interesses alheios, entre outras. Tópicos acabados de referir integram o universo do governo das sociedades.

A evolução da teoria de *corporate governance* começou nos anos 70 do século XX, com o desvendamento dos financiamentos ilegais por sociedades no escândalo de Watergate. Nas décadas seguintes, houve nos Estados Unidos constantes esforços para codificar as regras de *corporate governance*, evidenciados pela publicação dos *Principles of Corporate Governance* em 1994 pelo *American Law Institute* e do *Model Business Corporation Act* em 2002 pela *American Bar Association*³. No início do século XXI, uma série de casos escandalosos, como Enron e Worldcom, chamaram atenção para a necessidade de as sociedades terem uma supervisão efectiva e eficaz⁴. Acompanhando os desenvolvimentos registados nesta área, os legisladores da Europa Continental procuram introduzir no seu ordenamento jurídico regras de inspiração anglo-saxónica quanto ao governo das sociedades⁵.

Como se mencionou acima, o relacionamento entre os sócios⁶ e os

-
- 1 Sobre a separação entre a propriedade e a gestão das empresas, vide Paul Davies e Sarah Worthington, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, vol. I, 9ª edição, versão chinesa, Law Press - China, 2016, p. 367; e Shi Tian Tao, *Corporation Law*, 2ª edição, Law Press - China, 2006, p. 279 e ss.
 - 2 Nas sociedades anónimas, sobretudo nas sociedades abertas (as de capital aberto ao investimento público), o capital social encontra-se disperso por um número alargado de accionistas, a quem faltam os conhecimentos e habilidades necessários à gestão dos negócios da sociedade, pelo que se justifica mais a concentração dos poderes de administração nos gerentes profissionais para tal designados.
 - 3 Walter A. Effross, *Corporate governance: principles and practices*, Aspen Publishers, EUA, 2010, p. 2.
 - 4 João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil dos administradores não executivos, da Comissão de Auditoria e do Conselho Geral e de Supervisão*, in ROA, Ano 67, I, Janeiro de 2007, p. 104.
 - 5 Por exemplo, a *business judgment rule* foi introduzida no direito alemão em 2005, e no direito português em 2006.
 - 6 Fala-se, aqui, da colectividade dos sócios, desconsiderando-se o relacionamento dos administradores

administradores constitui uma das problemáticas tratadas pela teoria em causa. Apesar da divergência doutrinária no que atine à natureza da relação jurídica existente entre os sócios e os administradores, actualmente, é pacífico que dessa relação de administração advêm para os administradores diversos deveres, incluindo os de lealdade e de diligência. A distinção entre o dever de lealdade e o dever de diligência (ou o dever de cuidado), que se fazia inicialmente nos sistemas anglo-saxónicos, mas chegou a ser acolhida por alguns países de tradição romano-germânica, corresponde à presença de dois riscos na actuação dos administradores: o risco de abuso de poderes e o risco de falta de zelo e diligência⁷. O nosso Código Comercial, não contendo embora referência expressa ao dever de lealdade dos administradores, impõe-lhes, no art.º 235.º, n.º 2, o dever de agir sempre no interesse da sociedade e empregar nessa actuação a diligência de um gestor criterioso e ordenado. Podemos dizer que a primeira parte deste preceito legal se refere especialmente ao dever de lealdade, e a segunda parte diz respeito, especialmente, ao dever de diligência⁸⁻⁹. Assim entendendo, daqui em diante,

com os sócios individualmente considerados.

- 7 Para que os administradores desempenhem as suas funções de modo mais eficiente, com aplicação da sua inovação e criatividade, qualidades que as sociedades ambiciosas não param de procurar, costumam ser-lhes atribuídos amplos poderes discricionários por lei e pelos estatutos. À margem da discricionariedade dos administradores, associam-se, inelutavelmente, o risco de abuso de poderes, referente, designadamente, aos casos em que os administradores exerçam os poderes no seu próprio interesse, em detrimento dos interesses da sociedade, assim também o risco de falta de zelo, diligência ou de competência técnica. Neste contexto, o direito das sociedades sente a necessidade de fornecer um quadro normativo que assegura a lealdade e a diligência dos administradores para com a sociedade, sem ingerir desmedidamente no exercício dos seus poderes de administração e prejudicar assim a eficiência da gestão da sociedade. [Consideram-se como *agency costs* os custos decorrentes da monitorização e controlo pelos sócios das actividades dos administradores, os quais, tal como acontece em outros tipos de organizações, pretenderão aqueles reduzir tanto quanto possível.] Uma das soluções desenvolvidas em resposta à dita necessidade consiste na imposição aos mesmos de um conjunto de deveres, gerais ou específicos, que, num primeiro momento, reduz as práticas abusivas ou descuidadas e, num momento posterior, dá azo à responsabilidade dos administradores faltosos pelos danos causados. Há outros regimes que contribuem para evitar o abuso de poderes por parte dos administradores, um referente às regras de composição e funcionamento do próprio conselho de administração, e outro reportado à destituição dos administradores que, em regra, é livre. A este respeito, vide Paul Davies e Sarah Worthington, *op. cit.*, p. 487.
- 8 Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 16.
- 9 Todavia, Menezes Cordeiro é de parecer que o dever de lealdade dos administradores, com os seus contornos dados pela nossa tradição jurídica, resulta do princípio geral da boa fé, sendo mais amplo do que os chamados *fiduciary duties* de origem inglesa e divididos nos *duty of care* e *duty of loyalty*. Cf. António Menezes Cordeiro, *A lealdade no direito das sociedades*, in ROA, Ano 66, Vol. III, Lisboa, Dezembro de 2006, secções 11.III e 14.II, disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/antonio-menezes-cordeiro-a-lealdade-no-direito->

abordaremos primeiro o dever de lealdade e, depois, o dever de diligência.

2. O dever de lealdade dos administradores

2.1. A situação jurídica dos administradores

Nos sistemas romano-germânicos, a situação jurídica dos administradores começou por ser reconduzida ao mandato.¹⁰ O Código Comercial francês de 1807 previa, no seu art.º 31.º, que “*elle est administrée par des mandataires à temps, révocables, associés ou non associés, salariés ou gratuits*”. Sob a inspiração do Código Comercial francês, o legislador português, no Código Comercial de 1833, previu que as companhias eram administradas “*por mandatarios temporarios, revogáveis, accionistas ou não accionistas, assalariados ou gratuitos*.” O art.º 173.º do Código Comercial português de 1888 consagrava a responsabilidade dos administradores pela “*inexecução do mandato e pela violação dos estatutos*”.

A teoria organicista afastou a recondução da relação de administração ao contrato, caracterizando a sociedade como um organismo social, constituído por órgãos. A designação de administradores seria um acto unilateral, interno e de natureza orgânica, relativo à conformação do organismo social¹¹.

Posteriormente, surgiu a teoria analítica germânica, que distinguia a nomeação do contrato de emprego, sendo a primeira um negócio jurídico unilateral, e o segundo um negócio jurídico bilateral. Sustentava que da nomeação decorria uma relação orgânica, que incluía todos os poderes e deveres inerentes ao cargo, nomeadamente os poderes de direcção, de administração e de representação, bem como os deveres de diligência, de sigilo e de não concorrência. Ao passo que o contrato de emprego originava uma relação obrigacional, que compreendia o direito à remuneração, à segurança social, à indemnização em caso de destituição sem justa causa, e no âmbito da qual podiam ser acordadas, por exemplo, a ampliação da proibição de concorrência ou cláusulas penais¹². Esta teoria foi acolhida por alguns autores portugueses, entre eles, Ferrer Correia.

A jurisprudência recorreu, no início, aos deveres do mandatário para

das sociedades/. Neste sentido, afigurar-se-á que tal dever se mostra mais abrangente do que o dever de actuar sempre no interesse da sociedade ou, conforme definido no art.º 64.º, n.º 1, al. b) do CSC português alterado pelo DL n.º 76-A/2006 de 29 de Março, o dever de actuar “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”.

10 Pedro Caetano Nunes, *Dever de gestão dos administradores de sociedades anónimas*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 12.

11 *Ibid.*, p. 14.

12 *Ibid.*, p. 17 e 18.

explicitar os deveres dos administradores, fazendo decorrer da regra geral da boa fé o dever de lealdade dos mesmos. Mais tarde, entendeu que na actuação dos administradores, estava em causa a gestão de bens e interesses alheios, que implicava deveres específicos a cargo dos administradores¹³.

É verdade que a relação de administração – apesar das explicações complexas da situação jurídica dos administradores, parece ter sempre como pano de fundo uma relação de prestação de serviços – confere aos administradores poderes de gestão, ao mesmo tempo que lhes impõe deveres acessórios¹⁴, incluindo a boa fé, com vista à tutela da confiança neles depositada¹⁵, mas o dever de lealdade dos administradores perante a sociedade ultrapassa a medida de conduta reclamada em nome da boa fé. Isto porque a boa fé não proíbe que se prossigam interesses próprios, ao passo que a lealdade dos administradores os impede de o fazer. O facto de estar atribuída aos administradores a curadoria de bens e interesses alheios implica, imediata e directamente, um conjunto de deveres específicos, de cariz ético-jurídico, que visam garantir a sobreordenação dos interesses da sociedade. É este o dever ou os deveres de lealdade dos administradores¹⁶.

Trata-se de um dever geral dos administradores, pelo facto de ser impossível especificá-lo num elenco fechado¹⁷.

2.2. A quem devem ser leais os administradores

A quem devem ser leais os administradores? A pergunta pode ser reformulada para: em cujo interesse devem actuar os administradores?¹⁸ No

13 António Menezes Cordeiro, *A lealdade...*, secção 10.II.

14 Coutinho de Abreu não entende ser conveniente designar os deveres de diligência e de lealdade “deveres laterais ou secundários” face ao “dever principal” de administrar. Na opinião deste autor, administrar, mais do que um mero dever, trata de um poder-dever dos administradores, do qual defluem prestações variadas e indeterminadas. Os deveres de cuidado e de lealdade traduzem-se em prestações variadas mas mais determinadas, que, no entanto, não são menos importante para a administração. Cf. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil ...*, p. 35, nota 68.

15 António Menezes Cordeiro, *A lealdade ...*, secção 9.II.

16 Manuel A. Carneiro da Frada, *A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*, in ROA, Ano 67, Vol. I, Janeiro de 2007, p. 169 e 170.

17 Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil ...*, p. 14.

18 Não existe consenso na doutrina portuguesa quanto à relevância dos interesses a prosseguir pelos administradores para a aferição do seu dever de lealdade (tal como resulta do actual art.º 64.º/1/b) do CSC português), sendo que na opinião de alguns autores o problema do interesse a prosseguir releva do dever geral de gestão dos administradores. Isto porque, antes da reforma de 2006, defendia-se por muitos que a parte final do art.º 64.º do CSC, “devem actuar ... no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores”, redundava no dever geral de (boa) gestão dos administradores. O mesmo poderia dizer-se em relação ao art.º 235.º, n.º 2 do nosso Código

interesse da sociedade em si? No interesse dos sócios? Ou será que para além dos interesses dos sócios, deverão ser tomados em conta os de outros sujeitos como sejam os trabalhadores, os credores e os clientes? O nosso legislador aponta, no art.º 235.º, n.º 2 do Código Comercial, como critério delimitador da actuação dos administradores o interesse da sociedade, deixando claro que devem os mesmos servir os interesses da sociedade.

Apesar desta referência legal expressa, o que se entende por “interesse da sociedade” é um tema que gera bastante controvérsia.

No concernente à concepção do “interesse social”, fala-se das teorias contratualistas e institucionalistas. O contratualismo, na sua essência, reconduz o interesse da sociedade ao interesse comum dos sócios enquanto tais, e não enquanto pessoas singulares, daí tratar duma concepção monista, que identifica o interesse da sociedade com o dos sócios¹⁹. O institucionalismo, por sua vez, considera como interesse social o interesse comum não apenas dos sócios, mas também de outros sujeitos, nomeadamente os trabalhadores, os credores sociais e os clientes. Enquadradas no institucionalismo, encontram-se a concepção dualista, que manda os administradores atender aos interesses dos trabalhadores além dos sócios; a concepção pluralista, segundo a qual se englobam também os interesses dos credores e até os do público em geral; a concepção finalista da maximização do interesse dos sócios, no sentido de que os interesses de outros sujeitos serão atendíveis quando forem meios de maximizar os interesses dos sócios²⁰. No caso de ser acolhida a concepção pluralista, a doutrina divide-se entre a hierarquização dos interesses relevantes²¹ e a consideração igualitária dos interesses.

Passando rapidamente pelas posições doutrinárias, importa-nos determinar, no contexto da legislação de Macau, quais os interesses devem os administradores prosseguir.

Antes de mais, sem margem para dúvidas, o interesse social abrange os interesses dos sócios. De salientar que está em causa o interesse comum ou colectivo que os sócios, através do regime jurídico da sociedade, se propõem realizar. Assim, os administradores não servem os interesses individuais dos

Comercial, pese embora no presente trabalho sigamos a posição que faz apelo ao interesse social para especificar o dever de lealdade dos administradores. Sobre a matéria, vide Pedro Caetano Nunes, *Dever de gestão ...*, p. 443 e 451.

19 Porém, para Pedro Caetano Nunes, a perspectiva monista implica que podem ser atendidos os interesses de outros sujeitos, mas apenas na estrita medida necessária à maximização do interesse dos sócios. *Dever de gestão ...*, p. 488.

20 Cf. Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, 5ª edição, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2016, p. 264 e ss.

21 Ricardo Costa, *Deveres gerais dos administradores e “gestor criterioso e ordenado”*, in I Congresso Direito das Sociedades em Revista, Almedina, Coimbra, 2011, p. 183.

sócios considerados como pessoas singulares, mas antes os dos sócios enquanto “partes que puseram a gestão dos seus valores num modo colectivo de tutela e de protecção”²², os quais são definidos, em regra, pela maioria em votos. Diz-se em regra porque não se pode olvidar o abuso de maioria, casos em que o sócio dominante, como definido no art.º 212.º, n.º 1 do Código Comercial, use o poder de domínio em seu benefício ou de terceiro, à custa dos interesses da sociedade ou de outros sócios. Nestas hipóteses excepcionais, os administradores obrigam-se a não executar as instruções do sócio dominante ou a impedir os respectivos comportamentos abusivos, sob pena de responderem solidariamente com o mesmo pelos danos causados à sociedade ou a outros sócios (art.º 212.º, n.º 4 do Código Comercial).

Fala-se, por vezes, do interesse da sociedade em si em manter e desenvolver a empresa, ter uma rentabilidade duradoura e criar uma imagem socialmente responsável, mesmo que isso implique, de momento, a afectação dos lucros distribuíveis à expansão do negócio da sociedade ou a dedicação de parte dos recursos da sociedade a finalidades filantrópicas, enfim, operações que pela vista se desviam da finalidade de obtenção de lucros.

Do nosso ponto de vista, estão em jogo os interesses de curto prazo e os de médio e longo prazo dos sócios.

É verdade que o fim prosseguido pelos sócios de modo colectivo consiste na obtenção de lucros, mas não é menos verdade que tal finalidade poderá ser satisfeita por meios diferentes, obrigando a optar por operações diferentes consoante as circunstâncias concretas. Portanto, sublinha-se que a promoção dos interesses dos sócios nem sempre aconselha a distribuição dos lucros distribuíveis.

A escolha do meio que, no caso concreto, se ajuste mais ao interesse comum dos sócios compete aos administradores, a quem se confere, por via legal ou estatutária, uma significativa discricionariedade empresarial²³. Os administradores podem e devem tomar decisões, ou sugerir aos sócios decidir, com vista ao crescimento empresarial a longo prazo ou à criação de uma imagem socialmente responsável, desde que o decidido se mostre necessário, útil ou conveniente à maximização dos interesses dos sócios. Em última análise, estão em causa os interesses dos sócios, daí, no nosso entender, ser desnecessário autonomizar o

22 António Menezes Cordeiro, *Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades*, in ROA, Ano 66, Vol. II, Lisboa, Setembro de 2006, secção 12.VI, disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-ii-set-2006/doutrina/antonio-menezes-cordeiro-os-deveres-fundamentais-dos-administradores-das-sociedades/>.

23 Particularmente nas sociedades anónimas, em que “só a pedido do órgão de administração podem os accionistas deliberar sobre matéria de gestão da sociedade” (art.º 449.º do Código Comercial).

interesse da sociedade em si mesma²⁴.

A seguir, pergunta-se: devem os administradores atender aos interesses de outros sujeitos como sejam os trabalhadores, os credores e os clientes?

O legislador de Macau não faz alusão aos interesses desses sujeitos quando impõe o dever de lealdade aos administradores, diversamente do que acontece em Portugal e em muitos outros países. Transcrevemos abaixo a redacção original do art.º 64.º do CSC português (a versão de Raúl Ventura) e a nova redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, em ordem a confrontar o regime de Macau com o português e reflectir sobre a interpretação do “interesse da sociedade” a que se reporta a primeira parte do art.º 235.º, n.º 2 do nosso Código Comercial.

No período anterior à reforma de 2006 do direito societário português, o art.º 64.º do CSC estabelecia o seguinte:

“Artigo 64.º

(Dever de diligência)

Os gerentes, administradores ou directores de uma sociedade devem actuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores.”

Com o Decreto-Lei n.º 76-A/2006 de 29 de Março, o art.º 64.º do CSC passou a ter a seguinte redacção:

“Artigo 64.º

(Deveres fundamentais)

1 - Os gerentes ou administradores da sociedade devem observar:

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

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

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

²⁴ Refira-se que não abordamos aqui a lealdade dos sócios para com a sociedade, na qual já se justifica a distinção dos interesses da sociedade em si dos interesses dos sócios.

Constata-se que a referência aos interesses dos trabalhadores já existia na versão original do art.º 64.º do CSC, cuja parte final proveio da Proposta de 5ª Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho (versão de 1983), relativa à estrutura de organização das sociedades anónimas. No art.º 10.º(a)/2 da 5ª Directiva está previsto: “*Todos os membros dos órgãos de direcção e de supervisão exercem as suas funções no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos accionistas e dos trabalhadores. Eles devem observar a necessária discricção no que respeita às informações de natureza confidencial de que disponham, sobre a sociedade. Eles ficam adstritos a essa obrigação, mesmo após a cessação das suas funções*”²⁵.

A igualdade de direitos e deveres entre os membros dos órgãos de direcção e de supervisão foi a solução sugerida pelo Parlamento Europeu para resolver os conflitos de interesse entre os trabalhadores, representados na gestão da sociedade pelos membros designados por eles, e os accionistas, que designam os demais membros dos órgãos. A depreensão desta solução obriga-nos a apresentar, brevemente, os dois sistemas de organização que existiam e continuam a existir na União Europeia.

No preâmbulo da versão de 1983 da Proposta de 5ª Directiva, o Conselho reconheceu a existência na Comunidade de, praticamente, dois tipos de estruturas de administração: o sistema monista, caracterizado pela criação de um único órgão de administração – conselho de administração – e adoptado, no espaço europeu, pelas sociedades inglesas; e o sistema dualista, típico nas sociedades alemãs, e que consiste no modelo de órgão de direcção e órgão de supervisão. Ciente de que era impraticável que todos os Estados-membros seguissem o modelo alemão, o Conselho deixou de apontar como obrigatório o sistema dualista, como tinha feito na versão inicial de 1972. No entanto, havia quem defendesse que a distinção entre os administradores executivos e não executivos e a sujeição daqueles à supervisão destes seriam características do sistema dualista, o que implicava, na realidade, a imposição do formato dualista ao sistema monista. Além disso, não deixou de ser exigida pela Directiva a tomada de medidas destinadas a assegurar a participação dos trabalhadores na gestão da sociedade²⁶. Talvez fosse ambiciosa demais a tentativa de uniformizar as estruturas de organização das sociedades, ou difícil demais generalizar o modelo alemão de co-gestão. Fosse como fosse, a 5ª Directiva acabou por ficar paralisada.

Apesar do abandono da 5ª Directiva relativa ao direito das sociedades, consagrou no CSC português o dever dos membros do conselho de administração

25 Cf. António Menezes Cordeiro, *Os deveres fundamentais ...*, secção 8.II e Daniel T. Murphy, *The Amended Proposal for a Fifth Company Law Directive—Nihil Novum*, 7 Hous. J. Int'l. L. 215 (1985), p. 227.

26 Daniel T. Murphy, *op. cit.*, p. 220 e ss.

servirem, de forma igual, os interesses dos accionistas e os dos trabalhadores, dever esse inicialmente pensado para evitar a divisão entre os membros de origens diferentes.

Se está ausente em Portugal, e em Macau também, o regime da co-gestão empresarial, continua a ter sentido forçar os administradores a atender igualmente aos interesses dos trabalhadores?

Em Portugal, como vimos, o art.º 64.º do CSC nunca desistiu da alusão aos interesses dos trabalhadores, pelo que resta apenas o problema da sua inserção sistemática. Menezes Cordeiro, criticando o novo art.º 64.º, opina que a devida ponderação dos interesses dos trabalhadores deveria ser encaixada no dever de diligência dos administradores. O mesmo seria dizer que um administrador diligente deveria atender não apenas à dimensão societária pura, mas também à dimensão laboral, ligada ao direito do trabalho²⁷.

Coutinho de Abreu avançou a ideia de que as formulações contidas na al. b) do n.º 1 do art.º 64.º do CSC são, em grande medida, retórica normativa balofa – porque a lei não estabelece sanções eficazes para o caso de os administradores não ponderarem os interesses aí referenciados – e potencialmente desresponsabilizadora – quanto mais forem os interesses a prosseguir pelos administradores, maior será a sua discricionariedade e, conseqüentemente, mais fácil será também a exclusão e limitação da sua responsabilidade perante a sociedade²⁸. Aliás, o autor não julga que seja inútil a referência aos interesses dos trabalhadores, adiantando que a tutela dos seus interesses não se basta com as leis laborais, e que quando as leis estejam omissas, incumbe aos administradores preencher os domínios não regulados atendendo aos interesses dos trabalhadores.

Ora bem, discordamos da posição de Menezes Cordeiro. Desde logo, dificilmente se aceita que os interesses dos trabalhadores se esgotem no cumprimento das leis laborais, não bastando aos administradores atender às regras laborais, que muitas vezes se limitam a estabelecer os limites mínimos, para promover devidamente os interesses dos trabalhadores. Ainda por cima, um administrador diligente deve atender às leis laborais, tal como o deve fazer em relação às outras regras legais. Faria sentido o legislador chamar atenção especial para o acompanhamento das normas jurídico-laborais de modo que a sociedade não incorresse em responsabilidade perante trabalhadores devido à falta de diligência dos administradores? Por fim, o debate em torno do “interesse social”, quando se levantou nos direitos anglo-saxónicos (não há dúvidas de que o art.º 64.º do CSC foi alterado em 2006 por influência do direito norte-americano), tinha a ver com o confronto entre o *shareholder value* e o *stakeholder value*.

27 António Menezes Cordeiro, *Os deveres fundamentais ...*, secção 12.VII.

28 Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Curso ...*, p. 273 e 279.

Consideram-se como *stakeholders* os sujeitos relevantes para a sobrevivência da sociedade. Assim, argumenta-se que os administradores, obrigados a agir no interesse da sociedade, ficam igualmente obrigados a tomar em conta os interesses dos *stakeholders*, incluindo os dos trabalhadores. Certamente não se enquadra na temática em apreço a diligência que os administradores hão-de empregar para não causar danos à sociedade pelo desrespeito das leis laborais.

No que diz respeito à tese de Coutinho de Abreu, queríamos dar a nossa anuência à qualificação das formulações como expressão “retórica normativa balofa” e potencialmente desresponsabilizadora dos administradores. Contudo, a propósito do preenchimento dos domínios não regulados pelas leis laborais ou convenções colectivas de trabalho, de acordo com os interesses dos trabalhadores, na nossa opinião, humilde, os administradores só devem fazê-lo se isso estiver também no interesse da sociedade ou, pelo menos, não levar ao sacrifício dos interesses da sociedade. Parece ir longe demais consagrar um dever legal de prossecução dos interesses dos trabalhadores a acautelar sempre pelos administradores, ainda que os interesses da sociedade, nomeadamente os dos sócios se lhe oponham.

Dito isto, em face do art.º 235.º, n.º 2 do Código Comercial de Macau, diríamos que seria inadequado e inútil fazer uma interpretação extensiva no sentido de que o interesse da sociedade abrangeria ainda os interesses dos trabalhadores. Por um lado, inexistente na RAEM o regime da participação dos trabalhadores na gestão da sociedade. E por outro, em lugar algum se estabelecem sanções eficazes para os administradores que desconsiderem os interesses dos trabalhadores. A falta de menção explícita a este tipo de interesses no preceito legal supracitado torna ainda mais difícil afirmar a responsabilidade dos administradores pela sua indiferença à tutela dos interesses laborais. Isto não significa que nunca sejam atendíveis os interesses dos trabalhadores, mas sim e tão-só que não impende sobre os administradores um dever geral de fonte legal que os obrigue a prosseguir tais interesses.

No atinente aos interesses dos credores, não acreditamos que sejam os credores importantes para a sobrevivência da sociedade. Mesmo que assim não se entenda, frisa-se que existe uma textura de regras específicas relativas à tutela dos interesses dos credores, pelo que não faz sentido forçar os administradores a prosseguir os interesses dos credores²⁹.

Quanto aos interesses dos clientes, afigura-se-nos que são atendíveis na estrita medida em que a realização dos interesses de curto ou de longo prazo dos sócios o reclame. Aliás, não se pode negar que ser leal a todos seria o mesmo que ser desleal a todos.

29 Cf. Coutinho de Abreu, *Curso ...*, p. 273.

Face ao exposto, somos de parecer que o interesse da sociedade corresponde ao interesse comum dos sócios enquanto tais. Os interesses de outros sujeitos relevantes para sustentabilidade da sociedade são atendíveis na estrita medida em que a prossecução dos interesses dos sócios o reclame. Enfim, trata-se de um contratualismo moderado pela teoria finalista da maximização dos interesses dos sócios.

2.3. Concretizações do dever de lealdade

Sendo um dever geral de conteúdo indeterminado, o dever de lealdade dos administradores vem-se densificando pela doutrina e jurisprudência.

No princípio, foram determinadas pela jurisprudência e doutrina diversas actuações vedadas, primeiro com base na cláusula geral dos bons costumes, mais tarde, por referência à lealdade. Depois disso, as actuações proibidas aos administradores vieram a ser sistematizadas por lei³⁰. E actualmente, começam a salientar a dimensão positiva do dever de lealdade. Doutrinalmente, define-se o mesmo como o dever de os administradores exclusivamente terem em vista os interesses da sociedade e procurarem satisfazê-los, abstendo-se portanto de promover o seu próprio benefício ou interesses alheios³¹.

Existe uma série de deveres e proibições específicas que costuma ser enquadrada pela doutrina e jurisprudência na lealdade devida pelos administradores: a proibição de concorrência, o dever de não aproveitar em benefício próprio eventuais oportunidades de negócio da sociedade, o dever de não actuação em conflito de interesses com a sociedade protegida³², o dever de não divulgar segredos societários, a proibição de celebrar negócios com a sociedade, e o dever de não discriminação de sócios³³, entre outros.

No nosso Código Comercial, encontram-se disposições que concretizam o dever de lealdade dos administradores.

Por exemplo, no que concerne à proibição de concorrência, o art.º 461.º, inserido na disciplina das sociedades anónimas, consagra que é vedado aos administradores exercer, por conta própria ou alheia, actividade abrangida pelo objecto da sociedade, salvo autorização expressa da assembleia geral. E em consonância com o art.º 389.º, n.º 5, al. b), nas sociedades por quotas, o exercício não consentido de actividade concorrente com a da sociedade constitui justa causa

30 Menezes Cordeiro, *A lealdade ...*, secção 10.III.

31 Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil ...*, p. 25.

32 Cf. Ac. do STJ, de 2.28.2013, Processo n.º 189/11.3TBCBR.C1.S1.

33 Sobre esta matéria, vide Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil ...*, p. 27 e ss e Menezes Cordeiro, *A lealdade ...*, secção 11.

de destituição dos administradores.

Em relação à proibição de negócios com a sociedade, o art.º 460 prevê que são nulos os contratos celebrados entre a sociedade e os seus administradores, salvo se houver autorização especial e expressa do conselho de administração, com o parecer favorável do conselho fiscal.

Todavia, admite-se que o tema em apreço é objecto de pouco tratamento jurisprudencial em Macau. A falta de intervenção judicial dificulta a formulação pela doutrina de grupos de casos que permitam concretizar o conteúdo do dever de lealdade imputado à administração e propor critérios gerais para a sua aferição. Esta realidade deixa-nos sem alternativa senão beneficiar da experiência de outros ordenamentos jurídicos.

3. O dever de diligência dos administradores

3.1 Resenha histórica

Na segunda parte do art.º 235.º, n.º 2 do Código Comercial de Macau está estatuída a denominada bitola de diligência de gestor criterioso e ordenado, cuja origem esteve no § 84/1 do AktG alemão de 1937, que previa que “*os membros da direcção devem aplicar, na sua condução da sociedade, o cuidado³⁴ de um gestor ordenado e consciencioso. Devem manter sigilo sobre os dados confidenciais*”. A primeira parte da citada disposição foi mantida na íntegra pelo § 93/1 do AktG alemão de 1965³⁵.

Em Portugal, o Decreto-Lei n.º 49 381 de 15 de Novembro de 1969 estabeleceu um regime de responsabilidade dos administradores, que veio a integrar o CSC. O art.º 17.º, n.º 1 do referido diploma legal dispunha que “*os administradores da sociedade são obrigados a empregar a diligência de um gestor criterioso e ordenado*”³⁶. Nos trabalhos preparatórios do Decreto-Lei n.º 49 381, de 15 de Novembro, Raúl Ventura e Brito Correia preconizavam que os administradores tinham um dever de gestão, de conteúdo indeterminado, e que para a determinação do conteúdo deste dever, havia que recorrer à noção de diligência e à noção de interesse social³⁷.

34 Entende-se frequentemente que o cuidado tem o mesmo sentido da diligência *stricto sensu*. Porém, conforme realçado por Menezes Cordeiro, o cuidado, vertido em português por diligência, nada tem a ver com o *care* anglo-saxónico que veio a ser estatuído no art.º 64.º, n.º 1, al. a) do CSC em 2006. Cf. Menezes Cordeiro, *Os deveres fundamentais...*, secção 4.I.

35 Cf. António Menezes Cordeiro, *Os deveres fundamentais ...*, secções 4.I e 4.II.

36 Cf. Pedro Caetano Nunes, *Dever de gestão ...*, p. 442.

37 Raúl Ventura e Brito Correia, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas*

Refira-se que, actualmente, o art.º 64.º, n.º 1, al. a) do CSC português, na redacção introduzida pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, coloca a bitola de diligência de um gestor criterioso e ordenado nos deveres de cuidado. Mas a doutrina portuguesa maioritária sustenta que este critério é igualmente aplicável à aferição dos deveres de lealdade.

Do acima exposto resulta que os legisladores portugueses e de Macau, ao estabelecerem a aludida bitola de diligência, optaram por adoptar a fórmula do AktG alemão.

3.2 Regra de conduta ou bitola de culpa?

Indubitavelmente, a bitola de diligência releva da responsabilidade civil dos administradores. Todavia, tem sido alvo de controvérsia a questão de saber se a diligência de um gestor criterioso e ordenado, quando violada, é fonte de ilicitude ou de culpa. Dito de outra forma, ao exigir o emprego da diligência de um gestor criterioso e ordenado, a lei determina uma regra de conduta, cuja violação dá azo à ilicitude, ou consagra um critério de apreciação da culpa, mais precisamente, da negligência?

Na óptica de Raúl Ventura e Brito Correia, a noção de diligência, conjuntamente com a de interesse social, releva da delimitação do conteúdo do acto devido e não da culpa³⁸.

Menezes Cordeiro adiantou que a diligência equivale ao grau de esforço exigível para determinar e executar a conduta que integra o cumprimento de um dever, tratando-se assim de uma regra de conduta, cujo incumprimento permite afirmar a ilicitude do facto respectivo. Destacou ainda a incompletude desta regra de conduta, uma vez que apenas será possível fixar o grau de esforço exigido quando se saiba de que conduta se trata³⁹.

Outra posição frequentemente defendida aponta no sentido de que a norma em questão assume uma dupla função, indicando, em forma de cláusula geral deveres, objectivos de conduta, e circunscrevendo o critério da culpa. Por esse motivo, constitui esta norma fundamento autónomo de responsabilidade. É esta a posição dominante na Alemanha⁴⁰.

e dos gerentes de sociedades por quotas, BMJ, n.º 192, 1970, p. 94, 95 e 101, *apud*. Pedro Caetano Nunes, *Dever de gestão* ..., p. 443.

38 Raúl Ventura e Brito Correia, *Responsabilidade* ..., BMJ, n.º 192, 1970, p. 94 a 97, *apud*. Pedro Caetano Nunes, *Dever de gestão* ..., p. 449.

39 António Menezes Cordeiro, *Os deveres fundamentais* ..., secção 6.III.

40 Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil* ..., p 17, e Ricardo Costa, *op. cit.*, p. 187 e 188.

No nosso entender, da norma ora em análise decorre, desde logo, um dever de conduta. De facto, em causa está a discricionariedade empresarial dos administradores. Como se sabe, não é possível elencar, aprioristicamente, as situações que a sociedade poderá enfrentar no exercício das suas actividades, e muito menos as decisões que deverá tomar para as resolver. Em cada caso concreto, cabe aos administradores escolher entre os meios ao seu alcance aquele(s) que considerem necessário(s) e adequados para atingir os fins que estão adstritos a prosseguir. Tal discricionariedade reconhecida aos administradores não é, nem pode ser, uma liberdade total. Imputa-se, neste contexto, aos administradores uma obrigação geral de meios – a obrigação de diligente administração, segundo a qual devem fazer tudo quanto seja necessário para um efectivo e bem-sucedido desenvolvimento da sociedade⁴¹. Estamos, assim, na delimitação dos espaços das condutas permitidas e devidas pelos administradores, e portanto, na delimitação dos espaços de licitude (ou de ilicitude)⁴².

É de salientar que, sem prejuízo das concretizações da obrigação de diligente administração legalmente previstas, é impossível conhecer *ab initio* a conduta devida pelos administradores, a qual apenas é determinável perante as específicas circunstâncias do caso concreto, de acordo com o padrão de diligência aplicável⁴³.

Mas pergunta-se se este preceito legal comporta simultaneamente uma bitola de culpa? Por outras palavras, no âmbito da responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade, a culpa é apreciada pela diligência de um gestor criterioso e ordenado?

Menezes Cordeiro deu uma resposta negativa, com os fundamentos de que 1) sob o prisma sistemático, esta norma insere-se no capítulo da administração e fiscalização, e não no da responsabilidade civil pela constituição, administração e fiscalização da sociedade⁴⁴, daí que não faça sentido o preceito se referir a uma bitola de culpa sem mencionar as condutas donde ela emerja; 2) se fosse uma bitola de culpa, deveria prever o dolo além da negligência⁴⁵.

41 Johannes Semler, *Leitung und Überwachung der Aktiengesellschaft*, 2.^a ed., Bonn, München: Heymann, 1996, p. 9-10, *apud*. José Ferreira Gomes, *A discricionariedade empresarial, a business judgment rule e a celebração de contratos de swap (e outros derivados)*, p.5, disponível em https://www.researchgate.net/publication/322101649_A_DISCRICIONARIEDADE_EMPRESARIAL_A_BUSINESS_JUDGMENT_RULE_E_A_CELBRACAO_DE_CONTRATOS_DE_SWAP_E_OUTROS_DERIVADOS.

42 José Ferreira Gomes, *A discricionariedade ...*, p. 4.

43 José Ferreira Gomes, *op. cit.*, p. 6.

44 No caso do Código Comercial de Macau, dir-se-ia que a norma integra a secção dos órgãos das sociedades, e não a da responsabilidade dos titulares dos órgãos sociais.

45 Cf. António Menezes Cordeiro, *Os deveres fundamentais ...*, secção 6.III.

Parece-nos que o primeiro fundamento não contradiz a dupla-função assumida pela norma em apreço, e que o segundo fundamento é de rejeitar, pelo facto de o art.º 480.º, n.º 2 do Código Civil de Macau (equivalente ao art.º 487.º, n.º 2 do Código Civil português) também não ter referência à culpa dolosa.

Com efeito, não se vislumbra motivo defensável para negar à aludida norma jus-societária a função de fixar um critério especial e mais exigente do que o padrão do bom pai de família para a apreciação da culpa dos administradores.

Pelo exposto, inclinamo-nos a perfilhar a tese de que a norma referida à diligência de um gestor criterioso e ordenado assume uma dupla função, sendo que a sua violação permite afirmar a ilicitude do facto e a culpa do agente.

3.3. A articulação do 235.º, n.º 2 com o art.º 245.º, n.º 1 do Código Comercial

A violação pelos administradores dos deveres gerais de lealdade e de diligência contemplados no art.º 235.º, n.º 2 do Código Comercial de Macau pode acarretar consequências mais ou menos gravosas.

A consequência menos gravosa será a destituição do administrador faltoso, por deliberação dos sócios (cf. art.ºs 389.º e 463.º do Código Comercial de Macau, deixamos de lado as sociedades de pessoas, em que, na maioria dos casos, os sócios são administradores).

A nós interessa mais a consequência mais gravosa, que passa pela responsabilidade civil dos administradores perante a sociedade, tal como está prevista no art.º 245.º do mesmo diploma legal. Aliás, uma vez deliberada pelos sócios a proposição da acção de responsabilidade, são logo destituídos os administradores visados (cf. art.º 247.º, n.º 2 do Código Comercial).

Dispõe a primeira parte do art.º 245.º, n.º 1 que “*os administradores respondem para com a sociedade pelos danos que lhe causarem por actos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou estatutários...*”. A parte final do n.º 1 e os n.ºs 2 e 3 comportam, respectivamente, três hipóteses que afastam a responsabilidade assacada aos administradores, designadamente a ausência de culpa, a não participação ou o voto vencido na respectiva deliberação da administração, bem como a obediência devida a deliberação dos sócios.

A responsabilidade a que se reporta o art.º 245.º é, comumente, qualificada pela doutrina como responsabilidade obrigacional, funcional e subjectiva. Diz-se obrigacional porque esta responsabilidade se distingue da responsabilidade dos administradores para com os sócios e credores, qualificada como de natureza delitual⁴⁶. Com a natureza funcional, pretende-se enfatizar que

⁴⁶ Menezes Cordeiro, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades anónimas*,

os administradores apenas respondem pelos factos ilícitos praticados no exercício das suas funções⁴⁷. A qualificação como responsabilidade subjectiva dá a entender que não se trata de uma responsabilidade independente da culpa.

Em conformidade com o n.º 1 do art.º 245.º, *in fine*, a contrario sensu, a culpa presume-se, cabendo, assim, aos administradores demandados provar que agiram sem culpa⁴⁸. Para tanto, precisam de demonstrar que empregaram, na sua actuação, a diligência de um gestor criterioso e ordenado, porque, nos termos atrás expendidos, é este o critério específico de apreciação de culpa para a aferição da responsabilidade dos administradores perante a sociedade. No entanto, a dupla função desempenhada pelo art.º 235.º, n.º 2 leva-nos a uma particularidade: caso haja sido provado que os administradores empregaram a diligência exigível, exclui-se a ilicitude, ao mesmo tempo que se ilide a presunção de culpa⁴⁹.

3.4. O dever de diligência (ou de cuidado) no direito societário português

3.4.1. Os deveres de cuidado (art.º 64.º, n.º 1, al. a) do CSC)

No período anterior à reforma de 2006, o art.º 64.º do CSC era epígrafado de “dever de diligência”, defendendo-se por uma parcela da doutrina que dentre os deveres gerais dos administradores se encontrava o dever de diligência. Com as alterações introduzidas a esta disposição legal pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, a epígrafe passou a ser “deveres fundamentais”⁵⁰, e o dever de diligência veio a ser dividido nos deveres de cuidado e de lealdade⁵¹⁻⁵².

Lisboa, Lex Editora, 1997, p. 493 e ss., *apud*. Mariana Figueiredo, *A business judgment rule e a sua harmonização com o direito português*, p.7, disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/9507/1/Business%20Judgment%20Rule.pdf>.

47 Raul Ventura, Brito Correia, Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas – estudo comparativo dos direitos alemão, francês, italiano e português”, in *BMJ* 192 (1970), 5-112, 193 (1970), 5-182, e 194 (1970), 5-113, p. 13, *apud*. Mariana Figueiredo, *loc. cit.*

48 A presunção legal de culpa faz inverter o ónus da prova. Cf. art.º 337.º, n.º 1 do Código Civil de Macau.

49 Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil ...*, p. 43.

50 A nova epígrafe do art.º 64.º é alvo de críticas, dizendo-se, mormente, que o dever fundamental dos administradores é o de administrar. Cf. Menezes Cordeiro, *Os deveres fundamentais ...*, secção 21.III.

51 Mariana Figueiredo, *op. cit.*, p. 9.

52 No documento de consulta pública, a redacção do art.º 64.º do CSC assemelhava-se mais à versão anterior. A epígrafe era “deveres de diligência e de lealdade”, e no n.º 1 do artigo leu-se “*os gerentes ou administradores da sociedade devem actuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado e com lealdade, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores*”. A única alteração seria a explicitação do dever de lealdade, a qual, nas palavras da Comissão do

Se bem que, quanto à estrutura do art.º 64.º, n.º 1 do CSC, não nos pareça difícil seguir o entendimento de Coutinho de Abreu, no sentido de que o dever de diligência em sentido amplo se desdobra nos dois deveres: de cuidado ou diligência em sentido estrito, e de lealdade⁵³, deixa-nos confusos a forma como a alínea a) define os deveres de cuidado, por se reunirem nessa norma uns deveres procedimentais de inspiração norte-americana, e a tradicional bitola de diligência do ordenamento jurídico português, sendo os primeiros manifestações concretas do dever de cuidado e esta última uma formulação genérica. É difícil, para não dizer ser impossível, coordenar os elementos oriundos de tradições jurídicas distintas e, ainda por cima, conjugar a formulação genérica com as específicas.

A CMVM referiu na Proposta de Alteração ao CSC que os deveres de diligência (*duties of care*) “se reportam genericamente, ao desenvolvimento de um esforço adequado (designadamente informativo) e a uma correcção técnica da actuação dos administradores, segundo critérios de racionalidade económica.” A explicação dada não passou de uma repetição dos deveres específicos elencados no respectivo preceito.

Dito isto, em vez de proceder a uma análise detalhada da referida disposição legal, recordemos aqui as explicações doutrinárias que nos parecem mais claras.

Coutinho de Abreu define o dever geral de cuidado como a obrigação dos administradores de aplicar nas actividades de organização, decisão e controlo societários o tempo, esforço e conhecimento requeridos pela natureza das funções, as competências específicas e as circunstâncias⁵⁴.

E o dever de cuidado subdivide-se pela doutrina em quatro deveres: o dever de vigilância e de controlo da sociedade (*duty of monitor*), o dever de investigar e aferir da fiabilidade das informações (*duty of enquiry*), o dever de obter informação suficiente e comportar-se razoavelmente no processo decisório (*reasonable decision making process*), e o dever de tomar e executar decisões

Mercado de Valores Mobiliários, era necessária, “porquanto complementa a vinculação a deveres de diligência (*duties of care*) e permite concretizações aplicativas mais amplas, designadamente em termos do dever de não aproveitamento de oportunidades societárias”. Nota-se que, por um lado, os deveres de diligência eram vertidos como *duties of care*, e por outro, o dever de lealdade era considerado complementar aos deveres de diligência. Na versão que chegou a vigorar, a designação “deveres de diligência” acabou por ser substituída por “deveres de cuidado”, além de que vieram a ser previstas em duas alíneas paralelas duas categorias de deveres: os de cuidado e os de lealdade. Se na versão apresentada à consulta pública, apenas nos apercebemos da influência dos direitos anglo-saxónicos nas anotações da CMVM, já na versão ora vigente, vê-se perfeitamente a intenção do legislador de “beneficiar de alguma reflexão produzida, em termos internacionais, a propósito do tema do governo das sociedades”. O texto da Proposta de Alteração ao CSC (processo de consulta pública n.º 1/2006) encontra-se disponível na página da CMVM, www.cmvm.pt.

53 Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil ...*, p. 16.

54 Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil ...*, p. 18.

razoáveis, equitativas e ponderadas (*reasonable decision*)⁵⁵.

3.4.2. A *business judgment rule* e a sua transposição para Portugal (art.º 72.º, n.º 2 do CSC)

Estritamente conotada com os deveres de cuidado a que se reporta o art.º 64.º, n.º 1, al. a) do CSC vem a *business judgment rule* prevista no art.º 72.º, n.º 2 do mesmo diploma, introduzida na ordem jurídica portuguesa pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, pelo que importa apresentar breves notas a este respeito.

A *business judgment rule*, de origem norte-americana, constitui uma doutrina central da teoria de *corporate governance*. Estabelece uma presunção de licitude da conduta em favor dos administradores, nos termos da qual desde que reunidos certos pressupostos, o juiz abster-se-á de aferir do mérito da actuação do administrador⁵⁶. Salienta-se que a *business judgment rule*, em si mesma, não é uma regra de conduta. Prende-se, antes, com a sindicabilidade judicial das decisões dos administradores.

Surgida por via jurisprudencial, a *business judgment rule* é expressa de formas variadas. Os tribunais do Estado de Delaware costumam asseverar que esta regra consagra uma presunção de que ao tomar uma decisão, os administradores da sociedade actuaram informadamente, de boa fé e na honesta crença de que essa acção era no melhor interesse da sociedade⁵⁷.

O *American Institute of Law*, nos *Principles of Corporate Governance*, opta por não utilizar a palavra *presumption*, adiantando que “o administrador ou gerente que toma uma decisão de negócio de boa fé cumpre o dever de cuidado caso 1) não tenha interesse na matéria da respectiva decisão; 2) esteja informado sobre a matéria na medida em que o administrador ou gerente acredita razoavelmente ser apropriado segundo as circunstância; 3) acredite racionalmente que a decisão de negócio esteja no melhor interesse da sociedade⁵⁸.

55 Hugo Luz dos Santos, *O dever de lealdade dos administradores das sociedades comerciais na RAEM (art.º 235.º, n.º 2 do Código Comercial de Macau) - algumas notas mais ou menos desenvolvidas*, in *Administração* n.º 108, Vol. XXVIII, 2015-2, p. 541 e 542.

56 Proposta de Alteração ao CSC, p. 17.

57 Tradução por Carneiro da Frada *in op. cit.*, p. 180, sendo a formulação original em inglês: a presumption that “in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith, and in the honest belief that the action was in the best interest of the company.” In *Re Walt Disney Co. Derivative Litigation*, 906 A.2d 27 (Del. 2006), quoting *Aronson v. Lewis*, 473 A.2d 805, 812 (Del. 1984). Cf. Lindsay C. Llewellyn, *Breaking Down the Business-Judgment Rule*, *Commercial & Business Litigation*, 19367597, Spring 2013, Vol. 14, Issue 3.

58 “A director or officer who makes a business judgment in good faith fulfills the duty under this Section if the director or officer: (1) is not interested in the subject of the business judgment; (2) is informed with

Transposta a regra para o ordenamento jurídico português, a lei societária prevê que a responsabilidade do administrador ou gerente é excluída, se provar que 1) actuou em termos informados; 2) livre de qualquer interesse pessoal; 3) e segundo critérios de racionalidade empresarial (ar.º 72.º, n.º 2 do CSC), reproduzindo, assim, a formulação utilizada pelo *American Institute of Law*.

Da leitura do disposto no art.º 72.º, n.º 2 do CSC decorre, com clareza, que a *business judgment rule* se assume como causa de exclusão de responsabilidade. O problema é que como se aplica tal regra.

Se fosse acolhida a presunção de licitude da conduta dos administradores e, desta feita, a função da *business judgment rule* de descrever os elementos que servem para a ilidir – é esta a forma como normalmente se aplica a *business judgment rule* nos Estados Unidos – a consagração desta regra no direito português implicaria “uma fractura sistemática no sistema de imputação de danos, com consequências práticas indesejáveis”⁵⁹. A CMVM indicou, portanto, que “a influência da *business judgment rule* foi acolhida apenas quanto à explicitação dos elementos probatórios a ser utilizados pelo administrador demandado para ilidir a presunção de culpa”⁶⁰. Assim sendo, o n.º 2 do art.º 72.º serve para complementar a parte final do n.º 1 do mesmo artigo onde se prevê “salvo se provarem que procederam sem culpa”.

Não se percebe como é que a não consagração de uma norma presuntiva da actuação lícita dos administradores redundou na qualificação do art.º 72.º, n.º 2 como causa de exclusão de culpa. Concordamos, perfeitamente, com a recusa de presunção de licitude, mas supomos que a inexistência desta presunção significa, simplesmente, que incumbe ao administrador demandado provar a licitude da sua conduta, nomeadamente, a observância dos deveres elencados no art.º 72.º, n.º 2.

Na verdade, o art.º 72.º, n.º 2 associa-se, essencialmente, à autonomia e à discricionariedade empresarial dos administradores e, portanto, aos deveres de cuidado. Cumpridos os deveres de cuidado, afasta-se a ilicitude, e não a culpa, da actuação em causa.

O âmbito de aplicação da *business judgment rule* corresponde aos espaços de discricionariedade empresarial dos administradores⁶¹. À partida, a sociedade lesada recorre ao tribunal para responsabilizar os administradores pelos danos

respect to the subject of the business judgment to the extent the director or officer reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and (3) rationally believes that the business judgment is in the best interests of the corporation.” Cf. Melvin Aron Eisenberg, *An Overview of the Principles of Corporate Governance*, 48 Bus. Law. 1271 (1993), p. 1281. Tradução livre.

59 Proposta de Alteração ao CSC, p. 18.

60 Proposta de articulado modificativo do CSC, anotações ao 72.º, n.º 2.

61 Manuel A. Carneiro da Frada, *op. cit.*, p. 182.

derivados das “más decisões” por eles tomadas. Só que questionar constantemente as decisões dos administradores inibi-los-ia de tomar decisões aventurosas e criativas, o que acabaria por prejudicar a própria sociedade⁶². Desta ponderação resulta um controlo judicial orientado, não pelos resultados negativos das decisões tomadas pelos administradores, mas sim pelo seu modo de administrar, pelo próprio procedimento de decisão. Neste sentido, a má gestão, ou melhor, a ilicitude da conduta dos administradores, reside nos meios, e não no resultado⁶³. A concretizar esta ideia, são-lhes imputados os deveres de cuidado, geral (art.º 64.º, n.º 1, al. a)) ou específicos (art.º 72.º, n.º 2), cuja devida observância afasta a ilicitude da actuação dos administradores, ainda que se tenham, efectivamente, causado danos à sociedade. Em suma, o art.º 72.º, n.º 2 serve para excluir a ilicitude e não a culpa.

Poderia argumentar-se que o cumprimento do dever de actuar segundo critérios de racionalidade empresarial excluía, ao mesmo tempo, a culpa do administrador⁶⁴, pese embora não deixemos de ter dúvidas quanto à coincidência da racionalidade empresarial com o padrão de gestor criterioso e ordenado, visto que o que é racional para o próprio administrador poderá não o ser para um gestor medianamente prudente e sensato.

Concluindo, o art.º 72.º, n.º 2 do CSC não consagra uma presunção de licitude da conduta dos administradores, por conseguinte, incumbe à sociedade demandante provar que o administrador demandado não cumpriu os deveres a que este está vinculado, designadamente os deveres de cuidado, e cabe ao administrador demandado provar que deu obediência aos mesmos deveres, invocando, sobretudo, a satisfação dos elementos impostos pelo dito preceito legal. Neste cenário, a norma do art.º 72.º, n.º 2 apresenta-se como causa de exclusão de ilicitude.

4. Considerações finais

Em contraste com a crescente atenção que vem ganhando a temática da *corporate governance* em muitos países, observa-se pouco tratamento jurisprudencial e doutrinário nesta área no nosso ordenamento jurídico. A ausência de incentivo por parte da jurisprudência e doutrina poderá explicar por que se mantém inalterada a nossa lei societária, sobretudo na parte referente à responsabilidade civil dos administradores, quando outros países procuram actualizar a disciplina legal das sociedades comerciais para melhor resolver os

62 Ricardo Costa, *op. cit.*, p. 177.

63 Manuel A. Carneiro da Frada, *op. cit.*, p. 181.

64 Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil...*, p. 43.

litígios emergentes das sociedades modernas.

O nosso direito das sociedades é bom, mas o bom é inimigo do óptimo. No que se refere ao tema abordado no presente trabalho, isto quer dizer que, apesar de o art.º 235.º, n.º 2 do Código Comercial já consagrar, genericamente, os deveres a acautelar pelos administradores no exercício das suas funções, justifica-se, primeiro, aludir expressamente à lealdade dos administradores, e segundo, especificar, de modo mais ou menos extenso, o conteúdo dos deveres de lealdade e de diligência, até porque não temos uma jurisprudência abundante a esclarecer as situações específicas neles incorporadas. Ademais, vale a pena introduzir a *business judgment rule* a fim de evitar o excesso de controlo judicial *ex post* das actuações dos administradores. Porém, será indispensável reflectir ponderadamente sobre a forma como se efectua tal aportação.

5. Bibliografia

António Menezes Cordeiro, *Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades*, in ROA, Ano 66, Vol. II, Lisboa, Setembro de 2006, <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-ii-set-2006/doutrina/antonio-menezes-cordeiro-os-deveres-fundamentais-dos-administradores-das-sociedades/>.

António Menezes Cordeiro, *A lealdade no direito das sociedades*, in ROA, Ano 66, Vol. III, Lisboa, Dezembro de 2006, disponível em <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66-vol-iii-dez-2006/doutrina/antonio-menezes-cordeiro-a-lealdade-no-direito-das-sociedades/>.

João Calvão da Silva, *Responsabilidade civil dos administradores não executivos, da Comissão de Auditoria e do Conselho Geral e de Supervisão*, in ROA, Ano 67, Vol. I, Janeiro de 2007, p. 103 a 158.

Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, Almedina, Coimbra, 2007.

Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial*, 5ª edição, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2016.

José Ferreira Gomes, *A discricionariedade empresarial, a business judgment rule e a celebração de contratos de swap (e outros derivados)*, disponível em https://www.researchgate.net/publication/322101649_A_DISCRICIONARIEDADE_EMPRESARIAL_A_BUSINESS_JUDGMENT_RULE_E_A_CEBRACAO_DE_CONTRATOS_DE_SWAP_E_OUTROS_DERIVADOS.

Pedro Caetano Nunes, *Dever de gestão dos administradores de sociedades anónimas*, Almedina, Coimbra, 2012

Manuel A. Carneiro da Frada, *A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*, in ROA, Ano 67, Vol. I, Janeiro de 2007,

p. 159 a 205.

Ricardo Costa, *Deveres gerais dos administradores e “gestor criterioso e ordenado”*, in I Congresso Direito das Sociedades em Revista, Almedina, Coimbra, 2011, p. 159 e ss.

Hugo Luz dos Santos, *O dever de lealdade dos administradores das sociedades comerciais na RAEM (art.º 235.º, n.º 2 do Código Comercial de Macau) - algumas notas mais ou menos desenvolvidas*, in Administração n.º 108, Vol. XXVIII, 2015-2, p. 537 e ss.

Mariana Figueiredo, *A business judgment rule e a sua harmonização com o direito português*, disponível em <https://repositorio.ucp.pt/bitstream/10400.14/9507/1/Business%20Judgment%20Rule.pdf>.

Proposta de Alteração ao CSC e Proposta de Articulado Modificativo do CSC, disponíveis no www.cmvm.pt

Daniel T. Murphy, *The Amended Proposal for a Fifth Company Law Directive—Nihil Novum*, 7 Hous. J. Int'l. L. 215 (1985).

Paul Davies e Sarah Worthington, *Gower and Davies' Principles of Modern Company Law*, vol. I, 9ª edição, versão chinesa, Law Press - China, 2016.

Shi Tian Tao, *Corporation Law*, 2ª edição, Law Press - China, 2006.

Walter A. Effross, *Corporate governance: principles and practices*, Aspen Publishers, EUA, 2010.

Melvin Aron Eisenberg, *An Overview of the Principles of Corporate Governance*, 48 Bus. Law. 1271 (1993).

Lindsay C. Llewellyn, *Breaking Down the Business-Judgment Rule*, Commercial & Business Litigation, 19367597, Spring2013, Vol. 14, Issue 3.