

A conduta dos administradores das sociedades anónimas: deveres gerais e interesse social

DR.^a VÂNIA PATRÍCIA FILIPE MAGALHÃES

SUMÁRIO: *I – Introdução: 1. Razão de ordem; 2. O administrador: sujeito dos deveres de cuidado e lealdade; o administrador de facto. II – Os deveres de cuidado e lealdade dos administradores: 3. Os deveres de cuidado: 3.1 A previsão legal e a “disponibilidade, competência técnica e conhecimento da actividade da sociedade adequados às suas funções”; 3.2. As vertentes do dever de cuidado e o critério da “diligência de um gestor criterioso e ordenado”; 3.3. A fronteira do descuido: a business judgement rule; 4. Os deveres de lealdade: 4.1. Noção; 4.2. Manifestações do dever de lealdade. III – O interesse social: 5. O problema: a controversa noção do interesse social; 6. A solução: reflexão crítica.*

I. Introdução

1. Razão de ordem

O presente artigo propõe-se levar a efeito uma explicitação, concretização e compreensão dos deveres dos administradores estatuídos no artigo 64.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais, cotejando as redacções anterior e posterior à Reforma do sobredito Código, sempre que se afigure relevante. Aparentemente a alteração processada reputar-se-ia de modificação terminológica. As vertentes que agora se encontram plasmadas no artigo 64.º, n.º 1, do CSC – os deveres de cuidado e lealdade – já haviam sido assimiladas doutrinariamente, fazendo-se decorrer aqueles deveres da cláusula geral constante da anterior redacção. A nova redacção, consignando expressamente a previsão de tais deve-

res, veio, por influência norte-americana¹, acrescentar ao preceito legal conceitos indeterminados.

À responsabilidade civil dos administradores apenas, laconicamente, se fará referência, na justa medida que os deveres de cuidado e de lealdade influem no respectivo regime enquanto pressuposto de (i)licitude.

Partindo da análise do conceito problemático de interesse social, ensaiar-se-á, por fim, a consideração dos critérios relevantes a observar pelos administradores na actuação conforme aos deveres de cuidado e de lealdade.

2. *O administrador: sujeito dos deveres de cuidado e lealdade; o administrador de facto*

Os administradores (e, naturalmente, os gerentes) das sociedade anónimas constituem o âmbito subjectivo de aplicação da norma legal ínsita no artigo 64.º, n.º 1, do CSC, a eles se dirigindo os deveres que aí se encontram previstos. Impõe-se, por isso, antes de mais e ainda que de forma perfunctória definir os sujeitos que possuem essa qualidade e, assim, aquele âmbito de aplicação subjectiva.

Administração² é “a arte de fazer coisas através de pessoas”, na definição perflhada pela American Management Association³. E os administradores, constituindo o núcleo central da arte, são os sujeitos que desempenham a actividade de administração. São eles quem planeiam, organizam, coordenam e coman-

¹ “Principles of Corporate Governance” elaborados pela American Law Institute em 1992, consequência de escândalos ocorridos nos Estados Unidos, que deram origem a inúmeras recomendações de ordem societária, e face aos quais a OCDE, em 1999, elaborou, igualmente, “Os princípios da OCDE sobre o governo das sociedades”.

² MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das sociedades*, 1 (2004), 687, considera que o conceito societário de administração abarca duas concepções: a objectiva definida como “acto ou o efeito de administrar” a sociedade, e a subjectiva como o “conjunto de pessoas que têm a seu cargo a função de administrar uma sociedade”.

³ A American Management Association (AMA) é uma associação norte-americana criada através da National Association Schools em 1913. Consolidada em 1973, transformou-se numa verdadeira organização, que lhe valeu o reconhecimento pelo Reitor da Universidade de Nova Iorque como instituição educacional. Trata-se de uma organização vocacionada para a formação dos “managers” – www.amanet.org/aboutama/pdfs/ama_history.pdf. Ver definição de administração de empresa por JOÃO GUIMARÃES ASSÉDIO, *Administração da empresa*, Polis 1 (1983), 128-131.

dam o destino das sociedades⁴, sob a vigilância isenta e diligente dos órgãos de fiscalização, observando os deveres que conformam e delimitam a sua actuação.

Os administradores, colocados no topo da pirâmide da orgânica da sociedade⁵, detêm um poder-dever de gestão, a nível interno, e um poder-dever⁶ de representação, a nível externo⁷. Há quem insira o poder-dever de representação num conceito amplo de poderes de gestão, compreendendo “*actos meramente materiais e a prática de actos jurídicos e actos de representação*”⁸.

A qualidade de administrador, pressuposta pelo artigo 64.º, n.º 1, do CSC, implica, em cada um dos sistemas previstos no artigo 278.º do CSC, uma qualidade de direito: aquele que designado regularmente exerce efectivamente na sociedade as funções de administração que estão definidas na lei ou no contrato de sociedade.

Todavia, poderá suceder que uma pessoa actue no seio da sociedade desprovida de qualquer título ou com título insuficiente mas exerça, de facto, as funções de administrador. A figura de que se fala é a de administrador de facto⁹, que é relevada, a vários níveis, pelo ordenamento jurídico¹⁰.

⁴ LUÍS BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anónimas* (1993), 19, refere que os “*administradores exercem, na verdade, o poder na empresa – na cédula base da economia, e portanto, numa das componentes fundamentais da humanidade*”.

⁵ Neste sentido, já em 1970, BRITO CORREIA e RAÚL VENTURA, *Responsabilidade civil dos administradores das sociedades anónimas e dos gerentes das sociedades por quotas*, BMJ 192 (1970), 9: “*como administradores eles podem dispor do trabalho de muitas pessoas, influir na produção e na distribuição de grandes massas de bens, lidar com muitas quantias por vezes fabulosas e exercer nalguns casos fortes pressões a nível político e social*”. MENEZES CORDEIRO, ob.cit., considera a situação jurídica de administração como uma “*realidade autónoma, de cariz societário, com factos constitutivos múltiplos, privada, patrimonial, complexa, compreensiva e nuclearmente absoluta*”.

⁶ Dever e não só poder, pois os administradores têm como dever básico o “*dever de gerir a sociedade, de promover a realização do seu objecto social, com vista à obtenção de lucro*” – ELISABETE RAMOS, *Aspectos substantivos da responsabilidade civil dos membros do órgão de administração da sociedade*, BFD LXXIII (1997), 65.

⁷ Neste sentido, FERRER CORREIA, *Lições de Direito comercial* (1983, reimp.), 390, BRITO CORREIA, ob.cit., ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação dos administradores das sociedades anónimas*, BFD (1998), 18 e ss. Não obstante estes poderes não se encontrarem, por vezes, conexos ou mesmo dirigidos ao órgão de administração. Neste sentido, vide JORGE COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades* (2006), 37.

⁸ Assim OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito comercial – Sociedades comerciais*, IV (2000), 446.

⁹ Na doutrina italiana por FRANCO BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni* (1985), 254.

¹⁰ Mormente no direito tributário, em que são de destacar o artigo 24.º da Lei Geral Tributária e o artigo 8.º do Código do Regime de Infracções Tributárias, em sede de direito penal, os crimes patrimoniais de insolvência dolosa e negligente (artigos 227.º e 228.º do Código Penal),

O administrador de facto¹¹ poderá adquirir essa qualidade apenas por não possuir título bastante, ou porque a designação é irregular e não produz qualquer efeito (por exemplo, a deliberação de designação é nula), ou porque ocorreu alguma causa de extinção¹²: caducidade, renúncia, revogação ou destituição, mas que, independentemente disso, continua a exercer as funções para que foi designado.

Poderá também suceder que a pessoa não possua título algum ou possua “*um título diverso de administrador mas desempenha funções de gestão com a autonomia própria de um administrador de direito*”¹³. Estar-se-á, então, perante a figura que vem sendo designada de administrador oculto.

Outra situação de administrador de facto é o denominado “administrador na sombra”¹⁴, aquele que “*sem cargo de administração ou função profissional na sociedade determina habitualmente a actuação dos administradores de direito*”¹⁵.

O certo é que todos estes, desprovidos de qualquer direito, sem título bastante, agem como se fossem administradores: planeiam, decidem e influenciam decisiva e autonomamente na gestão da sociedade podendo até representar a

de frustração de créditos (artigo 227.º-A do Código Penal), e de favorecimento pessoal (artigo 229.º do Código Penal) e o crime de insolvência culposa, previsto especificamente no artigo 186.º do Código de Insolvência e Recuperação de Empresas. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A responsabilidade dos administradores na insolvência*, ROA (2006), 656, entende que, no artigo 6.º do Código de Insolvência e Recuperação de Empresas, os administradores de facto devem incluir-se na noção de administrador. Assim também RICARDO COSTA, *Responsabilidade civil dos administradores de facto*, Temas Societários, Colóquios n.º 2 (2006), 33.

¹¹ Ver, a este propósito, COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores e de sócios controladores / (Notas sobre o art. 379.º do Código do Trabalho)*, Miscelâneas n.º 3 (2004), 7-55, e RICARDO COSTA, ob.cit..

¹² Desenvolvimento, COUTINHO DE ABREU, ob.cit., 143 e ss.

¹³ Poderão servir de exemplos as figuras apontadas por COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, ob.cit.: “*director geral, gerente de comércio, procurador para a prática determinada categoria de actos*”.

¹⁴ Os “*shadow directors*”, do Companies Act de 1985, sec. 741:“(2) *In relation to a company, “shadow director” means a person in accordance with whose directions or instructions the directors of the company are accustomed to act*”. São aí frequentemente referidos em diversas secções, onde a qualidade de “*shadow director*” é equiparada à de “*director*”: v.g., sec. 288 (6), sec. 305 (7), sec. 317 (8), sec. 320 (3), sec. 322 (3) sec. 324 (6), sec. 325 (6), sec. 327 (2, c), sec. 330 (5), sec. 343 (8,b). Pelo contrário, o Código das Sociedades Comerciais não faz qualquer alusão directa aos administradores de facto, muito menos aos ocultos.

¹⁵ V.g., poderá considerar-se administrador na sombra o pai que administra a sociedade em que o filho é administrador, dando ordens de gestão e coordenação, que são fielmente acatadas pelo filho.

sociedade perante terceiros, actuando no interesse da sociedade, exercendo as funções próprias de um administrador de direito.

No âmbito do processo de consulta pública 1/2006 da CMVM sobre “*Governo das sociedades anónimas: projecto de alteração ao Código das Sociedades Comerciais*”, a CMVM considerou a questão dos administradores de facto e sua eventual consagração legal. A questão acabou por permanecer intocada com o fundamento de que o ordenamento jurídico já prevê normas jurídicas que mencionam a figura do administrador de facto (artigos 80.º, 83.º, 84.º, 501.º e 491.º do CSC e artigo 182.º, n.º 2, do Código de Insolvência e Recuperação de Empresas) e que “*tal significa que implicitamente se considerou já aplicáveis ao administrador de facto as normas relativas ao administrador dito de direito*”. Melhor teria sido empreender a discussão e fazê-lo constar da alteração à lei em benefício da ciência do direito e da certeza e segurança jurídica.

A consideração dos administradores de facto assume acentuada relevância na questão da responsabilidade civil dos administradores, prevista nos artigos 71.º e ss. do CSC. Na opinião maioritária¹⁶, os administradores de facto respondem nos mesmos termos que os administradores de direito sempre que os pressupostos dessa responsabilidade se verificarem¹⁷. Só assim se impede a irresponsabilidade de tais sujeitos pelos actos que praticam e se previnem fenómenos de administrações de facto premeditadas em vista de uma tal irresponsabilidade.

¹⁶ Neste sentido, por todos, COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, ob.cit.. Assim também, RICARDO COSTA, ob.cit..

¹⁷ Argumenta-se que o artigo 24.º da Lei Geral Tributária foi influenciado pelo artigo 78.º do CSC e que, por maioria de razão, se aquele responsabiliza a administração de facto, o mesmo valerá para a norma que lhe serviu de modelo. A jurisprudência italiana é unânime relativamente a esta questão, aplicando o artigo 2392, do C.C., aos administradores de facto, como resultou da sentença n.º 140, de 14/03/2000, proferida pelo Tribunal de Torino que julgou procedente acção de responsabilidade do administrador de facto e que se encontra em consonância com a sentença n.º 1925, de 6/3/1999, da Suprema Corte que já havia estendido a aplicação do referido artigo aos administradores de facto, como se poderá ler na sentença do Tribunal de Torino, disponível em http://www.personaedanno.it/files/personaedanno_browse1_it_4916_resource_orig.pdf, e na doutrina, por Franco Bonelli,, 253. Em Espanha, na reforma da lei das sociedades cotizadas (Ley 26/2003, de 17 de Julho de 2003) previu-se expressamente a responsabilidade dos administradores de facto no artigo 133.º: “2. *El que actúe como administrador de hecho de la sociedad responderá personalmente frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores del daño que cause por actos contrarios a la Ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes que esta Ley impone a quienes formalmente ostenten con arreglo a ésta la condición de administrador*”, RAFAEL MATEU DE RÓS CERREZO, *La Ley de Transparencia de las Sociedades Anónimas Cotizadas* (2004).

A fortiori, se os administradores de facto podem ser responsabilizados civilmente terão que respeitar os deveres que são impostos pela lei e pelos estatutos, porque a violação destes desemboca na responsabilidade¹⁸. Se assim é, forçoso será concluir que as normas legais previstas no artigo 64.º, n.º 1, do CSC, prescritivas de deveres aos administradores, também se dirigem aos administradores de facto.

II. Os deveres de cuidado e lealdade dos administradores

O exponencial crescimento da economia e a proliferação das sociedades comerciais, acrescido de grandes escândalos alicerçados à ideia de fraude, corrupção, mau governo ou desgoverno¹⁹, originou a criação em 1992, no Além-Atlântico, pela associação “*The American Law Institute*”, dos “*Principles of Corporate Governance*”, que rapidamente se tornaram um modelo a nível internacional.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) criou os seus próprios princípios sobre o governo das sociedades em 1999.

São cada vez mais frequentes a criação de códigos de boa conduta e as recomendações de várias entidades – em particular da CMVM para as sociedades anónimas abertas – que valem o que valem: são meras recomendações a que o julgador, no momento de averiguar a eventual responsabilidade do administrador, não está vinculado. Cabe, portanto, ao legislador definir quais os deveres que incidem sobre os administradores.

O artigo 64.º do CSC, na versão originária, prescrevia à actuação dos administradores o dever de diligência de um gestor criterioso e ordenado no interesse da sociedade, não autonomizando os deveres de cuidado e de lealdade. A reforma do CSC de 2006, mantendo, todavia, a bitola da diligência de

¹⁸ Entre os quais os deveres de cuidado e de lealdade previstos no artigo 64.º. Neste sentido, no país vizinho, RAFAEL MATEU DE RÓS CEREZO, ob.cit.: “*según se deprende del art.133.2LSA, quedan sujetos a los mismos deberes de cumplimiento, de diligencia y lealdade que los administradores de hecho y, por ende, a un régimen de responsabilidad idéntico al de éstos*”.

¹⁹ Escândalos operados nos EUA, que remontam mormente no ano de 1924, e em face dos quais, se elaborou, em 1932, um estudo de ADOLPH BERLE e GARDINER MEANS, acerca do governo das sociedades cotadas, denominado “*The modern corporation and private property*”, que constituiu referência para a legislação norte-americana, o Securities Act de 1933 e o Securities Exchange Act de 1934.

um gestor criterioso e ordenado, veio, por influência anglo-saxónica, mormente dos *Principles of Corporate Governance*, autonomizar aqueles dois deveres²⁰ a que os administradores estão vinculados na relação que mantêm com a sociedade²¹.

Antes da Reforma do CSC, era discutido na doutrina se o artigo 64.º era fonte autónoma de responsabilidade civil. Em sentido negativo se pronunciavam Menezes Cordeiro²², Antunes Varela²³, Raúl Ventura²⁴ e Brito Correia²⁵. No lado diametralmente oposto, outros autores defendiam o artigo 64.º como fonte autónoma de responsabilidade, dos quais se destacam Pedro Caetano Nunes²⁶,

²⁰ Quanto à natureza – principais e secundários de prestação e acessórios de conduta – dos deveres que promanam do artigo 64.º do CSC, não falta quem reconduza o dever de cuidado e o dever de lealdade, como sucedia na anterior redacção, mais genérica, a deveres acessórios de conduta, considerando MENEZES CORDEIRO, *Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades*, ROA (2006), 484, que os deveres fundamentais dos administradores não são os de lealdade e de cuidado, mas sim os deveres de gestão e representação. Também no sentido de que o dever de lealdade é um dever acessório de conduta, PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance* (2006), 87. Parece, contudo, que os deveres de cuidado e de lealdade, porque dirigidos à correcta execução da administração, devem ser configurados como deveres secundários de prestação, acessórios da prestação principal. Sobre as noções de deveres principais e secundários de prestação e deveres acessórios de conduta, *vide* ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.ª ed. (2000), 121 e ss..

²¹ Relação cuja caracterização tem originado controvérsia doutrinal. Cf. BRITO CORREIA, *ob.cit.*, MENEZES CORDEIRO, *ob.cit.*, FERRER CORREIA, *ob.cit.*, COUTINHO DE ABREU, *ob.cit.*, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *ob.cit.*

²² MENEZES CORDEIRO, *ob.cit.*, 485 e na *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais* (1997), referindo mesmo que os deveres aí consagrados não são normas de conduta e apenas com apelo a outras regras poderão desembocar em responsabilidade.

²³ In *Anotação ao Acórdão do Tribunal Arbitral de 31 de Março de 1993*, RLJ 126 (1994), 315, referindo que “preceito bastante genérico e impreciso, mais retórico que realista destinado a definir o grau de diligência exigível dos responsáveis pela gestão da sociedade, capaz de interessar ao requisito culpa, não afasta o requisito de ilicitude requerida da conduta desses agentes para que, como mandatários da sociedade ou equiparados, respondam civilmente perante ela pelos danos provenientes dos seus actos”, que não obstante esta posição abre um frecha para a consideração do artigo 64.º como fonte de ilicitude.

²⁴ *Sociedade por quotas*, vol. III (1991), 148: “Pela epígrafe do artigo 64.º parece que o legislador tomou como autónomo o dever de diligência, colocado no mesmo plano de qualquer outros deveres dos gerentes. Isto é tecnicamente incorrecto: a diligência exigida neste artigo é um critério vinculativo para a apreciação da conduta do gerente no cumprimento de todos os outros deveres”.

²⁵ Que considera que o artigo 64.º tem a ver exclusivamente com a culpa, *ob.cit.*, 596 e RAÚL VENTURA e BRITO CORREIA, *ob.cit.*, 95 e ss..

²⁶ Cf. *ob.cit.*, 35 que defende que, além do artigo 64.º conter uma concretização de ilicitude e de culpa, prevê uma situação de responsabilidade.

Maria Elisabete Gomes Ramos²⁷, e ainda João Soares da Silva²⁸. A querela parece estar ultrapassada com a previsão expressa dos deveres de cuidado e de lealdade, que, configurando deveres legais dos administradores, sempre que violados acarretarão responsabilidade civil nos termos dos artigos 72.º e ss. do CSC. Mesmo perante a redacção anterior do artigo, o padrão da diligência de um gestor criterioso e ordenado, quando violado, era susceptível de fundar a responsabilidade. É esta a tese defendida pela doutrina alemã – e a lei alemã foi a fonte de inspiração do artigo 64.º –, entendendo-se que “o critério de diligência de um gestor ordenado e criterioso representa não só um critério de culpa padronizado para o membro do Vorstand, como também um critério objectivo constitutivo de deveres materiais cuja violação determina responsabilidade”²⁹. Ora, se o artigo 64.º tem tradição germânica deve remeter-se para a fonte a explicitação do seu conteúdo e consequências. No mesmo sentido se inclina a doutrina espanhola³⁰ e italiana³¹.

²⁷ *Responsabilidade civil dos administradores e directores de sociedades anónimas perante os credores sociais* (2002), 87: “a diligência assume-se com um critério de responsabilidade, pois apresenta um padrão para aferir a conduta do administrador ou director”.

²⁸ *Responsabilidade civil dos administradores de sociedade: os deveres gerais e a corporate governance*, ROA (1997), 615: “será difícil deixar de reconhecer que o artigo 64.º – sem embargo de conter um critério de comportamento válido do administrador para o conjunto dos seus deveres – conterà também um fonte autónoma de determinação da conduta devida, susceptível de ser autonomamente violado, e por isso, fonte autónoma também de responsabilidade civil”.

²⁹ Hefermehl e Huffer, citados por MARIA ELISABETE RAMOS, ob.cit., 82.

³⁰ Acerca do artigo 133 da Ley das Sociedades Anónimas Española, RAFAEL MATEU DE RÓS CEREZO, *La Ley de Transparencia de las Sociedades Anónimas Cotizadas* (2004): “El nuevo apartado 1 del artículo 133 LSA refiere la responsabilidad de los administradores no solo a los actos (...) sino también a las omisiones (...) y establece que la responsabilidad derivará no solo de los contrarios a ley e a los estatutos o por los efectuados “sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo (...) sino también por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo”.

³¹ Sobre o artigo 2392 do C.C., antes da reforma de 2003, ANTONIO RAPAZZO e GIUSEPPE RAPAZZO, *Le irregolarità degli amministratori nelle società per azioni* (2001), 8: “la violazione dei suoi obblighi di diligenza e di fedeltà espone l’amministratore all’azione di responsabilità sociale esercitabile dalla società”. Assim também FRANCO BONELLI, ob.cit., 160: “per affermare la responsabilità degli amministratori, deve applicare i “principi generali che regala gli inadempimenti contrattuali” e pertanto deve accertare – como del resto emerge dall’art. 2392 c.c.: a) se gli amministratori abbiano adempiuto con diligenza gli obblighi ad essi imposti dalla legge e dall’atto costitutivo”. Depois da reforma, FRANCO BONELLI, *Amministratori di S.P.A., dopo la riforma delle società* (2004), 179.

3. Os deveres de cuidado

3.1. A previsão legal e a exigência da “disponibilidade, competência técnica e conhecimento da actividade da sociedade adequados às suas funções”

A introdução dos deveres de cuidado deveu-se, essencialmente, à tradição anglo-saxónica do apelidado “*duty of care*”, previsto nos “*Principles of Corporate Governance*”³², onde a actuação dos administradores aparece sob a cláusula geral de actuação com a diligência requerida para o exercício das suas funções³³.

O dever de cuidado, na redacção anterior do artigo 64.º, reconduzia-se, portanto, à exigência da diligência de um gestor criterioso e ordenado.

Não obstante, no processo de consulta pública da Reforma do Código das Sociedades Comerciais, a CMVM não ter previsto expressamente a autonomização dos deveres de cuidado³⁴, acabaram por ser consagrados na nova redacção, alicerçados à referência germânica do gestor criterioso e ordenado.

Perante esta inovação, o CSC acaba por ampliar os deveres que são impostos aos administradores (gerentes e também, face ao n.º 2 do artigo 64.º, aos órgãos sociais com funções de fiscalização). Todavia, acaba por reconduzir os deveres de cuidado à disponibilidade, competência técnica e conhecimento da actividade da sociedade adequados às suas funções³⁵, no pressuposto que a acti-

³² *Principles of Corporate Governance*, American Law Institute: analysis and recommendations”, vol. I, Maio de 1992, parte IV. Além das vertentes que são desenvolvidas, prevê-se o padrão geral da actuação dos “*director’s and officer’s*”: “*a director or officer has a duty to the corporate to perform the director’s or officer’s functions in good faith, in a manner than he or she resoably believes to be in the best interests of the corporation, and whit a care that an ordinarily prudent person would reasonably be expected to exercise in a like podition and under similar circumstances*”.

³³ A veste principal dos deveres de cuidado no direito anglo-saxónico é precisamente a exigência de uma razoável diligência da actuação dos administradores, à qual, já em 1792, apelava a decisão do Chanceler Inglês no “*The Charitable Company v. Sutton*”, e, nos Estados Unidos, em casos como “*Godbold v. Branch Bank*, 11 Ala. 191 de 1947. WILLIAM T. ALLEN, “*The corporate Director’s Fiduciary Duty of care and the Business Judgement Rule, under U.S. Corporate Law*” in “*Comparative Corporate Governance – The State of the Art and Emerging Research*” (1998), 316, American Law Institute, ob.cit., Na Alemanha, o dever de cuidado reconduz-se igualmente ao dever de actuar com diligência, bem como na Itália. PEDRO CAETANO NUNES, ob.cit., 26 e ss.

³⁴ Referindo apenas que “*Com efeito, os deveres de diligência (duties of care) – que 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 – devem ser complementados pela explícita alusão aos deveres de lealdade dos administradores*”, cf. Processo de consulta pública 1/2006, disponível em www.oroc.pt/fotos/editor2/proposta_alter_csc.pdf.

³⁵ Para COUTINHO DE ABREU, o dever de cuidado exige concretizações ou precisões – *Reforma*

vidade de administração comporta vários níveis de actuação, de acordo com o modelo de governação que a sociedade adoptar nos termos do artigo 278.º do CSC, que passa pela diferenciação dos poderes-deveres dirigidos aos administradores em geral e dos que são conferidos aos administradores delegados, administradores que constituam a comissão executiva e a comissão de auditoria, nos termos dos artigos 407.º e 423.º-B, ambos do CSC.

A expressão que assume maior importância – uma vez que a disponibilidade e o conhecimento da actividade da sociedade são naturalmente inerentes à actividade de administrar – é a referência à “*competência técnica*” que exprime claramente e reforça a ideia de profissionalização da qualidade de administrador.

Com o desenvolvimento crescente das sociedades anónimas e a importância fulcral dos administradores na condução do destino das mesmas, que se reflecte no crescimento e no desenvolvimento económico, impõe-se que os administradores possuam capacidades técnicas, que sejam capazes de responder aos desafios actuais e futuros da sociedade que administram. Os próprios sócios quando decidem pela designação de um administrador, nos termos do disposto nos artigos 391.º, 423.º e 425.º do CSC, optam as mais das vezes, principalmente nas grandes sociedades anónimas cotadas em bolsa, por uma pessoa que, não sendo necessariamente sócio (artigo 390.º, n.º 3), detém, além de um título académico, qualidades que possam dar resposta a todos os desafios da sociedade³⁶, mormente a experiência profissional³⁷. Poderá suceder que um administrador, no momento da sua designação não possua capacidades técnicas bastantes, mas, face à redacção da alínea *a*) do n.º 1 do artigo 64.º, exige-

do Código das Sociedades, IDET, Colóquios n.º 3, 2007, 19 e ss. MENEZES CORDEIRO, ult. ob.cit., 479, defende que estas concretizações do dever de cuidado “*acompanham a actuação do administrador, prevenindo situações de negligência*”.

³⁶ A título de exemplo, o Grupo Sonae, constituído por um Conselho de Administração e uma Comissão Executiva, é administrado por engenheiros e economistas, entre outros. O mesmo se passa com o Grupo PT, que apresenta a mesma estrutura de governação.

³⁷ A referência norte-americana de exigência de uma pessoa prudente quererá significar que o administrador terá que deter uma diligência superior, própria do sector comercial ou empresarial. Neste sentido GUILLERMO GUERRA MARTÍN, ob.cit.. Na Itália discute-se se o dever de diligência se poderá reconduzir ao conceito de profissionalidade ou ao conceito de “bom pai de família”, conceitos previstos no artigo 1176.º do CC. PEDRO CAETANO NUNES, ob.cit., 29. FRANCO BONELLI defende particularmente que o padrão que se aplica no artigo 2392.º do CC é o critério da diligência de “*buon padre di famiglia*”. Todavia, considera que se trata de um critério geral e objectivo (e até severo) que significa a diligência devida a um administrador naquela circunstância, ob.cit., 175 e ss.

se que, no desenrolar da sua condição de administrador, adquirira essas qualidades. Não que a capacidade técnica esteja alicerçada intrinsecamente à excelência de uma administração e conseqüente sucesso empresarial, mas pelo menos é indicativo disso. Se antes não se exigia qualquer competência técnica, agora o artigo 64.º não deixa qualquer margem para dúvidas. Mas será exigível uma habilitação específica, académica? Em princípio não. O legislador apenas fala em capacidade e esta pode adquirir-se com uma especialização *a posteriori* ou mesmo com a experiência adquirida. Poderá suceder que o administrador não consiga, em tempo útil, adquirir formação específica para lidar com as matérias de gestão, mas sempre poderá recorrer a ajuda de um perito entendido na matéria³⁸, e, se assim não proceder, deverá renunciar ao cargo, sob pena de conduta negligente e conseqüente responsabilidade ou destituição. Mas no sistema de estrutura monística – artigo 278.º, n.º 1, alínea c) – a Comissão de Auditoria, nos termos do disposto no artigo 423.º-B, n.º 4 – sociedades cotadas em bolsa – terá que ser constituída, pelo menos, por um administrador que possua um curso superior adequado ao exercício das suas funções e conhecimentos em auditoria ou contabilidade.

Mesmo a redacção anterior do artigo 64.º já incutia a ideia de profissionalidade dos administradores, uma vez que a expressão “*gestor criterioso e ordenado*” expressava, já, uma ideia de especialização e competência profissional³⁹.

3.2. *As vertentes do dever de cuidado e o critério da “diligência de um gestor criterioso e ordenado”*

Os deveres de cuidado surgem reconduzidos no artigo 64.º, n.º 1, alínea a), do CSC, à disponibilidade, competência técnica e conhecimento da actividade da sociedade. A CMVM, aquando da reforma do CSC, poderia ter aproveitado

³⁸ Já neste sentido se entendia face à redacção anterior do artigo 64.º. MARIA ELISABETE RAMOS, ult. ob.cit., 95.

³⁹ BRITO CORREIA e RAÚL VENTURA, já em 1970, ob.cit., 97, defendiam que os administradores deveriam ter as “*habilitações requeridas pelas sociedades que gerem*” na esteira do pensamento alemão. Neste sentido, MARIA ELISABETE RAMOS, ult. ob.cit., 83. MENEZES CORDEIRO, ob.cit., na nota 4, 727. E COUTINHO DE ABREU e ELISABETE RAMOS, ob.cit., 26, defendendo que “*como uma determinada habilitação poderá favorecer (pelo menos teoricamente) a boa gestão social, reforça o investimento, constituir uma garantia de prestígio e fiabilidade da sociedade no mercado, o regime jurídico de determinadas sociedades impõe requisitos de honorabilidade, de profissionalização e de capacidade técnica.*”

a previsão dos deveres de cuidado e tê-los concretizado especificamente tendo em consideração a sua origem no direito anglo-saxónico.

O dever de cuidado (na esteira do “*duty of care*”) é, doutrinadamente, subdividido em quatro deveres⁴⁰: o dever de vigilância e de controlo da actividade da sociedade⁴¹ (“*duty of monitor*”) que impõe que o administrador esteja sempre atento às flutuações da rentabilidade da empresa, controle os recursos humanos e, no caso de sociedades anónimas cotadas em bolsa, estar atento ao mercado de valores mobiliários, sendo um exemplo deste dever de vigilância aquele que recai sobre os administradores não delegados face aos delegados e a uma eventual comissão executiva, nos termos previstos no artigo 407.º, n.º 8, devendo aqueles zelar pelo cumprimento dos deveres que sobre estes impendem⁴² e também o dever que recai sobre os membros da Comissão de Auditoria, nos termos do artigo 423.º-F; dever de investigar e aferir a fiabilidade das informações (“*duty of inquiry*”) que obriga o administrador a obter as informações correctas e a analisar escrupulosamente a sua veracidade e os riscos que as mesmas comportam (até a nível financeiro); o dever de, no processo de tomada de decisões, comportar-se razoavelmente e obter informação suficiente e razoável para que tome uma decisão acertada (“*reasonable decision-making process*”); e o dever de tomar e executar decisões razoáveis, equitativas e ponderadas (“*reasonable decision*”), até porque o administrador se encontra ao comando da sociedade e as suas decisões poderão reflectir-se na rentabilidade da mesma (no maior ou menor lucro)⁴³.

⁴⁰ Neste sentido MARIA ELISABETE RAMOS, ob.cit., PEDRO CAETANO NUNES, ob.cit., e *Responsabilidade civil dos administradores perante os accionistas* (2001), MENEZES CORDEIRO, *Os deveres fundamentais* cit., JOÃO SOARES DA SILVA, ob.cit., 623. Assim também, em Espanha, GUILHERMO GUERRA MARTIN, ob.cit., RAFAEL MATEUS DE RÓS CEREZO, ob.cit., 36, e ELENA F. PÉREZ CARRILLO, *La administración de la sociedad anónima. Obligaciones, responsabilidad e aseguramiento* (1999), 96.

⁴¹ Ou dever de vigilância organizativo-funcional, nas palavras de COUTINHO DE ABREU, no congresso referenciado em nota 36. Em França também se entende que os administradores estão obrigados a deveres de vigilância: PHILLIPPE MERLE, *Droit Commercial, Sociétés commerciales* (2003), 435, onde se encontra publicado «La charte de l'administrateur de Suez» e a deveres de comunicar as informações relevantes conforme se encontra previsto na redacção implementada pela Loi n.º 2003-706 du 1 août 2003 artigo 128 Journal Officiel du 2 août 2003 do artigo 225-35 do Code de Commerce («*Le président ou le directeur général de la société est tenu de communiquer à chaque administrateur tous les documents et informations nécessaires à l'accomplissement de sa mission.*»).

⁴² Também neste sentido em França, a responsabilidade por “*faute de gestion*” recai igualmente sobre o “*directeur general*” e os “*directeurs généraux délégués*”, PHILLIPPE MERLE, ob.cit., 472.

⁴³ COUTINHO DE ABREU, ob. cit. nota 35, defende que está aqui incluído o dever de não dissipar o património através da compra de uma patente inútil, não comprar participações sociais sem valor particularmente nenhum, e o dever de evitar riscos desmedidos (ideia colhida na Alema-

A estes deveres de cuidado deverá o administrador empregar a diligência de um gestor criterioso e ordenado. Esta acaba por surgir consumida por aqueles deveres, até porque, tendo o artigo 64.º do CSC sido inspirado na lei alemã – cuja formulação aparecia sob a veste de “gestor ordenado e consciencioso”, previsto expressamente no *Aktiengesetz* de 1937, § 84 e posteriormente no *Aktiengesetz* de 1967, § 93⁴⁴ –, aquando da elaboração do CSC, o termo “sorgfalt” (cuidado) foi traduzido para diligência. Assim, pelo menos, o termo diligência poderia ter desaparecido do preceito, ficando apenas a referência ao gestor criterioso e ordenado⁴⁵.

Tradicionalmente⁴⁶, a bitola da diligência de um gestor criterioso e ordenado⁴⁷ significa que o administrador, no exercício das suas funções, deve usar um certo grau de esforço (tensão de vontade) no sentido de descobrir os actos adequados à realização do fim imposto.

Defende-se que tal critério, não sendo um critério objectivo, não se reconduz ao tradicional padrão do “*bom pai de família*”, subjacente ao princípio geral da boa fé⁴⁸, mas sim a um padrão bem mais rigoroso: um gerente criterioso e ordenado⁴⁹.

nha, nos termos da qual a sociedade não deve perecer por uma decisão falhada) e de prever sempre um desenlace como uma hipotética, mas possível, insolvência.

⁴⁴ A sua formulação é a seguinte “(1) *Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden*”, *Aktiengesetz* de 1965 disponível no site <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/aktg/gesamt.pdf>

⁴⁵ Numa formulação deste tipo “*deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade adequados às suas funções como é devido a um gestor criterioso e ordenado*”. MENEZES CORDEIRO, *Os deveres fundamentais* cit., defende que a bitola da diligência de um gestor criterioso e ordenado parece confinada apenas aos deveres de cuidado quando antes se reportava a todos os deveres. Parece, todavia, que as alíneas do artigo 64.º não são normas estanques, autónomas no que diz respeito à actuação do administrador. Como é evidente o administrador que cumpra o dever de lealdade está igualmente a agir como um gestor criterioso e ordenado.

⁴⁶ BRITO CORREIA e RAÚL VENTURA, ob.cit., 95 e MENEZES CORDEIRO, *Os deveres fundamentais* cit., que considera que a diligência equivale ao “*esforço exigível para determinar e executar a conduta que integra o cumprimento de um dever.*”

⁴⁷ Para FRANCO BONELLI, ob.cit., 173, no ordenamento jurídico italiano os administradores considerados como mandatários da sociedade devem agir com a diligência de um bom pai de família, como resulta dos artigos 2392, 1710 e 1176 do C.C. Na LSA espanhola deverá agir “*com la diligencia de un ordenado empresario*”, de acordo com o artigo 127: RAFAEL MATEU RÓS CEREZO, ob.cit.. No direito norte-americano, nos *Principles of Corporate Governance*, American Law Institute, ob.cit., a diligência é a exigida a uma pessoa prudente naquelas circunstâncias.

⁴⁸ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, II (1997), 3, acerca do princípio da boa fé no cumprimento das obrigações, artigo 762.º do CC, defendem que boa fé “*não significa*

Crerioso e ordenado são duas qualidades objectivas e gerais que convocam ideias como profissionalidade, responsabilidade, consciência e prudência na tomada de decisões, qualidades que estão já elencadas nos deveres de cuidado já referidos.

Por fim, adoptando uma “*perspectiva funcional de diligência*”⁵⁰, pode considerar-se que os deveres de cuidado estão correlacionados com o interesse social a prosseguir pelos administradores. Os administradores deverão, no exercício da sua actividade, tender para a prossecução do fim do contrato de sociedade, através da qual o interesse social será cabalmente realizado. Não obstante esta consideração, os deveres de cuidado, além de se dirigirem à satisfação do interesse social, dirigem-se, também, a terceiros, sob pena de responsabilidade dos administradores nos termos dos artigos 78.º e 79.º.

3.3. *A fronteira do descuido: a business judgement rule*

No processo de tomada de decisões razoáveis e na produção de uma decisão prudente, equitativa e adequada – vertentes do dever de cuidado – está subjacente a ideia do risco da empresa, que deverá reportar-se objectivo, independente da actuação dos administradores⁵¹.

A doutrina⁵² considera que a obrigação do administrador para com a sociedade constitui uma obrigação de meios e não de resultados, pela qual lhe é exigido um comportamento em conformidade com o dever de cuidado.

A atitude do administrador, em estrito cumprimento do dever de cuidado, deve ser uma atitude de “*aversão ao risco desproporcionado*”, mas limitado a este, pois a própria qualidade de administrador e a actividade de administrar comportam em si riscos –, segundo a qual o “*desagrado pela perda de um montante de rendimento é maior que o prazer de ganhar a mesma quantidade de rendimento*”⁵³.

actuar com a lealdade exemplar de um perfeito homem de bem, nem muito menos proceder com a santidade do bom samaritano da parábola evangélica. Proceder com boa fé quer antes apontar para o dever social de agir com lealdade, a correcção, a diligência e a lisura exigíveis das pessoas, conforme as circunstancias das pessoas”.

⁴⁹ RAÚL VENTURA, ob.cit., 149, MARIA ELISABETE RAMOS, ob.cit., 83.

⁵⁰ MARIA ELISABETE RAMOS, ult. ob.cit., 85.

⁵¹ MARIA ELISABETE RAMOS, ult. ob.cit., 92.

⁵² Neste sentido, GUILHERME GUERRA MARTÍN, *El gobierno de las sociedades cotizadas estadounidenses, Su influencia en el desenvolvimiento de reforma del derecho europeo* (2003), defende que o modelo de diligência não impõe uma obrigação de resultados, consequências da sua actuação, mas sim uma obrigação de meios, referida ao modo como deve exercer as suas funções. Assim também GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização de sociedades e responsabilidade civil* (2006), 46.

⁵³ Na esteira do economista SAMUELSON NORDEDHAUS, *Economia*, 16.º ed. (1999), 193.

Mas, no desenrolar de um processo decisório ponderado e razoável, ainda assim, há riscos que não se encontram no âmbito da vontade do administrador, que ocorrem externamente e que, por facto que não lhe é imputável, não consegue dominar, reflectindo-se negativamente nas decisões tomadas *a final*. Tal significaria, objectivamente, uma decisão inadequada e, conseqüentemente, a violação do dever de cuidado.

Face à injustiça operada por uma tal consequência – o administrador, não obstante ter procedido em conformidade com os deveres de cuidado, acaba por tomar uma decisão nefasta para a sociedade pela qual terá que responder civilmente –, e precisamente porque a obrigação do administrador perante a sociedade é uma obrigação de meios e não de resultados, se estabeleceu nos *Principles of Corporate Governance*⁵⁴ a “*business judgement rule*”⁵⁵, como forma de limitação da responsabilidade dos administradores, vedando ao julgador a possibilidade de sindicar o mérito da decisão sob determinados pressupostos. A “*business judgement rule*” configura-se como norma de protecção⁵⁶ dos administradores contra os riscos inerentes ao insucesso inevitável de determinadas decisões, como forma de acautelar o risco da inovação e da actividade objecto da sociedade⁵⁷, beneficiando o administrador de uma margem de discricionariedade no exercício das suas competências.

Evita-se que os tribunais analisem decisões tomadas em determinadas circunstâncias que, uma vez sujeitas à erosão do tempo, poderão ter-se modificado, decisões que no momento da sua tomada se anteviam razoáveis e bené-

⁵⁴ Não obstante a norma só estar positivada desde 1992, a mesma decorreu, em 1945, do caso *Otis & Co. v. Pennsylvania R. Co.*, 61 F. Supp. 905 (D.C. Pa. 1945), onde se decidiu que o erro ou os erros no exercício do julgamento honesto do negócio não sujeitam os directores à responsabilidade (informação disponível em <http://www.answers.com/topic/business-judgement-rule>). Mais tarde, no caso *Aronson v. Lewis* (Supremo Tribunal de Delaware 1984), o juiz considerou que a *business judgement rule* constitui uma presunção de que o administrador, ao tomar a decisão empresarial, agiu de boa fé considerando honestamente a decisão como benéfica para os interesses da sociedade. GUILLERMO GUERRA MARTIN, ob.cit.

⁵⁵ Inserida na Secção 4.01, relativa ao “*duty of care*”, alínea c), que se transcreve: “*A director or officer who makes a business judgement in good faith fulfills the duty under this section if a director or officer: (1) is not interested in the subject of the business judgement; (2) is informed with respect to the subject of the business judgement to the extent the director or officer reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and (3) rationally believes that the business judgement is in the best interests of the corporation.*” American Law Institute, ob.cit.

⁵⁶ JOÃO SOARES DA SILVA, ob.cit., 624, refere que esta regra “*pretende evitar que as decisões tomadas pelo administrador possam ser substituídas por opiniões de juízes tomadas a posteriori*”.

⁵⁷ Esta é a razão apresentada pelo próprio American Law Institute, ob. cit.

ficas e que no momento da sua apreciação já não o sejam, revelando-se, *a posteriori*, consequências e resultados nefastos⁵⁸.

Face à redacção da “*business judgement rule*” norte-americana⁵⁹, a decisão do administrador é insindacável, excluindo a sua responsabilidade, sempre que se verificarem os seguintes requisitos: a) o administrador ter agido de boa fé, b) não ter qualquer interesse na questão subjacente à decisão, c) ter-se informado convenientemente sobre a decisão a tomar e d) acreditar racionalmente que a decisão é a que melhor protege o interesse da sociedade (o interesse social).

Esta regra, conforme resulta da própria redacção, está vocacionada para a exclusão da responsabilidade quando está em jogo o dever de cuidado – e não o dever de lealdade, pois este será sempre violado se o administrador não agir em prol do interesse da sociedade⁶⁰ – mormente no que concerne ao processo decisório e à decisão em si mesma.

Vários ordenamentos jurídicos⁶¹ acolheram a regra da “*business judgement rule*” do direito norte-americano, como sucedeu entre nós com reforma do CSC⁶². A norma encontra-se prevista no artigo 72.º, n.º 2, do CSC: se o administrador actuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e

⁵⁸ GUILHERMO GUERRA MARTIN, *ob.cit.*, e PEDRO CAETANO NUNES, *ob.cit.*, apresentam outros argumentos que justificam a previsão de uma regra deste tipo.

⁵⁹ Que rejeitou a ideia de racionalidade empresarial. Neste sentido, The American Law Institute, *ob.cit.*, 180.

⁶⁰ É este o entendimento da doutrina portuguesa e estrangeira: PEDRO CAETANO NUNES, *ob.cit.*, 23, MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *ob.cit.*, 679, RICARDO COSTA, *ob.cit.* nota 35, sob o tema *Responsabilidade dos Administradores e business judgement rule* e GUILLERMO GUERRA MARTIN, *ob.cit.*.

⁶¹ A “*business judgement rule*” encontra-se consagrada, desde 22 de Setembro de 2005 por influência norte-americana, no ordenamento jurídico alemão no § 93/I, n.º 2, do AktG. Não obstante não se encontrar expressamente consagrada no Direito italiano a doutrina (nomeadamente FRANCO BONELLI e ALESSANDRO ARRIGANI) defende a sua aplicação, uma vez que a referência ao bom pai de família e a inexigibilidade da perícia tem como fundamento a limitação da responsabilidade por erros de gestão. PEDRO CAETANO NUNES, *ob.cit.*, 26. Também neste sentido se pronuncia o próprio FRANCO BONELLI, *ult. ob.cit.*, 183 e ss.

⁶² No processo de consulta pública da reforma do Código das Sociedades Comerciais a CMVM considerou fulcral a previsão da “*business judgement rule*”: “Qualquer reforma legislativa actual sobre a posição jurídica do administrador deve implicar uma tomada de posição sobre a consagração da chamada *business judgement rule*, de inspiração norte-americana. Como é sabido, estabelece-se aí uma presunção de licitude da conduta em favor dos administradores. Desde que reunidos certos pressupostos, designadamente a ausência de conflito de interesses e um adequado esforço informativo, o juiz abster-se-á de aferir do mérito da actuação do administrador. Visa-se, assim potenciar (ou não restringir) o sentido empresarial e empreendedor de actuação dos administradores.”

segundo critérios de razoabilidade empresarial⁶³, a responsabilidade será excluída e a sua decisão não será sindicada pelo julgador.

Desde que o administrador actue diligentemente como um gestor criterioso e ordenado, no processo decisório, no sentido de se informar, por si mesmo ou recorrendo até a peritos especializados na matéria, acerca das potencialidades e riscos da decisão, de forma a não ferir o interesse social, e convicto de que aquela decisão é racional e adequada, mesmo que posteriormente ela se venha a revelar incapaz de responder aos anseios e projectos da sociedade, a decisão não será aferida pelo julgador e a responsabilidade será excluída. Desenha-se, assim, o limite máximo do dever de cuidado dos administradores para com a sociedade.

4. *Os deveres de lealdade*

4.1. *Noção*

A relação que o administrador estabelece com a sociedade é caracterizada pela doutrina⁶⁴ como uma relação fiduciária: a sociedade quando designa um administrador acaba por colocar nas suas mãos o património da sociedade e tudo o que daí advém – administração e representação – pressupondo que o administrador cumprirá fielmente as funções para as quais foi designado, actuando em nome do interesse social. A base da relação entre a sociedade e o administrador é, portanto, a confiança.

⁶³ Cujo âmbito deve ser indagado segundo critérios de gestão empresarial, e no momento de averiguar tal pressuposto o julgador poderá recorrer a peritos na matéria.

⁶⁴ Neste sentido, PEDRO CAETANO NUNES, ob.cit., 89, MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, ob.cit., 680, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, ob.cit., 50. Assim também, em Espanha, PEDRO PORTELLANO DIEZ, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles e oportunidades de negocio* (1996), 22, GUILLERMO GUERRA MARTIN, ob.cit., JESUS QUIJANO GONZALES e VICENTE RIVERA, *Los deberes fiduciários de diligéncia y lealdade, En particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas*, in *Derecho de Sociedades Anónimas Cotizadas*, cap. 20, tomo II (2006), defendem que além do dever de fidelidade também o dever de diligéncia releva para qualificar a relação entre o administrador e a sociedade como fiduciária. Também no direito anglo-saxónico os “duty of care” e “duty of loyalty” são considerados “fiduciary duties”: WILLIAM T. ALLEN, *The corporate Director’s Fiduciary Duty of care and the Business Judgement Rule, under U.S. Corporate Law*, in *Comparative Corporate Governance – The State of the Art and Emerging Research*, Oxford, 1998, 329.

Aquando da feitura do Código das Sociedades Comerciais, o legislador entendeu não autonomizar o dever de lealdade face ao dever de diligência de um gestor criterioso e ordenado, assente na ideia de que não se divisaria como poderia um administrador ser criterioso e ordenado sem prosseguir o interesse social⁶⁵. O dever de lealdade decorreria do próprio texto do artigo 64.º. Nos Princípios da OCDE sobre o Governo das Sociedades, de 1999, aparece sob a veste do cumprimento do princípio geral da boa fé: “A. Os membros do órgão de administração devem agir com base em informações completas, de boa fé, com a devida diligência e cuidado e no melhor interesse da empresa e dos seus accionistas. C. O órgão de administração deve aplicar elevados padrões éticos. (...)”⁶⁶. Em decorrência destes princípios, a CMVM formulou em 1999 uma Recomendação pela qual se exigia que o órgão de administração agisse em conformidade com o dever de lealdade⁶⁷.

O dever de lealdade é, por vezes, conotado como uma regra de conduta ética⁶⁸ tendente a evitar conflitos de interesses⁶⁹, o que levou à criação, no seio

⁶⁵ RAÚL VENTURA, ob.cit., 150, refere que “Na doutrina estrangeira aparecem referências a um dever de lealdade, pelo qual a empresa deveria ser dirigida de modo a prosseguir ou pelo menos a ter em vista o interesse da sociedade. É uma das facetas do dever geral de diligência na gestão, mas parecia desnecessário autonomiza-la, uma vez que não seria gestor criterioso e ordenado da sociedade aquele que a gerisse para fim diverso do interesse da própria sociedade”.

⁶⁶ Princípios inicialmente formulados em 1999 e cuja redacção actual é de 2004. Na explicitação de cada princípio, a OCDE refere que o princípio consagrado envolve o dever de diligência e de lealdade e a adopção de padrões éticos “*reverte em benefício da empresa, não apenas no seu funcionamento mas também em relação a compromissos a longo prazo*”. Princípios da OCDE sobre o governo das sociedades disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd/1/42/33931148.pdf>.

⁶⁷ A redacção é a seguinte: “*É recomendável o estabelecimento, ao nível da organização interna da sociedade, de regras específicas vocacionadas para regularem situações de conflito de interesses entre os membros do órgão de administração e a sociedade, bem como as principais obrigações resultantes dos deveres de diligência, lealdade e confidencialidade dos membros do órgão de administração, nomeadamente no que toca à prevenção da utilização indevida de oportunidades negociais e de bens societários*” – disponível em www.cmvm.pt/NR/exeres/B9EB5173-03E4-46F7-A49F-301A61AB4E5A.htm.

⁶⁸ JESUS QUIJANO GONZÁLES, ob.cit., configura o dever de lealdade como “*mínimo ético*”. A ética é muitas das vezes confundida com a moral, sendo certo que a primeira poderá reconduzir-se à dimensão pessoal da acção, mostrando o “*modo como agir surge da própria interioridade da pessoa que age, sendo a fidelidade ao centro pessoal do qual a acção emana*”, e a segunda às “*ações praticadas com hábito e aos costumes em geral, pela qual a acção é ainda exterior ao sujeito*”, por ISABEL CARMELO ROSA RENAUD e MICHEL RENAUD, Logos Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia, vol. 3, 960.

⁶⁹ Segundo JOSÉ MANUEL MOREIRA, *A contas com a ética empresarial*, Princípios, Cascais, 1999, acp. 5, a razão subjacente à criação de códigos ético de boa conduta é precisamente a resolução de conflitos de interesses.

interno de sociedades anónimas, de códigos de boa conduta ou códigos de ética⁷⁰.

Mesmo que assim se entendesse, uma vez que o legislador⁷¹, na Reforma do Código das Sociedades Comerciais, decidiu autonomizar o dever de lealdade que impende sobre o administrador, na esteira de vária legislação estrangeira⁷², deixou o mesmo de se configurar como regra ética para se transformar num verdadeiro dever jurídico.

Não falta na doutrina quem, na esteira do direito alemão⁷³, reconduza o dever de lealdade dos administradores ao princípio geral da boa fé que decorre do artigo 762.º, n.º 2, do Código Civil, significando o “*dever de agir com lisura e correção*”⁷⁴, tendo como fonte a relação especial que se entretetece entre as partes e que é variável conforme as circunstâncias,

Naturalmente que o administrador, devendo actuar com lealdade para com os sócios que são os verdadeiros “donos” da sociedade e que o designaram para zelar pelo seu bom funcionamento, terá também que agir com boa fé. Todavia,

⁷⁰ A Portugal Telecom tem um código de ética disponível em <http://www.telecom.pt/NR/rdonlyres/>. A este propósito, fala-se muito de ética empresarial como conjunto de obrigações morais da sociedade anónima, estritamente ligada com a questão da responsabilidade social da empresa. Ver ANTÓNIO M. ARROYO RODRIGUES, *Ética de la empresa*, in Icade, Revista de las Facultades de Derecho e Ciências económicas e empresariales, n.º 47, Madrid, Maio-Agosto de 1999.

⁷¹ A CMVM no processo de consulta pública acaba por constatar que o dever de lealdade não é um dever novo e a sua previsão apenas tem como objectivo “*explicitar deveres preexistentes, contribuindo dessa maneira, de um lado, para uma compreensão mais nítida do papel de cada actor societário, reforçando a responsabilização (accountability) de cada um, e, de outro lado, para facilitar as decisões judiciais que venham a ser proferidas neste âmbito*”.

⁷² Em Espanha, o artigo 127 da LSA dispõe mesmo que “*los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal*”. Também no direito norte-americano o dever de lealdade está previsto nos Principles of Corporate Governance, como “*duty of loyalty*” ou “*duty of fair dealing*”, respeitando, o primeiro, a conflitos de interesses pecuniários e não pecuniários, e, o segundo, apenas conflitos de interesses pecuniários. American Law Institute, ob.cit., Acerca do direito alemão, PEDRO CAETANO NUNES, ob.cit., 73 e COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial, II, Das Sociedades* (2002), 307.

⁷³ Neste sentido, PEDRO CAETANO NUNES, ob.cit., 87, mencionando que, no Direito alemão, a actuação dos directores está adstrita a um dever de lealdade que é um dever acessório de conduta decorrente do principio da boa fé. Assim também MENEZES CORDEIRO, ult. ob.cit., 476, AGOSTINHO MACHADO, *Os deveres dos gerentes e administradores das sociedades comerciais e corporate governance* (2005), 138. Quanto ao dever de lealdade dos sócios, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social nas sociedades comerciais* (2006), 312.

⁷⁴ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, ob.cit., 3.

a boa fé⁷⁵ acaba por ser um padrão de comportamento a observar em todas as relações, contratuais e extracontratuais, nas quais não se verifica qualquer relação fiduciária entre as partes, e portanto, abarca qualquer relação que os administradores, como representantes da sociedade, estabeleçam com terceiros. É a especial relação de confiança, de *fiducia*, e não a boa fé, que justifica o dever de lealdade na relação de administração.

Os administradores são designados para uma actividade, a de administrar, que implica a prossecução do fim que subjaz ao contrato de sociedade celebrado entre os sócios. É precisamente essa a razão da imposição de um dever de lealdade. Os administradores, nos termos da relação de administração estabelecida com a sociedade, servem o interesse social e a ele⁷⁶ devem obediência. Na esteira do pensamento de Coutinho de Abreu acerca do fundamento do dever de lealdade dos sócios, o fundamento do dever de lealdade dos administradores decorre, igualmente, da “*natureza da sociedade enquanto instrumento para a consecução de determinado fim ou a satisfação de interesses sociais*”⁷⁷, acrescentando, todavia, que a vinculação dos administradores ao dever de lealdade se funda directamente na relação jurídica de administração estabelecida com a sociedade e já não na relação de sociedade estabelecida entre os sócios⁷⁸.

4.2. Manifestações do dever de lealdade

O dever de lealdade previsto no artigo 64.º, n.º 1, alínea b), surge conectado com a prossecução do interesse social⁷⁹.

⁷⁵ Para mais desenvolvimentos acerca da boa fé, ver ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito civil* (1984, 2.ª reimp., 1997) e MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Téoria da confiança e responsabilidade civil* (2004).

⁷⁶ Não a interesses pessoais ou de terceiros.

⁷⁷ COUTINHO DE ABREU, *ult. ob.cit.*, 308

⁷⁸ Constituindo a actividade de administrar – gerir e representar – a prestação principal da relação obrigacional de administração, aquela que lhe define o tipo, o dever de lealdade, enquanto dirigido à correcta execução de uma tal prestação, parece ser de configurar como dever secundário de prestação, acessório da prestação principal. Diversamente, constituindo a obrigação de entrada a prestação principal da relação jurídica de sociedade, o dever de lealdade dos sócios para com a sociedade, não importando à perfeita execução das entradas sociais mas ao correcto processamento da relação duradoura de sociedade, é de configurar como dever acessório de conduta reconduzível à boa fé. Neste sentido ANTUNES VARELA, *ob.cit.*, 126, nota 2.

⁷⁹ Cujas problemática será tratada no capítulo seguinte.

Ao invés de prever o dever de lealdade como um conceito geral indeterminado, o legislador, em nome da certeza e segurança jurídica, poderia ter procedido como o legislador espanhol na *Reforma da Ley das Sociedades Anónimas*, operada pela Ley 26/2003, de 17 de Julho, no artigo 127.^{o80}, prevendo as várias facetas que entretecem o dever de lealdade.

Grande parte das manifestações do dever de lealdade assumem conteúdo negativo, constituindo obrigações de *non facere*, no sentido de o administrador não actuar contra o interesse social em detrimento de interesses alheios, seus ou de terceiros. Mas poderá haver também situações em que os administradores são obrigados a actuar positivamente, de forma a prosseguir o interesse social⁸¹.

Cabe à doutrina e à jurisprudência preencher o conceito, sendo certo que no CSC (mesmo antes da reforma) estão previstas várias manifestações do dever de lealdade a cargo dos administradores das sociedades anónimas: nos processos de fusão e cisão (na fusão prevê-se expressamente a obrigatoriedade da diligência de um gestor criterioso e ordenado, que deverá incluir o dever de lealdade⁸²), os administradores deverão decidir tendo em consideração o interesse social (artigos 98.^o e 118.^o, respectivamente); nos negócios entre a sociedade e os administradores (artigo 387.^o); no que concerne ao exercício de outras actividades (artigo 398.^o, n.^o 1); no dever geral de não concorrência (artigo 398.^o, n.^o 3); na proibição do voto do administrador em questão em que exista conflito de interesses (artigo 410.^o, n.^o 6)⁸³; impedimento dos administradores da sociedade e daqueles que o sejam noutra sociedade que se encontre em relação de domínio ou grupo de serem designados como membros dos órgãos de fiscalização [artigo 414.^o-A, n.^o 1, alíneas *b*) e *ç*)]; impedimentos dos administradores do Conselho de Administração Executiva (artigo

⁸⁰ A extensa formulação do artigo poderá ser consultada em http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/126-2003.html#a2.

⁸¹ PEDRO CAETANO NUNES, ob.cit., 53, e MENEZES CORDEIRO, *Os deveres fundamentais* cit. COUTINHO DE ABREU, ult. ob.cit., 305, considera que o dever de lealdade é um dever com conteúdo mais negativo que positivo.

⁸² Com toda a probabilidade, aquando da reformulação do artigo 64.^o, o legislador esqueceu-se que a bitola da diligência de um gestor criterioso e ordenado constava deste regime e, também por esquecimento, deixou de prever o dever de lealdade em tal regime.

⁸³ No direito italiano, a reforma operada em 2003 modificou o artigo 2391. c.c. agora sob a epígrafe "*Interessi degli amministratori*" (antes "*conflito d'interessi*") que é uma norma bem mais extensa, abrangendo igualmente os administradores delegados, sendo que a anterior apenas se limitava a impor ao administrador dar noticia do conflito de interesse em determinada operação. Para mais desenvolvimentos, FRANCO BONELLI, ult. ob.cit., 144 e ss.

425.º, n.º 6); responsabilidade dos órgãos de administração por abuso de informação (artigo 449.º). Outra manifestação do dever de lealdade dos administradores é a que decorre do artigo 447.º, segundo o qual devem os administradores comunicar à sociedade o número de acções ou obrigações de que são titulares da mesma sociedade ou de outra com quem a sociedade esteja numa relação de grupo, sendo certo que esta norma deve aplicar-se sempre que o administrador detenha acções noutra sociedade ou exerça nela funções ou que desenvolva em nome próprio uma actividade, o que resulta do dever geral de não concorrência previsto no artigo 398.º do CSC (interpretado desta forma extensivamente)⁸⁴. Numa operação de Oferta Pública de Aquisição, o administrador deve agir em prol do interesse social e não actuar em nome da sociedade oferente, rejeitando a OPA sempre que esta for contrária ao interesse social, nos termos previstos no artigo 181.º, n.º 5, alínea *d*)⁸⁵.

Poderão, todavia, configurar-se outras manifestações que decorrem do dever de lealdade. Em primeira linha, e na esteira do direito espanhol⁸⁶, em nome da segurança do tráfico jurídico, o administrador não deverá invocar a sua qualidade de administrador e o nome da sociedade que administra para a celebração de qualquer negocio realizado por si mesmo ou por alguém a ele vinculado⁸⁷, de forma a que quem com ele está a contratar saiba perfeitamente que não contrata com a sociedade mas com o administrador a título pessoal e não obtenha vantagens no negócio devido à sua qualidade⁸⁸.

Deverá, neste âmbito, o administrador não abusar ilegitimamente da sua qualidade mesmo quando realiza negócios em nome da sociedade, como poderá suceder se receber comissões ou mais valias pela celebração de determinado negócio⁸⁹.

⁸⁴ Em Espanha este dever resulta do 127.º ter, n.º 4.

⁸⁵ MENEZES CORDEIRO, *Os deveres fundamentais* cit.. Considera como situações relacionadas com o dever de lealdade: o dever de neutralidade perante os diversos accionistas e os direitos preferenciais como parte da remuneração.

⁸⁶ O artigo 127 ter, n.º 1, da LSA, tem a seguinte redacção: “*los administradores no podrán utilizar ele nombre de sociedad ni invocar su condicion de administrador de la misma para a realización por cuenta própria o de personas a ellos vinculados*”.

⁸⁷ RAFAEL MATEU DE RÓS CEREZO considera que a norma acaba por ser algo absurda nomeadamente nas sociedades anónimas cotadas onde o cargo de administrador é conhecido publicamente.

⁸⁸ Neste sentido se entende em Espanha por JESUS QUIJANO GONZÁLES e VICENTE MAMBRILLA RIVERA, ob.cit.

⁸⁹ COUTINHO DE ABREU, ob. cit. nota 35, 28 e 29, defende que mesmo que as comissões que o administrador receba não se reflectam negativamente no património da sociedade o mesmo

Infringirá o dever de lealdade o administrador que, em benefício próprio, se aproveite de oportunidades de negócio da sociedade⁹⁰ em claro e ostensivo conflito de interesses: o pessoal (do administrador) e o social (da sociedade) dando prevalência ao primeiro (indevidamente). A dificuldade da questão é precisamente saber quando uma oportunidade de negócio é da sociedade ou não – quando é que a “*business opportunity*” se converte numa “*corporate opportunity*”⁹¹. Uma oportunidade de negócio é da sociedade sempre que a mesma se insira no seu objecto social ou na actividade exercida pela sociedade ou de alguma sociedade que com ela mantenha uma relação de grupo, na esteira do direito germânico⁹². Será, igualmente, uma oportunidade societária se foi proposta à própria sociedade e esta tenha um interesse relevante⁹³ ou quando seja a própria sociedade a procurar a oportunidade (obtendo informações, contactando as pessoas responsáveis, encetando prospecções de mercado, viabilizando financiamento), mesmo que esta não se insira no objecto social mas que sirva o interesse social ou que lhe permita ganhos significativos (que não se inserem na actividade normal da sociedade: comprar o último modelo de um computador para determinado departamento da sociedade a um preço muito especial, por exemplo). Será também uma oportunidade societária sempre que as negociações já tenham sido iniciadas, mesmo que informalmente (conversações, recebimento da proposta para análise e contra-proposta⁹⁴). Para estes efeitos, é indiferente a circunstância em que o administrador tomou conhecimento da oportunidade de negócio, se no exercício das funções de administrador ou mesmo fora delas, porque o administrador sempre estará vinculado à sociedade independentemente do contexto social, da horário de trabalho ou mesmo

deverá restituí-las à sociedade. Julga-se que se o administrador já recebe a respectiva retribuição pelas funções que exerce, qualquer quantia que resultar dos negócios por si celebrados constituiu um enriquecimento sem causa, pelo que a qualidade de administrador não poderá originar uma causa legítima para o enriquecimento.

⁹⁰ MENEZES CORDEIRO, *Os deveres fundamentais* cit., 474, PEDRO CAETANO NUNES, ob.cit., 87 e COUTINHO DE ABREU, ult. ob. cit., 26.

⁹¹ Expressão utilizada por RAFAEL MATEU DE RÓS CEREZO, ob.cit.

⁹² Sobre o direito alemão, ver PEDRO CAETANO NUNES, ob.cit., 80. PEDRO PORTELANO DIEZ, ob.cit., 44, defende que se enquadram nas oportunidades de negócio da sociedade aquelas que sirvam o interesse social que obviamente se enquadram no objecto da sociedade ou que tendem para que este seja efectivamente realizado. Também nos “*Principles of Corporate Governance*” se prevê uma norma deste tipo no ponto 5.05 b,1,B, American Law Institute, ob.cit.

⁹³ Assim em Espanha, MATEU DE RÓS CEREZO, ob.cit.

⁹⁴ Neste sentido, COUTINHO DE ABREU, ult. ob. cit., 27. Também no Direito alemão, por PEDRO CAETANO NUNES, ob.cit., 78.

quando é contactado por outra pessoa (amigos até ou familiares) não na qualidade de administrador mas a título pessoal⁹⁵. O administrador incorrerá em violação do dever de lealdade, neste âmbito das oportunidades de negócio, se utilizou informação privilegiada para a celebração de algum negócio (o administrador soube, por força das suas funções, que em determinado local foi descoberto uma fonte de petróleo e acaba por comprar) – dever de *non facere* que está estreitamente conexionado com o dever de segredo que decorre do artigo 423.º-G para a Comissão de Auditoria do modelo monístico⁹⁶ – ou se aproveitou os recursos humanos e materiais para esse efeito⁹⁷.

Outra manifestação do dever de lealdade é aquela que decorre do dever que recai sobre o administrador de se abster de utilizar bens ou serviços da sociedade a nível pessoal ou de beneficiar dos mesmos: o administrador serve o interesse social e não o interesse pessoal (mesmo que em nome de outra pessoa)⁹⁸.

Poderá também considerar-se decorrente do dever de lealdade a abstenção do administrador de não propagar opiniões de carácter depreciativo acerca da sociedade ou de outros membros dos órgãos que governam a sociedade⁹⁹ e dos próprios sócios.

A este círculo de manifestações, outras poderão surgir no seio da sociedade e no desenrolar da actividade de administração, cabendo ao julgador no momento da apreciação da conduta do administrador (se a esta tiver lugar) e à doutrina, na justa medida que constitui ciência do direito, indagar da sua validade como concretização e violação do dever de lealdade.

III. O interesse social

Impõe-se, nesta sede, abordar a temática do interesse social na justa medida em que, constituindo um dos problemas fulcrais das sociedades comerciais¹⁰⁰,

⁹⁵ Igual entendimento é sufragado em Espanha por PEDRO PORTELANO DIEZ, ob.cit., 48 e JESUS QUIJANO GONZALES e VICENTE MAMBRIELLA RIVERA, ob.cit..

⁹⁶ E que, por maioria de razão, se deve aplicar a todos os órgãos de administração e respectivos membros.

⁹⁷ PEDRO CAETANO NUNES, ob.cit., 79, sobre o Direito alemão.

⁹⁸ AGOSTINHO MACHADO, ob.cit., 145 e COUTINHO DE ABREU no Congresso acerca Reformas do Código das Sociedades Comerciais.

⁹⁹ COUTINHO DE ABREU, ult. ob.cit., 307, expõe esta ideia acerca do dever de lealdade dos sócios, o que em nada prejudica a sua aplicação à actuação dos administradores.

¹⁰⁰ Neste sentido, partilhando a ideia de Mengoni, P.G. JAEGER, no seu *L'interesse social* (1964),

influi na actuação dos administradores e nos deveres que lhes são impostos, encontrando-se vertido, no que aos deveres objecto do presente estudo concerne, no artigo 64.º do CSC – como já antes se encontrava vertido, ainda que em termos diferentes, na anterior redacção – enquanto critério que preside à actuação dos administradores e ao cumprimento dos deveres aí previstos.

Importa, pois, desvendar o conceito de interesse social referido em tal norma como critério a observar no cumprimento de tais deveres.

Preliminarmente, todavia, antes de outros considerandos, convém definir interesse. Segundo Jaeger¹⁰¹, que acompanha o pensamento da Jurisprudência dos Conceitos, interesse é *“la relazione tra un soggetto, cui fa copo un bisogno, e il bene idóneo a soddisfare tale bisogno, determinata nella prevision generale ed astratta di una norma”*.

Já a noção de interesse social, constituindo, como já se disse, um dos problemas fulcrais das sociedades comerciais, tem-se apresentado, desde sempre, revestida de indefinição e controvérsia entre as teorias institucionalistas e contratualistas.

5. O problema: a controversa noção do interesse social

Doutrinalmente são apontadas duas teorias quanto à natureza de interesse social: as teorias institucionalistas e as teorias contratualistas.¹⁰²

- a) *Teorias institucionalistas*: têm a sua origem na Alemanha, no pós-primeira guerra mundial, iniciadas por Walter Rathenau¹⁰³ que criou a tese da “empresa em si” e contribuiu decisivamente para a elaboração do Aktiengesetz de 1937, que teve como principal escopo servir de instrumento de renascimento económico face aos resultados desastrosos

refere que é o *“problema fondamentale della società per azioni”*. Ideia partilhada em terras lusas, JOSÉ NUNO MARQUES ESTACA, *O interesse social nas deliberações sociais* (2003), e COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de Direito – Ensaio para um critério em direito civil e nas deliberações sociais* (1983).

¹⁰¹ P.G. JAEGER, ob.cit., 4. Trata-se da relação que se entretetece entre um sujeito que tem uma necessidade e o bem apto para satisfazê-la, determinada numa norma geral e abstracta. Isto é: a relação entre uma necessidade e um bem Neste sentido, COUTINHO DE ABREU, ob.cit., 120.

¹⁰² Dos autores referidos neste ponto dá conta JAEGER, ob.cit.

¹⁰³ JAEGER refere mesmo que a intenção de Walter Rathenau não era criar uma teoria jurídica, mas apenas indicar aos técnicos do direito a necessidade de renovar os seus estudos a fim de se adaptarem às mudanças económicas e sociais, usando indistintamente o termo sociedade por acções e empresa. Menciona que a tese era partilhada por Geile e Netter.

provocados pela Primeira Guerra Mundial. As características essenciais¹⁰⁴ desta teoria são: o interesse reconhecido é o interesse da empresa, como estrutura e actividade que deverá prosseguir a maior e melhor produtividade, desvalorizando-se o interesse individualista dos sócios no maior lucro possível, o que justificava o autofinanciamento para servir o interesse “egoístico” da empresa, o órgão de administração, estável e independente da maioria instável, constituído apenas por “sócios empreendedores”¹⁰⁵, deveria sobrepor-se à assembleia de accionistas, devendo favorecer-se a emissão de acções com voto plúrimo ou reservar-se o direito de voto a um número relativamente pequeno de sócios; redução dos direitos dos accionistas em nome do interesse da empresa, nomeadamente no que concerne ao direito à informação, direito à impugnação de deliberações sociais bem como ao direito à repartição dos lucros; os interesses dos accionistas merecem a mesma tutela que os interesses dos trabalhadores, dos consumidores e que o interesse colectivo ao desenvolvimento da economia; insuficiência da tutela de minorias, consideradas os grandes inimigos da empresa pelo facto de quererem sobrepor o interesse de ganho imediato ao interesse geral da empresa.

Esta teoria não tardou a receber fortes críticas¹⁰⁶. Desde logo, o interesse dos trabalhadores e o interesse público têm instrumentos próprios de protecção (de direito público e de direito do trabalho), não se encontrando fundamento bastante para que sejam tutelados no seio da empresa, até porque a sociedade, como entidade de direito privado, tem como interesse concreto a prossecução do lucro. Por outro lado, considera-se que o interesse da empresa é um interesse autónomo, insusceptível de ser reconduzido a um interesse “místico”, a algo que na realidade dos factos não existe e que não merece a tutela do direito para que lhe seja conferida personalidade jurídica. Assim, apenas os interesses dos sujeitos que dela fazem parte poderão ser protegidos. Ademais, conferir-se-ia aos sócios uma evidente desprotecção face ao poder auto-

¹⁰⁴ Por JAEGER, ob.cit., COUTINHO DE ABREU, ult. ob.cit., 109, BRITO CORREIA, *Direito Comercial*, Vol. II – *Das sociedades* (1989), 41. E JOSÉ NUNO MARQUES ESTACA, ob.cit., 114.

¹⁰⁵ JAEGER, cf. ult. cit., 22, nota 20 faz a distinção entre sócios empreendedores e sócios investidores ou aqueles que visam especular com as acções. Ao órgão de administração apenas deviam pertencer os primeiros que têm um interesse que não o lucro mas obter empreender na sociedade. Neste sentido, também COUTINHO DE ABREU, ult. ob.cit., 110, nota 245.

¹⁰⁶ Acerca das críticas tecidas, JAEGER, ob.cit., 24, JOSÉ NUNO MARQUES ESTACA, ob.cit., 114, BRITO CORREIA, ob.cit., 43.

ritário e soberano do órgão de administração, em clara violação do princípio da democracia, desconsiderando a sua importância no seio da sociedade, limitando o exercício dos seus direitos, principalmente dos sócios minoritários que acabam por ficar em situação equivalente à dos obrigacionistas.

Uma outra teoria institucionalista, também de origem germânica, é defendida por Otto Von Gierke e confere personalidade jurídica à empresa, cujo interesse social não coincide com o dos sócios e é superior a este. É a denominada teoria da “pessoa em si”, seguida igualmente por Shlegerberger, Landsberger e F. Marx. Conferida personalidade jurídica à empresa salva-guarda-se a crítica tecida a Rathenau relativamente à impossibilidade de prossecução de um interesse “místico”. Otto Von Gierke vê na personalidade jurídica da empresa o fundamento de direito desta teoria. A empresa, agora como realidade jurídica, tem interesses próprios que não se reconduzem a interesses externos mas sim ao interesse da sociedade como pessoa jurídica. Acaba por conferir protecção às minorias face aos abusos de poder, exigindo que os sócios votem sempre de acordo com o interesse da sociedade-ente de direito, sob pena da sua impugnação judicial, cabendo ao julgador a livre apreciação da conveniência das deliberações sociais. Mas esta teoria acaba por não definir com rigor que interesse da pessoa jurídica em si deverá a sociedade prosseguir.

Hausmann, nos pós guerra, criticando fortemente a teoria da empresa em si, produziu aquela que ficou conhecida como “teoria do organismo vivo”. Para este autor, sendo inconcebível atribuir um interesse a uma pessoa não física, a empresa é um “organismo vivo” em que confluem vários interesses: dos accionistas, dos membros dos órgãos de administração e de fiscalização, dos credores e dos dependentes dela. O interesse social resultaria, assim, da soma dos interesses de todos os que, colegiados na empresa, coordenam os seus fins nos interesses desta. Considera o interesse público como interesse irrelevante no âmbito do organismo vivo que é a empresa, rejeitando qualquer intervenção do estado na organização da empresa, tutelando o lucro dos participantes como fim comum a todos eles. Haussemann acaba por limitar a importância do problema da tutela das minorias, uma vez que, segundo esta tese, na sociedade apenas persiste a coincidência de interesses, com excepção de alguns casos de abuso dos accionistas e dos membros do órgão de administração causadores de danos à sociedade. Acaba, todavia, por admitir que os sócios possam prosseguir interesses extra-sociais e que a sociedade tenha em conta outros interesses como o dos credores, o dos trabalhadores e os do grupo.

Na França, Hauriou desenvolveu a teoria da instituição nascida do direito público, segundo uma interpretação reconduzível ao princípio filosófico-jurídico

da formação e desenvolvimento do órgão social¹⁰⁷, assente na diferença entre contrato e instituição, revelada como ideia ou obra de empresa que se realiza e permanece juridicamente no meio social o que implica a subordinação dos direitos e interesses privados aos fins que se pretendem realizar. Desta forma, os interesses dos associados não são previstos no acto constitutivo como definitivos, podendo sofrer modificações durante a vigência da sociedade. Por isso os administradores e gerentes são vistos como entidades que têm por missão assegurar a efectivação do bem comum. Uma das críticas que se aponta a esta teoria funda-se na indiferença de tratamento conferido ao interesse da sociedade e ao interesse colectivo dos accionistas. Não faria, assim, sentido fazê-la incluir nas teorias institucionalistas.¹⁰⁸ Por outro lado, o princípio da tipicidade e as normas imperativas acabam por não restringir a vontade dos sócios, que têm uma margem de discricionariedade relativamente às normas estatutárias que presidem à sociedade, existindo uma conjugação da lei e da vontade dos sócios.

- b) *Teorias contratualistas*: colocam o enfoque não na sociedade em si mesma considerada (como empresa, como pessoa, como organismo vivo ou como instituição) mas nas pessoas que a constituem: os sócios. Nas teorias contratualistas o interesse social é o interesse colectivo ou comum dos sócios.

Sucede que estas teorias não são unívocas e pressupõem diferenciados interesses comuns de sócios. Para uma delas, o interesse social é o interesse comum dos sócios nessa qualidade, apenas se relevando, portanto, interesses típicos. A outra pugna por uma definição de interesse social como conjugação dos interesses individuais e singulares dos sócios.

A primeira teoria defende que o que releva para a definição de interesse social é o interesse comum a todos os sócios nessa qualidade e que todos os outros interesses, nomeadamente os interesses egoísticos dos sócios, são considerados estranhos à sociedade, não merecendo tutela no seu seio. O contrato de sociedade celebrado entre os sócios visa a prossecução de um fim comum ou pelo menos coincidente. Ainda que os interesses dos sócios possam entrar em contrariedade, ainda assim deverá prosseguir-se o interesse da maioria dos sócios. Mas que sócios? Actuais? Ou também os sócios futuros? Obviamente

¹⁰⁷ P. J. JAEGER, ob.cit., 72, nota 163.

¹⁰⁸ JAEGER, ob.cit., 75.

que não há qualquer dúvida quanto à consideração do interesse comum dos sócios actuais. Já a questão não é pacífica quanto à pertinência da protecção dos interesses dos sócios futuros. Alguns autores, Asquini, Simoneto e Rossi, defendem que não é possível distinguir os interesses relevantes num determinado momento e aqueles que eventualmente poderão surgir, devendo, assim, considerar-se como interesse social os interesses dos sócios actuais e futuros como forma de atingir plenamente o fim a que os sócios se propuseram no contrato social e, conseqüentemente, a máxima eficiência da empresa. Mas, por esta via, o interesse social acaba por confundir-se com o interesse da sociedade-pessoa jurídica, o que não permite distinguir esta teoria das teorias institucionalistas. Outros autores como Jaeger, Ascarreli, Auletta e De Martini defendem que o interesse social é o interesse dos sócios como sócios, excluindo os interesses dos sócios eventuais, enquanto interesse instrumental comum a todos os membros da sociedade com vista à obtenção do maior lucro possível, excluindo outros interesses, alheios aos dos sócios, como os interesses dos credores e dos trabalhadores. A este respeito, além da crítica já expandida, dir-se-á que não faz sentido ter em conta o interesse dos sócios futuros, uma vez que só os sócios actuais, e não quaisquer eventuais sócios futuros, são sujeitos do contrato de sociedade ou titulares das participações sociais, podendo, legitimamente, decidir o destino da sociedade e até pôr-lhe termo, e que os sócios futuros não possuem qualquer direito ou expectativa juridicamente tutelada relativamente à sociedade, direitos que só lhes são conferidos quando entrarem na titularidade de participações. Outros¹⁰⁹ ainda tendem para considerar o interesse social como o interesse de um sócio médio hipotético depurado de todo o interesse extra-social ou, na esteira da doutrina inglesa, devendo presumir-se que o sócio não tem (em face da sociedade) um interesse pessoal diferente daquele que encabeça enquanto sócio. Esta noção de interesse social acaba por não concretizar qual a diferença entre interesse extra-social e interesse social, na medida em que o interesse social não é imutável e vai sofrendo variações diversas. Mengoni, por sua vez, defende que o interesse social como interesse comum aos sócios não coincide com a soma dos interesses individuais e singulares do sócio, apreendido abstracta e objectivamente, mas que, na determinação desse interesse, o ponto de partida é precisamente o interesse concreto de cada sócio que origina um conceito relativo de interesse social.

No que concerne à teoria que considera o interesse social como conjugação de todos os interesses individuais de cada sócio, autores como Bergier, Pet-

¹⁰⁹ Por todos, JAEGER, ob.cit., 92 e 93.

titi e Lobonatti, renunciam à tese que subsume o interesse social ao interesse do sócio como sócio, no pressuposto de que o interesse social é o resultado da solidariedade entre os individuais e particulares interesses de cada sócio. Assim, não será possível configurar-se um verdadeiro conflito entre o interesse social e o interesse de todos os sócios. Neste caso, verdadeiramente, nem sequer existe interesse social. Todavia, face a uma deliberação social, poderá sacrificar-se o interesse individual de um sócio em detrimento dos demais, sobretudo quando estejam em causa interesses de minorias. Ademais, se sociedade foi constituída para a prossecução de um fim comum que não corresponde ao interesse individual de cada um dos sócios, não se percebe como alcançar, por esta via, o fim social que a sociedade se propôs realizar, podendo até prosseguir interesses divergentes. Para outros, Scorza, Darmatello e Candian, o interesse social é aquele que é reconhecido como tal pela Assembleia – Geral. Segundo Jaeger, esta construção está viciada com um erro conceptual, uma vez que acaba por reconduzir o interesse social à maioria, alicerçada na solidariedade de que falava a tese anterior exposta.

6. *A solução: reflexão crítica*

O interesse social aparece vertido no artigo 64.º, n.º 1, alínea b), do CSC segundo a seguinte formulação: *“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”*. Este preceito, como já resultava da redacção anterior – *“interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores”* –, vincula os administradores, no exercício das suas funções de administração e representação, a não prosseguirem os seus interesses pessoais.

A doutrina portuguesa não é pacífica quanto à natureza do interesse social¹¹⁰, tanto em face da “velha” como da “nova” formulação do artigo 64.º.

¹¹⁰ Também a doutrina espanhola não é pacífica quanto a este ponto: o projecto de lei das sociedades anónimas definia o interesse social como o interesse comum a todos os sócios, mas na redacção final apenas figurou como interesse da sociedade. JESUS QUIJANO GONZALES e VICENTE MAMBRILLA RIVERA, ob.cit., defendem a posição de Diaz Echegaray, segundo a qual o interesse social é o interesse conjunto dos sócios, mas os administradores não devem prejudicar os interesses dos trabalhadores, credores e o interesse geral. Em sentido contrário, RAFAEL MATEU DE RÓS CEREZO, ob.cit., defende que o interesse social não é o interesse particular dos sócios mas

Por um lado, autores como Oliveira Ascensão¹¹¹, Pereira de Almeida¹¹² e José Nuno Marques Estaca¹¹³ defendem uma visão institucionalista de interesse social que não corresponde, de todo, ao interesse comum dos sócios.

Convém, portanto, perceber a origem da tutela do interesse social no artigo 64.º. O projecto do Código das Sociedades Comerciais, publicado em 1989, não continha qualquer menção ao interesse social e foi por iniciativa de Brito Correia¹¹⁴ que na formulação final do artigo 64.º se estabeleceu, por influência do direito alemão (que prevê a co-gestão) e da 5.ª Directiva do Direito das Sociedades, que exigia a protecção dos interesses dos accionistas e dos trabalhadores, a referência ao interesse social. Sucede que a intenção de Brito Correia não foi consagrar a teoria da empresa em si nem tão pouco qualquer das outras teorias institucionalistas mas tão só defender o interesse dos sócios enquanto tais conjugado com o interesse dos trabalhadores, o que deu azo ao termo “interesse da sociedade”.

Diversamente dos autores referidos, há doutrina avessa às teorias institucionalistas. Não apenas Brito Correia defende esta visão contratualista de inte-

sim o interesse comum deles na continuidade, estabilidade, solvência e rentabilidade da sociedade. Mesmo na doutrina italiana a definição de interesse social não é pacífica. Montalenti considera que, após a reforma italiana, existe um neoinstitucionalismo que convive com o contratualismo; neoinstitucionalismo que se entende não como a tutela da empresa em si que transcende o interesse dos sócios, mas sim como uma tutela da eficiência da estrutura societária: QUIJANO e VICENTE MAMBRILLA RIVERA, *ob.cit.*. Em França, aqueles que defendem uma concepção da natureza jurídica da sociedade como contrato defendem uma visão contratualista do interesse social os que defendem uma concepção institucionalista da sociedade defendem uma visão institucionalista do interesse social: AGOSTINHO MACHADO, *ob.cit.*.

¹¹¹ OLIVEIRA ASCENSÃO, *ob.cit.*, 65 ss., distingue o interesse da sociedade e o interesse da empresa, afirma que o interesse social não é o interesse dos sócios e o fundamento da sociedade não é o lucro mas sim o seu próprio interesse.

¹¹² ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais*, 4.º ed. (2006), 90, refere que o novo artigo 64.º, n.º 1, *aliena b)*, estabelece uma visão institucionalista de interesse social, privilegiando o interesse a longo prazo dos sócios, mas também os interesses de outros “*stakeholders*”, que ele próprio partilha no sentido de que o interesse social é o interesse da empresa enquanto entidade colectiva que constituiu o substrato da sociedade comercial.

¹¹³ JOSÉ NUNO MARQUES ESTACA, *ob.cit.*, 119, que defende uma visão institucionalista moderna em que a sociedade-instituição sobre um processo de “*autonomização e afirmação*” no mundo jurídico, através da personalidade jurídica, apresentando-se como estrutura jurídica de uma realidade empresarial e em torno dela gravitam vários participantes.

¹¹⁴ É o próprio que o diz. BRITO CORREIA, *ult. ob.cit.*, 49, e na *ob.cit.*, nota 1, 602. Em cooperação com RAÚL VENTURA, *ob.cit.*, 102, já antes da publicação do Código defendia que o interesse social era o interesse comum dos sócios nessa qualidade.

resse social, como também Raúl Ventura¹¹⁵, Lobo Xavier¹¹⁶ entre outros¹¹⁷. Coutinho de Abreu, pressupondo a noção de interesse proposta por Jaeger, define o interesse social como a “*relação entre a necessidade de todo o sócio enquanto tal na consecução do maior lucro e o meio apto a satisfazê-la*”, chegando, todavia, a defender que a referência aos interesses dos trabalhadores operava uma visão institucionalista moderada no que concerne à actuação dos administradores, a qual teria que acautelar, além dos interesses dos sócios, os interesses dos trabalhadores, mas sempre relevados em menor medida¹¹⁸.

O interesse social assente na própria sociedade, enquanto instituição diferente dos sócios, é uma abstracção e parece não ser defensável.

Em primeiro lugar, na interpretação de um comando normativo, tendo em conta que o texto não é o factor preponderante, deve, também, lançar-se mão da “*coordenada histórica da sua emergência*”¹¹⁹. A inclusão do interesse da *sociedade*, tendo em conta os interesses sócios e dos *trabalhadores* na versão originária do artigo 64.º resultou de uma opção de Brito Correia com vista à transposição da 5.º directiva das Sociedades Comerciais, sem que se tenha pretendido erguer um conceito institucionalista de interesse social. O próprio autor defende que o interesse social é o interesse comum dos sócios nessa qualidade e que a inclusão dos trabalhadores se deveu à intenção de transpor a directiva. Seria incoerente que, defendendo Brito Correia uma concepção contratualista de interesse social, transpusesse para o preceito precisamente a tese contrária. Assim sendo, sufraga-se que a noção de interesse social não se poderá reconduzir somente ao elemento literal do artigo 64.º do CSC: não é pelo facto de a

¹¹⁵ RAÚL VENTURA, ob.cit., 151, que menciona que o antigo artigo 64.º e lhe apresentava como uma “*mistura de factores contraditórios*”, reconduzindo o interesse social ao interesse dos sócios como sócios e a referência aos trabalhadores é apenas um “*toque de preocupação social*”.

¹¹⁶ Vide, LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social e deliberações conexas* (1976), 242, nota 116, para quem o interesse social é o interesse comum dos sócios, na “*consecução do máximo lucro através da empresa colectiva*”.

¹¹⁷ MENEZES CORDEIRO, *Manual* cit., 690 e ss., e confirma-o após a reforma, in *Os deveres fundamentais* cit., 468, para quem a referência aos “*interesses a longo prazo dos sócios*” surge como “*modo colectivo*” da sua defesa de forma a que a sociedade não prossiga imediatamente o lucro. Por todos, JOSÉ NUNO MARQUES ESTACA, ob.cit., e PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, ob.cit., 315 e ss.

¹¹⁸ COUTINHO DE ABREU, ob.cit., na nota 103, 113 e ss., *Da empresarialidade* (1999), 225 e ss. e ob.cit. na nota 78, 286 e ss.: faz uma destriça na noção de interesse social: na actuação dos sócios está presente uma concepção contratualista mas para o comportamento dos administradores estaria patente um certo institucionalismo.

¹¹⁹ A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica, Problemas Fundamentais* (1993), 142.

redacção mencionar o “interesse da sociedade” e o dos trabalhadores a par do interesse dos sócios, que esse interesse não é só dos sócios¹²⁰.

Ademais não se pode olvidar que o regime jurídico das sociedades comerciais é conformado com a própria noção de sociedade comercial prevista no artigo 980.º do Código Civil¹²¹, sendo nesta norma e não no artigo 64.º do CSC que deverá encontrar-se a noção de interesse social¹²². Os sócios visam, com a constituição de uma sociedade comercial, o exercício de uma actividade em comum, definível no respectivo objecto social, a fim de repartirem lucros. O interesse social é portanto o interesse comum dos sócios nessa qualidade – interesses intrínsecos à vontade do sócio no momento da decisão de constituir a sociedade com outros sujeitos¹²³ –, sem que relevem para o efeito outros interesses pessoais dos sócios. Assim, o interesse social identifica-se com o fim para o qual a sociedade foi criada e reconduz-se à obtenção de lucro através do exercício da actividade para a qual a sociedade foi constituída. A necessidade de que falava Coutinho de Abreu é a de obtenção do maior lucro possível através do exercício da actividade em comum dos sócios através dos bens idóneos para o efeito tomados em deliberação¹²⁴. A sociedade, mesmo com a personalidade jurídica que a lei lhe confere no artigo 5.º do CSC, não é um ente autónomo, separável dos respectivos sócios, mas o “*instrumento de actuação*

¹²⁰ Em sentido contrário, OLIVEIRA ASCENSÃO, propondo uma concepção institucionalista de interesse social, a propósito da redacção originária do artigo 64.º, afirma “o artigo 64.º abre um caminho promissor (...) terá introduzido uma noção de interesse social como algo diferenciado do interesse dos sócios”: COUTINHO DE ABREU, ult. ob.cit., 228. Também neste sentido, acerca da nova redacção do artigo 64.º, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, ob.cit., 322: “não obstante a infelicidade da redacção, é mantido o papel central da própria sociedade como titular de um interesse próprio”.

¹²¹ COUTINHO DE ABREU, ob.cit., nota 100, 118 e nota 265, identifica o fim do contrato com o lucro.

¹²² Até porque a referência a um “*interesse da sociedade*” aparece em vários preceitos do CSC: artigo 400.º, n.º 1, artigo 420.º-A, n.º 4, tal como a referência a “interesse social” nos artigos 328.º, n.º 2, alínea c), e 460.º.

¹²³ Na linha de pensamento de FILIPE CASSIANO SANTOS, *Estrutura associativa e participação societária capitalística* (2006), 218: “com a entrada na sociedade, o indivíduo coloca-se numa ordem superior ou colectiva, a qual implica uma privação da sua liberdade: Esta ocorre porque é querida, mas também apenas nessa medida, e é querida para um dado interesse individual: a sociedade é sempre expressão de um interesse individual ou de um conjunto deles (...) A realização desse interesse opera, contudo, de forma peculiar: a interposição de uma estrutura que se autonomiza relativamente aos sujeitos contraentes”.

¹²⁴ COUTINHO DE ABREU, ob.cit., 292, nota 75: “só um dos pólos da relação (a necessidade) é imutável, constante; o outro pólo (o bem jurídico) é variável, pois variadas são as situações com que a sociedade se depara”.

dos indivíduos e da prossecução de interesses desses indivíduos”¹²⁵. Além do interesse social resultar, em primeira linha, do contrato social através da fixação do respectivo fim pelos sócios contraentes, o interesse social é conformado pelas deliberações sociais¹²⁶, na justa medida em que o binómio da relação entre a necessidade de obtenção de lucro pelos sócios e os meios idóneos à sua satisfação tem, necessariamente, que ser resolvido, durante o *iter* de actividade da sociedade, por deliberações dos sócios¹²⁷. Mas o interesse social não corresponde necessariamente ao interesse da maioria quando esta toma uma deliberação que tem em vista prosseguir um interesse extra-social¹²⁸. As deliberações sociais estão sempre limitadas pelo contrato social e pelas regras do abuso de direito¹²⁹.

Se face à redacção anterior era possível conceder num institucionalismo moderado na actuação dos administradores, que além do interesse dos sócios teriam que prosseguir também os interesses dos trabalhadores, parece que a querela entre institucionalismo e contratualismo se encontra superada pela nova redacção¹³⁰.

A lei, mantendo no entanto a referência a um interesse da sociedade, dá prevalência aos interesses a longo prazo dos sócios e só por via secundária refere que devem os administradores ponderar outros interesses: dos trabalhadores, credores e clientes. A referência aos interesses a longo prazo dos sócios quererá significar que os de curto e médio prazo já estão incluídos na fórmula terminológica de “*interesse da sociedade*”¹³¹ e que a actuação dos administradores deverá tender para a concretização duradoura do contrato de sociedade celebrado entre os sócios. O “*interesse da sociedade*” identificar-se-á, assim,

¹²⁵ COUTINHO DE ABREU, ult. ob.cit.

¹²⁶ Neste sentido, BRITO CORREIA, ult. ob.cit., 52.

¹²⁷ Vide nota 122.

¹²⁸ V.g. em JAEGER, ob.cit., 180 e ss.: cinco accionistas são todos condóminos, em partes iguais, de um imóvel e os únicos sócios com participações iguais na sociedade. Decidem, em deliberação, vender esse imóvel à sociedade por um valor muito superior ao real. Este interesse é extra-social, não obstante a deliberação ser unânime.

¹²⁹ BRITO CORREIA, ult. ob.cit., e COUTINHO DE ABREU, ob.cit., na nota 100, 114.

¹³⁰ Em sentido contrário, há quem entenda que o conceito de interesse social é alargado por esta via. Cf. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, ob.cit., 45 e ss: “*um interesse social agora entendido em termos mais amplos*”. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades*, 2.^a ed. (2006), 456: “*o artigo 64.º (...) caracteriza o interesse social nele englobado, para além dos interesses dos sócios e dos trabalhadores, os interesses dos clientes e dos credores*”.

¹³¹ Neste sentido Menezes Cordeiro, *Os deveres fundamentais* cit., 468.

com o interesse comum dos sócios, quer sejam de curto, médio ou longo prazo.

O artigo 64.º do CSC faz referência à “*sustentabilidade da empresa*”, inculcando a ideia de sociedade, referida ao interesse comum dos sócios na obtenção de lucros através da prossecução do objecto social, como processo e relação duradoura.

Quanto à menção aos trabalhadores, clientes e credores, a lei manda ponderar os interesses de tais sujeitos que aparecem como “*relevantes para a sustentabilidade da sociedade*”. O êxito da actividade societária – que possibilita a obtenção de lucros – enquanto processo económico de carácter duradouro, a sua *sustentabilidade*, depende em larga medida da sua interacção com os sujeitos com quem tem, naturalmente, de contactar e de se relacionar no processo económico que a sua actividade constitui: os clientes, como adquirentes dos bens produzidos ou dos serviços prestados, os credores e os trabalhadores, como fornecedores dos factores de produção. Desta forma, parece de afastar o entendimento de que interesse social, a observar pelos administradores na sua actuação, compreende, para além do interesse comum dos sócios, de forma altruística, os interesses dos clientes, credores e trabalhadores *qua tale*. A sua ponderação deve ser observada pelos administradores enquanto forem relevantes para o interesse social tomado como interesse comum dos sócios¹³².

Aliás, encontrando-se tais critérios previstos, na alínea *b*) do n.º 1 do artigo 64.º, para o dever de lealdade, não é possível descortinar um qualquer fundamento – que, para com os sócios, vem a ser o interesse social e a *fiducia* que se estabelece com a relação de administração – para a imposição de tal dever para com terceiros que se encontram numa relação de interesses contrapostos para com a sociedade e o administrador que a gere e representa. Para com estes terceiros o que se impõe ao administrador é tão-só uma actuação, no comércio jurídico, nas relações que com eles estabeleça em representação da sociedade, conforme aos ditames da boa fé¹³³.

¹³² Neste sentido, BRITO CORREIA, ult. ob.cit., entende que, não obstante, o interesse social se reconduzir ao interesse comum dos sócios, deverão prosseguir-se “*outros interesses para além daqueles*” por serem “*instrumentais*” do interesse social: “*o interesse comum dos sócios como tais é satisfeito através de actos da sociedade (de bens produzidos pela sociedade) que afectam outros interessados. (...) A sociedade não foi criada para a satisfazer directamente os interesses dos credores, embora seja através destes que, indirectamente, a sociedade satisfaz os seus interesses próprios*”.

¹³³ O dever de lealdade, para com terceiros, reconduz-se assim na boa fé, na linha de pensamento dos que subsumem o dever de lealdade à boa fé (*vide* nota 74). Diversamente, como já se disse, o princípio geral da boa fé não pode constituir o fundamento do dever de lealdade que recai sobre os administradores.

Não se pretende, pois, estabelecer no artigo 64.º, n.º 1, alínea b), uma norma de protecção de terceiros da mesma forma que eventualmente, na redacção anterior, se pretendia proteger os trabalhadores¹³⁴.

Ademais, todos os sujeitos elencados têm normas específicas para a sua protecção. Desde logo, as regras gerais da responsabilidade previstas nos artigos 72.º e ss do CSC: os administradores responderão civilmente perante os credores nos termos do artigo 78.º do CSC. Responderão também perante terceiros, em que se incluem os clientes e trabalhadores, nos termos do artigo 79.º do CSC. Os trabalhadores estão protegidos pelas leis laborais, convenções colectivas de trabalho¹³⁵ e pela própria Constituição da República Portuguesa. Os clientes, por sua vez, têm mecanismos de acção suficientes para efectivar os seus direitos (tutelados pelo Direito do Consumo, tratando-se de consumidores, e pela Lei Civil e Comercial, em geral).

Os administradores, incumbidos de exercer os poderes-deveres de administração e representação da sociedade, estão vinculados à lei e aos deveres nela previstos, sob pena de responsabilidade da sociedade e dos administradores pelos prejuízos causados a terceiros. Se o dever de lealdade se dirige à tutela do interesse social, podendo a sua violação fundar a responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os sócios e a sua destituição com justa causa, já o dever de cuidado, como os demais deveres impostos aos administradores, configurando-se como norma tuteladora do interesse social, mas também de terceiros, entre os quais se incluem clientes, credores e trabalhadores, é susceptível de fundar, em caso de violação, a responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os sócios e para com aqueles terceiros.

¹³⁴ COUTINHO DE ABREU, ob.cit., na nota 119, 232, refere que “*as leis laborais, bem como as convenções colectivas de trabalho, não regulam tudo o que se prende com a prestação de trabalho subordinado (...). Quer nos domínios não regulamentados quer nos regulamentados (e respeitados os limites) há espaços de discricionariedade. Espaços que os gerentes, etc., devem preencher, segundo o artigo 64.º, tendo também em conta o interesse dos trabalhadores*”. Vide nota 599: sendo certo que os trabalhadores não podem destituir os administradores, nem substituir as suas decisões, nem responsabilizá-los, podendo, todavia, subrogar-se nos termos do artigo 78.º, n.º 2, do CSC.

¹³⁵ RAÚL VENTURA, ob.cit., 151.