

# *Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação de normas de protecção*

PROF.<sup>a</sup> DOUTORA ADELAIDE MENEZES LEITÃO

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A responsabilidade dos administradores: 2.1. A europeização do direito societário; 2.2. A responsabilidade perante a sociedade no direito societário alemão; 2.3. A responsabilidade perante a sociedade no direito societário português: i) A natureza da situação jurídica da administração; ii) A compreensão da distinção entre deveres de cuidado e deveres de lealdade; iii) A função de diligência do gestor criterioso e ordenado; iv) O papel do business judgement rule; 2.4. A responsabilidade perante os credores sociais. 3. Sinopse.

## **1. Introdução\***

A responsabilidade civil dos administradores tem sido objecto de significativa atenção por parte da doutrina estrangeira e portuguesa. Sendo um tema sobejamente analisado, as suas ligações com a teoria da responsabilidade civil permitem a um iniciado na disciplina societária, algum conforto ao aventurar-se nesta área de investigação. Note-se que o tema evidencia conexões várias com matérias de grande actualidade, como os deveres de organização (*Organisationspflichten*), ou com dimensões mais abrangentes, como a que respeita à discussão acerca da necessidade de maior regulação ou liberalização das sociedades, discussão na qual se inserem algumas ideias-chave, como a da organização como factor de risco (*Risikofaktor*) e a do papel da responsabilidade penal e

\* Os artigos referidos sem menção ao respectivo diploma pertencem ao Código das Sociedades Comerciais.

civil no enquadramento das condutas dos administradores no contexto mais alargado do direito público e do direito privado<sup>1</sup>.

Neste contexto, a investigação que se pretende realizar centra-se no papel das normas de protecção na responsabilidade dos administradores. Porém, como a responsabilidade dos administradores pode ser enquadrada sob múltiplos ângulos: – em relação a danos causados à sociedade, aos sócios, aos credores da sociedade, a terceiros e aos trabalhadores – exige-se uma delimitação do campo de pesquisa. Assim sendo, vamos focar-nos primeiramente na responsabilidade dos administradores para com a sociedade, que, no direito português, conhece a sua formulação normativa no artigo 72.º do Código das Sociedades Comerciais (CSC), visando uma compreensão alternativa à do modelo de responsabilidade obrigacional que a maioria da doutrina portuguesa tem subscrito<sup>2</sup>. Com efeito, as normas de protecção têm sido utilizadas sobretudo para enquadrar a responsabilidade dos administradores perante os accionistas<sup>3</sup>, os credores da sociedade e terceiros. Ora, neste contexto, interessa-nos decifrar a utilidade das normas de protecção na responsabilidade dos administradores perante a sociedade<sup>4</sup>. Num segundo momento analisaremos a responsabilidade dos administradores por violação de normas de protecção para com os credores sociais.

Partindo da distinção doutrinária alemã entre *Innenhaftung* e *Außenhaftung*<sup>5</sup> analisaremos quer a responsabilidade que se pode gerar perante a própria sociedade (*Innenhaftung*), quer a responsabilidade que se pode gerar perante os credores sociais (*Außenhaftung*). Procura-se, assim, no presente estudo, utilizar o

<sup>1</sup> Cf. a desenvolvida monografia de GERALD SPINDLER, *Unternehmens- Organisationspflichten Zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Regelungskonzepte*, Carl Heymanns, 1996 (a este propósito vide o preâmbulo do Autor, VII-VIII).

<sup>2</sup> MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das sociedades I – Das sociedades em geral*, 2.ª ed., 2007, 925-927.

<sup>3</sup> PEDRO CAETANO NUNES, *Responsabilidade dos administradores perante os accionistas*, 2001, 35 e ss.

<sup>4</sup> Cingir-nos-emos à responsabilidade civil dos administradores. Excluem-se, assim, do objecto de investigação questões relativas à responsabilidade penal, contra-ordenacional, tributária ou relativa à segurança social, ainda que as respectivas normas possam ter o carácter de normas de protecção (cf. PAULO DE PITTA E CUNHA/JORGE COSTA SANTOS, *Responsabilidade tributária dos administradores ou gerentes*, 1999). Não se analisará a responsabilidade de outros titulares de órgãos das sociedades. Não se analisará, ainda, a responsabilidade dos administradores no âmbito dos grupos de sociedades.

<sup>5</sup> Cf. sobre esta distinção, UWE H. SCHNEIDER, *Organpflichten und Haftung in der GmbH*, § 2, 13-37. KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4. A., 2002, 424: “Die Verantwortlichkeit der Organe ist in erster Linie eine Verantwortlichkeit aus dem Innenverhältnis”.

modelo alcançado em “Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais”<sup>6</sup>, cujo desenvolvimento se processou essencialmente na área da concorrência e em outros domínios adjacentes, perscrutando a sua eventual utilidade para a responsabilidade dos administradores<sup>7</sup>. Esta delimitação implica, na responsabilidade perante a sociedade, quatro pólos de investigação: *i*) a natureza da situação jurídica de administração, *ii*) a compreensão da distinção entre deveres de cuidado e deveres de lealdade, *iii*) a função do *standard* de gestor criterioso e ordenado e *iv*) o papel do *business judgment rule*, bem como o necessário enquadramento destes vectores nas categorias tradicionais da responsabilidade delitual.

Mais uma vez recorre-se a uma metodologia periferia-centro, sendo a periferia a responsabilidade especial dos administradores para com a sociedade e os credores sociais e o centro a responsabilidade por violação de normas de protecção. Do ponto de vista da sequência deste estudo, a metodologia referida convida a inverter a ordem de apresentação do fio histórico de investigação, começando com as linhas presentes e futuras das recentes e constantes<sup>8</sup> reformas legislativas societárias, antes da apresentação de uma análise da evolução da disciplina delitual no domínio societário.

## 2. A responsabilidade dos administradores

### 2.1. A europeização do direito societário

No domínio do direito societário, como em outras áreas, a disciplina europeia tem condicionado, desde já algum tempo, a evolução dos ordenamentos nacionais<sup>9</sup>. Por esta razão, a linha de evolução vai no sentido de eliminar a

<sup>6</sup> O nosso *Normas de protecção e danos puramente patrimoniais*, 2008.

<sup>7</sup> Como já referimos em relação à doutrina portuguesa, salientando sobretudo o estudo de Pedro Caetano Nunes, anteriormente citado, também na doutrina alemã têm sido utilizadas as normas de protecção na responsabilidade dos administradores perante accionistas, credores ou outros terceiros, considerando-se que o § 93 I só pode ser utilizado para a protecção da sociedade, pelo que seria de procurar outras normas de protecção para os referidos sujeitos ou, em última instância, recorrer-se ao § 826 BGB. Porém, neste domínio procura-se uma compreensão dos deveres dos administradores como normas de protecção da sociedade. Neste sentido, HANS-JOACHIM MERTENS, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 2, 2, A., 1996, §93, 335 e ss.

<sup>8</sup> Sobre a reforma societária em permanência (“*Aktiensreform im permanenz*”) cf. *infra*.

<sup>9</sup> MENEZES CORDEIRO, *Manual*, 141-142 e 169-183 e *Evolução do Direito europeu das sociedades*, ROA 2006, 87-118.

diversidade histórica da legislação societária<sup>10</sup> e de aumentar os níveis de condução política pelos organismos europeus do tecido societário. Com o segundo Relatório do grupo de peritos de direito societário, de 4-Nov.-2002, e a Comunicação da Comunidade Europeia, de 21-Mai.-2003, subordinada ao tema “*modernizar o Direito das sociedades e reforçar o governo das sociedades na União Europeia*”, procurou-se que as pequenas e médias empresas atingissem uma maior dimensão através de uma maior autonomia estatutária e contratual, bem como de uma maior facilidade de acesso ao mercado financeiro. Estes textos visaram também uma maior estabilidade do acto de constituição das sociedades comerciais, fazendo prevalecer, em relação a terceiros, a tutela ressarcitória sobre a tutela invalidante<sup>11</sup>. Outro núcleo das linhas de reforma centrou-se no conceito de governo societário, “*corporate governance*”<sup>12</sup>, procurando introduzir modelos alternativos no domínio das sociedades anónimas – monista e dualista –, e uma maior transparência e aprimoramento dos controlos interno e externo. O Relatório de 4-Nov.-2002 previa aumentar a transparência das sociedades através da publicação de diversas informações, do incremento da responsabili-

<sup>10</sup> Sobre os diferentes conceitos de sociedade no espaço francófono e germânico e a sua evolução histórica, CHRISTIAN MÜLLER GUGENBERGER, *Gesellschaft, Société und Groupement als Rechtsformen zur Unternehmenskooperation – eine rechtsvergleichende Untersuchung des französischen, belgischen und deutschen Gesellschaftsrechts im Hinblick auf die grenzüberschreitende Zusammenarbeit in Europa*, 1975, 393-395. Cf. ainda JUSTUS MEYER, *Haftungs-beschränkungen im Recht des Handelsgesellschaften*, 2000, 13 e ss. Quanto ao direito societário português, MENEZES CORDEIRO, *Manual*, 181-182, considera-o como um direito que desde a Lei da Boa Razão, é aberto a experiências exteriores, pelo que a incorporação dos elementos europeus não se apresenta violentadora da sua identidade.

<sup>11</sup> ANTONIO FRANCHI, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. nel nuovo diritto societario*, 2004.

<sup>12</sup> O conceito de “*corporate governance*” nasceu nos anos setenta nos EUA para descrever o sistema de gestão das sociedades anónimas. Posteriormente a doutrina utilizou-o para uma reforma do direito societário seja em função dos “interesses” dos sócios, em particular no confronto com os administradores, mediante a tensão entre a conservação e o aumento do valor da participação societária (*shareholder value*), seja pela consideração de outros interesses distintos dos sócios (*stakeholder value*). Neste contexto, refere-se a secção 309 *Companies Act* 1985 (lei das sociedades comerciais inglesa) epígrafa *Directors to have regard to interests of employees*, com o seguinte texto no original:

- (1) *The matters to which the directors of a company are to have regard in the performance of their functions include the interests of the company's employees in general, as well as the interests of its members.*
- (2) *Accordingly, the duty imposed by this section on the directors is owed by them to the company (and the company alone) and is enforceable in the same way as any other fiduciary duty owed to a company by its directors.*
- (3) *This section applies to shadow directors as it does to directors.*

dade dos administradores pela verdade das informações financeiras contidas nos diversos documentos, da responsabilidade dos administradores pela falta de correcção e verdade nos documentos de acesso ao público<sup>13</sup>, da responsabilidade pelas sociedades em situação de insolvência e da interdição do cargo de administrador da sociedade em caso de *misleading disclosure*.

O parágrafo 4.4. do capítulo III do referido Relatório refere-se à responsabilidade dos administradores cuja gestão levou à situação de crise e de insolvência iminente da sociedade (*wrongful trading*), prevendo-se que, nestes casos, os administradores deveriam recapitalizar as sociedades, assegurando o pagamento das dívidas aos credores, ou optar pela respectiva liquidação. De acordo com o Relatório, esta responsabilidade aplicar-se-ia igualmente aos administradores de facto. Procurava-se, deste modo, atingir um nível de protecção dos credores equivalente em todos os Estados-membros da União Europeia. No parágrafo 4.5. previa-se a destituição do administrador em caso de informações falsas. Na Comunicação da Comissão referida, por sua vez, preconizava-se a responsabilidade solidária dos administradores em matéria de informações de carácter financeiro e a adopção de uma Directiva Comunitária no domínio do “*wrongful trading*” e do “*directors’ disqualification*”. Do nosso ponto de vista, ambos os textos procuraram incrementar os níveis de responsabilidade dos administradores perante a sociedade e terceiros.

Atendendo às três fases que Menezes Cordeiro autonomiza quanto aos objectivos europeus nesta área – inicialmente, de mera facilitação do livre estabelecimento; em seguida, de harmonização jurídica dos ordenamentos nacionais e de promoção da implementação de empresas; e, finalmente, de condução da política económica através do surgimento de novas regras para as sociedades<sup>14</sup> –, podemos considerar que a crise de 2007-2010 colocou-nos indiscutivelmente na terceira fase e que veio acentuar a necessidade de um maior controlo a nível europeu. A título de exemplo, revelando uma tentativa de maior controlo da economia e da crise pelas instâncias europeias, são de referir as Comunicações da Comissão, de 12-Out.-2008, de 29-Out.-2008, de 26.-Nov.-2008, de 4-Mar.-2009 e de 3-Jun.-2009<sup>15</sup>.

<sup>13</sup> Esta informação abrange a situação financeira da sociedade, o sistema de *risk management*, as perspectivas de *business*, o plano de investimentos e a estratégia na área de recursos humanos.

<sup>14</sup> MENEZES CORDEIRO, *Manual*, 170.

<sup>15</sup> As versões inglesas podem ser consultadas em [www.europa.eu](http://www.europa.eu) *Declaration of a concerted European Action Plan of the eurozone countries, From financial crisis to recovery: a European framework to recovery, A European Economic Recovery Plan, Driving the European Recovery, A Share Commitment for Employment*.

A crise 2007–2010 está, assim, na origem de um debate sobre a necessidade de um maior intervencionismo europeu na condução económica, designadamente na área financeira, o que terá consequências no enquadramento jurídico das condutas de quem decide o rumo de cada sociedade, o que não deixa de levantar incertezas quanto ao percurso legislativo num futuro que não se apresenta fácil de antever.

## 2.2. *A responsabilidade dos administradores perante a sociedade no direito societário alemão*

Para compreender as linhas de reforma do direito societário europeu – bem como o impacto que a sua evolução importou no direito da responsabilidade dos administradores portugueses – impõe-se uma incursão prévia no direito societário alemão, dado que a sua influência nas soluções europeias não é despicienda<sup>16</sup>.

Esta evolução é sumariada, numa síntese significativa, por Marcus Lutter, no seu artigo *Entwicklung der Organpflichten und der Organhaftung*<sup>17</sup>, cuja frase inaugural é “*Haftung ist kein schönes Wort*”, recordando que os titulares de órgãos sociais estão sujeitos a deveres de lealdade, que incrementam a sua responsabilidade, e à conformidade das suas condutas com o direito, tendo a responsabilidade, ainda, uma função de condução relevante (*Steuerungsfunktion*), na qual deve ser integrada a dimensão de *corporate governance*<sup>18</sup>. Lutter defende, porém, que a responsabilidade dos administradores não é recente, existindo há mais de cem anos, e apresenta-nos a evolução normativa que conduziu à actual formulação do § 93 AktG, apontando para uma densificação sucessiva no tempo da referida disposição. Com efeito, na reforma de 1884 do ADHGB estabelecia-se no artigo 241 (2):

Die Mitglieder des Vorstandes haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns anzuwenden.

E o artigo 241 (3) acrescentava que:

Mitglieder, welche ihre Obliegenheiten verletzen, haften der gesellschaften solidarisch für den dadurch entstandenen Schaden...

<sup>16</sup> MENEZES CORDEIRO, *Manual*, 142.

<sup>17</sup> *Handbuch Managerhaftung, Risikobereich und Haftungsfolgen für Vorstand, Geschäftsführer, Aufsichtsrat* (coord. KRIEGER/SCHNEIDER), 2007, 1–11.

<sup>18</sup> MARCUS LUTTER, *Entwicklung der Organpflichtung und der Organhaftung*, §1, 2.

Posteriormente, no HGB, de 1897, o § 249 tinha a seguinte formulação:

- (1) Die Mitglieder des Vorstandes haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns anzuwenden.
- (2) Mitglieder, die ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft mit dem Vorstandsmitgliedern als Gesamtschuldner für den daraus entstehenden Schaden”

Na AktG 1937 a redacção do § 84 era a seguinte:

- (1) Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Über vertrauliche Angaben haben sie Stillschweigen zu bewahren.
- (2) Vorstandsmitglieder, die ihre Obliegenheiten verletzen, sind der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet. Sie haben nachzuweisen, dass sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben.

Finalmente, o § 93 AktG 1965 estabelecia:

- (1) Die Vorstandmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiter anzuwenden. Über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, die den Vorstandsmitgliedern durch ihre Tätigkeit im Vorstand bekannt geworden sind, haben sie Stillschweigen zu bewahren.
- (2) Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, sind der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet. Ist streitig, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, so tritt sie die Beweislast.

Com a *Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrecht* (UMAG), de 22-Ser.-2005, acrescentou uma nova frase ao § 93 (1) na sequência da jurisprudência desenvolvida pelo *Reichsgerichts*:

Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Seguindo a tradução de MENEZES CORDEIRO, *Manual*, 807: “Não há uma violação do dever quando o membro da Direção, na base de informação adequada, devesse razoavelmente aceitar que, aquando da decisão empresarial, agia em prol da sociedade”. A introdução desta regra estaria justificada no direito alemão por se ter verificado, a partir de 1998, uma multiplicação das situações de res-

A evolução explanada do principal *Tatbestand* da responsabilidade dos administradores<sup>20</sup> leva Lutter à conclusão de que a matéria se manteve ao

ponsabilidade resultantes do § 147 *KontraG*, abrangidas pelos seguros D & O (*Director and Officer Versicherung*). Daí que os *lobbies* dos seguros se tivessem movimentado para conquistar esta limitação da responsabilidade (cf. p. 808). Concorde-se com a posição de que no direito alemão o *business judgement rule* configura uma causa de exclusão da ilicitude, porquanto o legislador refere que *não há violação do dever*. Porém, afigura-se-nos estranha uma situação em que os deveres se relativizam em situações concretas, abrindo uma brecha no sistema de responsabilidade que nem alguns excessos deveriam justificar. Só razões de concorrência entre a economia alemã e norteamericana parecem justificar esta opção, menos avisada, do legislador alemão ainda que surja na sequência a uma linha jurisprudencial anteriormente iniciada. Não obstante a opção legislativa alemã, para alguma doutrina alemã, o *business judgement rule* não parece acrescentar nada à bitola de gestor criterioso e ordenado, pelo que seria dogmaticamente melhor enquadrável em sede de culpa. Não julgamos ser por acaso a inserção sistemática de MENEZES CORDEIRO do *business judgement rule* no capítulo referente à bitola do gestor ordenado e criterioso. Este enquadramento pode ser alterado se configurarmos os deveres dos administradores como normas de protecção da sociedade, tendo nesta sede a ilicitude, a culpa e a causalidade uma dimensão mais imbricada. Voltaremos a este ponto.

<sup>20</sup> A versão completa do actual § 93 AktG é a seguinte:

- (1) *Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln. Über vertrauliche Angaben und Geheimnisse der Gesellschaft, namentlich Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die den Vorstandsmitgliedern durch ihre Tätigkeit im Vorstand bekanntgeworden sind, haben sie Stillschweigen zu bewahren. Die Pflicht des Satzes 3 gilt nicht gegenüber einer nach § 342b des Handelsgesetzbuchs anerkannten Prüfungsstelle im Rahmen einer von dieser durchgeführten Prüfung.*
- (2) *Vorstandsmitglieder, die ihre Pflichten verletzen, sind der Gesellschaft zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens als Gesamtschuldner verpflichtet. Ist streitig, ob sie die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters angewandt haben, so trifft sie die Beweislast.*
- (3) *Die Vorstandsmitglieder sind namentlich zum Ersatz verpflichtet, wenn entgegen diesem Gesetz 1. Einlagen an die Aktionäre zurückgewährt werden, 2. den Aktionären Zinsen oder Gewinnanteile gezahlt werden, 3. eigene Aktien der Gesellschaft oder einer anderen Gesellschaft gezeichnet, erworben, als Pfand genommen oder eingezogen werden, 4. Aktien vor der vollen Leistung des Ausgabebetrags ausgegeben werden, 5. Gesellschaftsvermögen verteilt wird, 6. Zahlungen entgegen § 92 Abs. 2 geleistet werden, 7. Vergütungen an Aufsichtsratsmitglieder gewährt werden, 8. Kredit gewährt wird, 9. bei der bedingten Kapitalerhöhung außerhalb des festgesetzten Zwecks oder vor der vollen Leistung des Gegenwerts Bezugsaktien ausgegeben werden.*
- (4) *Der Gesellschaft gegenüber tritt die Ersatzpflicht nicht ein, wenn die Handlung auf einem gesetzmäßigen Beschluß der Hauptversammlung beruht. Dadurch, daß der Aufsichtsrat die Handlung gebilligt hat, wird die Ersatzpflicht nicht ausgeschlossen. Die Gesellschaft kann erst drei Jahre nach der Entscheidung des Anspruchs und nur dann auf Ersatzansprüche verzichten oder sich über sie vergleichen, wenn die Hauptversammlung zustimmt und nicht eine Minderheit, deren Anteile zusammen den zehnten*



longo de um século estável e que apenas os deveres de lealdade foram aumentando o seu papel<sup>21</sup> nas *situações de responsabilidade*<sup>22</sup>. Todavia, não é possível escamotear que os administradores estão, hoje, sob a influência de um conjunto de normas que alargou significativamente a sua esfera deveral, que vão desde o Direito da concorrência, ao Direito do ambiente, ao Direito do trabalho e à área das informações falsas ou omissas no mercado de capitais, pelo que se tornou mais frequente a violação de deveres pela sua parte. Há, contudo, três áreas que permitiram, segundo alguma doutrina alemã, – não obstante o alargamento referido – alguma limitação da sua responsabilidade: o *business judgement rule*, o seguro D & O e as limitações estatutárias ou contratuais da responsabilidade nas relações entre os membros da direcção e a sociedade<sup>23</sup>.

No Acórdão de 21-Jul.-1997 (ARAG)<sup>24</sup>, o *Bundesgerichtshof* seguiu a jurisprudência do *Reichsgerichts*, afastando a responsabilidade dos administradores quando estes agem no domínio da discricionariedade empresarial sem violar normas jurídicas, actuando cuidadosamente, fora de qualquer conflito de interesse e sem aumentar os riscos de danos<sup>25</sup>.

*Teil des Grundkapitals erreichen, zur Niederschrift Widerspruch erhebt. Die zeitliche Beschränkung gilt nicht, wenn der Ersatzpflichtige zahlungsunfähig ist und sich zur Abwendung des Insolvenzverfahrens mit seinen Gläubigern vergleicht oder wenn die Ersatzpflicht in einem Insolvenzplan geregelt wird.*

(5) *Der Ersatzanspruch der Gesellschaft kann auch von den Gläubigern der Gesellschaft geltend gemacht werden, soweit sie von dieser keine Befriedigung erlangen können. Dies gilt jedoch in anderen Fällen als denen des Absatzes 3 nur dann, wenn die Vorstandsmitglieder die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters gröblich verletzt haben; Absatz 2 Satz 2 gilt sinngemäß. Den Gläubigern gegenüber wird die Ersatzpflicht weder durch einen Verzicht oder Vergleich der Gesellschaft noch dadurch aufgehoben, daß die Handlung auf einem Beschluß der Hauptversammlung beruht. Ist über das Vermögen der Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet, so übt während dessen Dauer der Insolvenzverwalter oder der Sachwalter das Recht der Gläubiger gegen die Vorstandsmitglieder aus.*

(6) *Die Ansprüche aus diesen Vorschriften verjähren in fünf Jahren.*

<sup>21</sup> Cf. ainda MENEZES CORDEIRO, *Manual*, 907-909.

<sup>22</sup> Interessante é que esses mesmos deveres sejam utilizados para admitir uma responsabilidade dos credores financiadores das sociedades, cf. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para os credores controladores?*, RDS I (2009), 1, 95-133.

<sup>23</sup> Inadmissíveis nas sociedades por acções alemãs, mas possível nas sociedades por quotas.

<sup>24</sup> BGH 21-Abr.-1997, BGHZ 135 (1998), 244-257.

<sup>25</sup> 1) *Im freiem Ermessen der Organmitglieder, also nicht gesetzlich vorgeschrieben, sorgfältig vorbereitet, durch keinen Interessenkonflikt berührt und enthielt keine übergroßen Risiken.* Por esta razão, os administradores da BMW não foram responsabilizados pelo investimento na Rover, tal como os da Daimler-Chrysler na Fokker. De referir que as decisões empresariais assentam num juízo de prognose. O II Senat do *Bundesgerichtshofs* distinguiu entre riscos de mercado (*Marktrisiken*) e riscos de conduta (*Verhaltenrisiken*) que implicam um espaço de actuação (*Handlungsspielraum*). O risco empresarial e o risco de mercado não pertencem aos administradores, mas sim à sociedade. Os

Em conclusão, na Alemanha, a responsabilidade dos administradores nas sociedades por acções alterou-se pouco durante cem anos. Em contraposição, os deveres destes alteraram-se significativamente, pelo que o potencial de violação aumentou de forma não negligenciável<sup>26</sup>. A este respeito, de referir que o alargamento dos deveres dos administradores originou um tratamento doutrinário dos mesmos mais analítico. Gerd Krieger distingue, neste domínio, e no seguimento da formulação legislativa, os deveres de cuidado e os deveres de lealdade<sup>27</sup>. Quanto aos primeiros, sublinha que se impõem porque o administrador não gere interesses próprios mas interesses alheios, da sociedade e dos sócios, sendo que o *standard* de conduta do gestor criterioso e ordenado se aplica a todos os deveres que rodeiam a sua actuação, incluindo os constantes do *Deutsche Corporate Governance Kodex* (DCGK) (4.1.3.)<sup>28</sup> e da AktG, bem

riscos de conduta correm por conta dos administradores. Porém, o *business judgement rule* só se aplica a decisões empresariais que pressupõem um juízo de prognose e possui limites: uma actuação informada, isenta e racional no interesse da sociedade, despida de qualquer conflito de interesses e que não contribua para aumentar o risco de crise ou de insolvência da sociedade. Só se verificando todos estes requisitos é que não há qualquer violação do dever jurídico. Cf. UWE H. SCHNEIDER, *Organpflichten und Haftung in der GmbH und GmbH & Co KG*, § 2, 19-20 e *Deutscher Corporate Governance Kodex*, 3.8., 497-503. Esta regra acaba por ter consequências em matéria do ónus da prova na medida em que cabe aos administradores fazer a prova de que actuaram dentro dos referidos requisitos de funcionamento da delimitação da violação do dever jurídico. Para o funcionamento da responsabilidade impõe-se a existência de danos, a causalidade entre a violação de dever e os danos causados e a culpa na modalidade de dolo ou de negligência ainda que ligeira.

<sup>26</sup> LUTTER, *Entwicklung*, 11.

<sup>27</sup> Trata-se, aliás, de uma distinção comumente utilizada nos manuais e comentários de Direito societário alemão. A título ilustrativo *vide* igualmente KRIEGER/SAILER, *Aktiengesetz Kommentar*, I. Band, §§ 1-149, (coord. KARSTEN SCHMIDT/MARCUS LUTTER), 2008, § 93, 1059 e ss.

<sup>28</sup> Cf. RINGLEG/KREMER/LUTTER/v. WERDER, *Deutscher Corporate Governance Kodex Kommentar*, 3. A., 2008, 4 e ss, encontrando-se as regras relativas às boas práticas da administração no ponto 4., e ao *business judgement rule* no ponto 3.8.. De distinguir a eficácia jurídica do Kodex em caso da sua aceitação ou da sua não aceitação, sendo que, no primeiro caso, haveria uma violação de deveres jurídicos, ao passo que, no segundo, poderia ter relevância para a concretização das disposições legais. Sobre a relevância do Kodex, ULRICH EISENHARDT, *Gesellschaftsrecht*, 13. A., 2007, 306, na linha de Karsten Schmidt, defende que, mesmo que se considere que as suas disposições não têm carácter de normas jurídicas (*Rechtsnormcharakter*), enquanto normas de conduta (*Verhaltensregeln*), a sua violação é juridicamente relevante. HEFERMEHL/SPINDLER, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, 2. A., 2004, § 93, 443, referem-se a que a *Corporate Governance Commission*, através das suas propostas, contribuiu para aquilo que denominam, na linha de outros autores, “*Aktienreform im permanenz*”. Indiscutível para os autores referidos parece ser a importação do *judgement business rule* dos *Principles of Corporate Governance*, do American Law Institute, com base no *desinterest judgement, informed judgement, rational belief and good faith*. Cf. HEFERMEHL/SPINDLER,

como a um conjunto de regras do Direito da concorrência, do Direito do mercado de valores mobiliários, do Direito fiscal, do Direito da segurança social ou do Direito do ambiente, abrangendo, ainda, o *Compliance-System*<sup>29</sup>.

Neste contexto, Krieger defende que o *business judgement rule* configura uma delimitação negativa da violação de deveres de cuidado (ainda que Hefermehl/Spindler admitam a sua aplicação quer aos deveres de cuidado quer aos deveres de lealdade). Segundo Krieger, a consagração legislativa desta regra teve um significado meramente declarativo (*deklaratorische Bedeutung*), porquanto a jurisprudência da instância judicial superior alemã já admitia a existência de um espaço de actuação empresarial livre de escrutínio. Krieger considera, por isso, que se trata de uma delimitação da ilicitude e não da culpa<sup>30</sup>, não constituindo também uma pura regra relativa à prova, mas uma disposição com um conteúdo material-normativo próprio (*materiell-rechtliche Norm*) que visa a protecção da discricionariedade empresarial do administrador. Quanto aos deveres de lealdade ou de sigilo concretizam-se *v.g.* na proibição de concorrência ou na utilização das oportunidades de negócio da sociedade em proveito próprio<sup>31</sup>.

A responsabilidade do administrador configura, assim, uma responsabilidade dependente de culpa (*verschuldensabhängig*), cuja natureza tem sido pela maioria da doutrina considerada como obrigacional (*schuldvertragliche Haftung*)<sup>32</sup>, embora não se trate de responsabilidade pelo resultado (*Erfolgshaftung*)<sup>33</sup>. Entende-se que constitui uma responsabilidade pela culpa mais objectiva (*objektiver Verschuldensmaßstab*) de todos os administradores, na medida em que não se encontra dependente de conhecimentos ou capacidades pessoais. A violação de deveres não se limita a um quadro contratual, surgindo como violação de deveres pela titularidade do órgão social, enquanto condu-

*Münchener Kommentar*, §93, 453-454, admitindo a sua aplicação aos deveres de cuidado e de lealdade, apesar de considerarem que o Kodex tem um papel concretizador dos deveres do § 93 AktG semelhante às normas DIN, às quais a doutrina alemã tem recusado o papel de normas de protecção (cf. p. 456).

<sup>29</sup> *Compliance* tem origem no verbo *to comply* que significa actuar segundo uma regra. Trata-se de um sistema que visa subordinar toda a actuação empresarial ao cumprimento de regras e directrizes com o objectivo de incrementar a transparência e o controlo das decisões empresariais, de modo a evitar qualquer conduta fraudulenta.

<sup>30</sup> KRIEGER, *Organpflichten und Haftung in der AG*, §3, 45.

<sup>31</sup> BÜRGERS/ISRAEL, *Heidelberg Kommentar*, § 93, 597g aproxima os deveres de lealdade das situações de conflito de interesses e do n.º 4.3. DCGK, e baseia-os na necessidade de actuação no interesse da sociedade e de não actuação no interesse próprio.

<sup>32</sup> HENN/FRODERMANN/JANNOTT, *Handbuch des Aktienrechts*, 2009, 374.

<sup>33</sup> HEFERMEHL/SPINDLER, *Münchener Kommentar*, § 93, 449.

tas normatizadas<sup>34</sup>. Porém, não existe, nesta sede, uma norma genérica que regule todos os deveres dos administradores. Com efeito, a lei limita-se a categorizar os deveres de cuidado (§93 Abs. 1 S.1 AktG) e os deveres de lealdade, *v.g.* o dever de sigilo (§93 Abs. 1 S.3 AktG) e ainda a proibição de concorrência, que se encontra no § 88 AktG.

Hans-Joachim Mertens no *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*<sup>35</sup> considera que no § 93 AktG existem deveres normatizados que devem ser equiparados a normas de protecção, no sentido do § 823 II BGB, a favor da sociedade. Com esta leitura atribui ao § 93 AktG uma função dupla (*Doppelfunktion*<sup>36</sup>) que assenta, por um lado, na delimitação da ilicitude pela violação de deveres que resultam da lei, e, por outro, numa função, equiparada ao § 276 BGB<sup>37</sup> (base da responsabilidade obrigacional) de delimitação do comportamento culposo. Por sua vez, Hefermehl/Spindler defendem que o § 93 Abs. 2 configura o *tatbestand* delitual especial da pretensão indemnizatória, prescindido do recurso ao § 823 II BGB. Tal não significa, porém, que não se trate de uma responsabilidade por violação de normas de protecção. A origem dos deveres pode ser variada, indo desde a lei a estatutos, a regulamentos internos ou ao contrato entre o administrador e a sociedade, e pode abranger deveres não só para com a sociedade, mas também para com outros órgãos<sup>38</sup>.

<sup>34</sup> HEFERMEHL/SPINDLER, *Münchener Kommentar*, § 93, 445, considera que se trata de uma responsabilidade com fonte na lei e não no contrato, resultante da titularidade do órgão e não do contrato celebrado (*Anstellungsvertrag*), pelo que existirá mesmo em caso de invalidade ou ineficácia do contrato. Assim, a responsabilidade começa e termina com a titularidade do órgão. Assim sendo, é de aplicar igualmente ao administrador de facto, uma vez que a protecção da sociedade não pode ficar dependente de uma situação de nomeação formal.

<sup>35</sup> *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, 2. A., 1996, § 93.

<sup>36</sup> Neste mesmo sentido, BÜRGERS/ ISRAEL, *Heidelberg Kommentar Aktiengesetz*, § 93, 596, e HEFERMEHL/SPINDLER, *Münchener Kommentar Aktiengesetz*, §93, 447: “Diese Vorschrift gibt für Vorstandsmitglieder nicht nur einen typisierten Verschuldenmaßstab, sondern zugleich einen normativ objektiven Maßstab für die materiellen Pflichten, deren Verletzung die Grundlage einer Haftung nach Abs 2 darstellt”. De forma similar, SPINDLER/STILZ, *Aktiengesetz*, §§ 1-178, 2007, § 93.

<sup>37</sup> Neste sentido, BÜRGERS/ISRAEL, *Heidelberg Kommentar*, § 93, 596 acrescentando uma referência ao § 347 HGB. De referir, que os autores autonomizam, para além dos deveres de cuidado e de lealdade, os deveres de vigilância horizontais (*horizontale Überwachungspflicht*) nas decisões colegiais e os deveres de vigilância verticais (*verticale Überwachungspflicht*), relativamente a hipóteses de delegação de decisões. Mencionam também deveres de legalidade, que resultam de outras disposições da AktG (*v.g.* §§ 80, 81, 83, 91 e 92, e alguns deveres de informação (§§ 90 e 131), bem como outras leis avulsas que estabelecem igualmente deveres para os administradores. Do círculo deverbal excluem a moral empresarial (*Geschäftsmoral*) e excluem dos deveres de legalidade os deveres contratuais.

<sup>38</sup> HEFERMEHL/SPINDLER, *Münchener Kommentar*, 467-468.

Neste ponto, admitimos que existe uma relação de especialidade entre o § 93 AktG e o § 823 II BGB e que se deverá utilizar a primeira disposição para fundamentar a responsabilidade dos administradores nas sociedades por acções. Porém, o enquadramento que se preconiza é o de que, para além de uma análise a ser realizada pelo prisma da responsabilidade obrigacional, o modelo mais idóneo à compreensão deste *tatbestand* é o das normas de protecção, por estarmos em presença de violação de deveres jurídicos, que se impõe para a protecção da própria sociedade. Acresce que o padrão do gestor criterioso e ordenado se impõe como critério de definição da culpa enquanto juízo de censura pela violação de deveres legais de protecção da sociedade, que surgem em virtude duma titularidade orgânica<sup>39</sup>.

## 2.2. *A responsabilidade dos administradores perante a sociedade no direito societário português*

### i) *A natureza da situação jurídica dos administradores*

Os deveres fundamentais dos administradores consagrados, na actual versão do artigo 64.º/1 do CSC, são considerados, por Menezes Cordeiro, não obstante o silêncio do preâmbulo a este respeito, o culminar das regras relativas ao governo das sociedades<sup>40</sup>. Na formulação positiva que resulta da reforma encontra-se a separação entre deveres de cuidado e deveres de lealdade, que se

<sup>39</sup> Neste sentido, a propósito do § 43 GmbHG, cf. MARSCH-BARNER/DIEKMAN, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht, Band 3, Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, 3. A., 2009, § 46, 916 e ss. Foi muito discutida a relevância do anterior § 64 I GmbHG como norma de protecção a favor de credores (GÜNTHER H. ROTH, *Handels- und Gesellschaftsrecht mit Grundzügen des Wertpapierrecht*, 6. A., 2001, § 18, 241 e KÜBLER/ASSMANN, *Gesellschaftsrecht, Die privatrechtlichen Ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen*, 6 A., 2006, § 18, 288. Cf. Ainda LUDGER WELLKAMP, *Haftung und Haftungsbeschränkungen im Gesellschaftsrecht*, 1998, 174 e ss. Mais recentemente, esta disposição foi substituída pelo § 15 a (1) InsO, cf. BARBARA GRUNEWALD, *Gesellschaftsrecht*, 7. A., 2008, 367-368.

<sup>40</sup> MENEZES CORDEIRO, *Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades (artigo 64.º/1 do CSC)*, em A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura, 2007, 21. Quanto à história do artigo 64.º do CSC, considera que se inspirou no artigo 17.º/1 do Decreto-Lei n.º 49 381, de 15 de Novembro de 1969, que, por sua vez, resultaria do § 93 I AktG de 1965: “Os administradores da sociedade são obrigados a empregar a diligência de um gestor criterioso e ordenado” ao qual foi acrescentada a referência “no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores”.

identificou existir igualmente no § 93 AktG. Aliás, da mesma forma que no direito alemão, o conteúdo dos deveres de cuidado é explicitado com recurso à fórmula de diligência de um gestor criterioso e ordenado. Apesar de se concordar com a afirmação de que a origem dos *duties of care* é anglo-americana<sup>41</sup>, não se pode deixar de referir que, de acordo com o analisado em relação ao direito societário germânico, verifica-se igualmente essa incorporação no § 93 AktG, pelo que nos parece que o legislador português foi beber essa influência ao legislador alemão<sup>42</sup>.

Neste ponto, torna-se essencial compreender, à luz do direito positivo português, a natureza da situação jurídica dos administradores, reservando-se para o ponto *ii*) a explicitação da distinção entre deveres de cuidado e deveres de lealdade. A análise da matéria da responsabilidade dos administradores não é susceptível, de acordo com a posição que se subscreve, de ser realizada sem a sua conjugação com o artigo 64.º/1 do CSC. Advoga-se que a relevância desta disposição ultrapassa a matéria da responsabilidade, mas não se obnubila que é através dela que se procede a um recorte da ilicitude pela formulação normativa da densificação dos deveres que caracterizam a situação jurídica do administrador. Deste modo, considera-se que a configuração dos deveres dos administradores representa um aspecto nevrálgico do respectivo regime de responsabilidade<sup>43</sup>, que se impõe como área de injuntividade na decomposição da sua situação jurídica.

Com efeito, é a própria lei que recorta os deveres jurídicos, que são independentes de qualquer relação entre o administrador e a sociedade, pelo que se impõem mesmo em caso de invalidade contratual e em situações de administração de facto. Note-se que o artigo 64.º/1 do CSC apresenta-se como uma disposição incompleta<sup>44</sup>, que não tem sanção estatuída na própria dispo-

<sup>41</sup> MENEZES CORDEIRO, *Os deveres fundamentais*, 22-23.

<sup>42</sup> A reforma de 2006 teria tido já a possibilidade de tomar em consideração *inclusive* a UMAG 22/Set.-2005.

<sup>43</sup> Cf. CARNEIRO DA FRADA, *A business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*, em A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura, 2007, 63.

<sup>44</sup> CARNEIRO DA FRADA, *A business judgement rule*, 64, preconiza que a versão anterior do artigo 64.º já permitia, através da bitola do gestor criterioso e ordenado, a autonomização desses deveres independentemente da existência de outros deveres legais ou contratuais existentes. Porém, como não tinha acoplada qualquer sanção, tratava-se de uma proposição incompleta. Considerava, por isso, que a diligência de um gestor criterioso e ordenado continha um critério de ilicitude e de culpa (cf., do mesmo Autor, *Direito civil. Responsabilidade civil. O método do caso*, 2006, 119). Porém, parece-nos preferível a posição de MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos*

sição, mas cuja previsão normativa, conjugada com as disposições sobre responsabilidade dos administradores (artigo 71.º e seguintes), permite enquadrar a respectiva sanção. Como defendemos em estudo anterior, a ilicitude não exige sanção, uma vez que a *lex imperfecta* permite definir a ilicitude relevante para efeitos da responsabilidade<sup>45</sup>, sendo normalmente essas disposições, desde que com a natureza de comandos com um carácter impositivo ou proibitivo (*Befehlsqualität*), consideradas como normas de referência para efeito da responsabilidade por normas de protecção. Desta feita, cumpre averiguar, o que já vimos defendido por alguma doutrina alemã (Mertens e Hefermehl<sup>46</sup>), se os deveres dos administradores configuram normas de protecção para efeitos de responsabilidade.

Na esteira do ensinado por Menezes Cordeiro, consideramos que a posição jurídica, em globo, dos administradores se caracteriza como um estado (*status*). Com efeito, trata-se de uma situação jurídica complexa e compreensiva, que abrange um conjunto de direitos e deveres. Neste sentido, a gestão, a administração e a representação da sociedade dever-se-ão qualificar como poderes-deveres, com uma dimensão funcional, e não verdadeiramente como estritos deveres em sentido técnico-jurídico<sup>47</sup>. A posição que se subscreve é a de que esses poderes funcionais são potestativos, o que significa que se caracterizam como situações jurídicas absolutas, não originando quaisquer direitos correspondentes por parte da sociedade<sup>48</sup>. Nestes termos, os deveres de cuidado e de lealdade configuram aspectos de passividade e de adstricção no exercício de posições jurídicas activas, como o são a gestão, a administração e a representação societárias<sup>49</sup>. Estes deveres surgem, assim, como espaços de vinculação, que

*administradores das sociedades comerciais*, 1997, 523, de que seria necessário para a responsabilidade a violação de deveres legais ou contratuais.

<sup>45</sup> O nosso *Normas de protecção*, 647.

<sup>46</sup> *Supra* 2.2.

<sup>47</sup> Cf. MENEZES CORDEIRO, *Manual*, 794, menciona o *poder* de gerir, administrar e representar e CARNEIRO DA FRADA, *A business judgement rule*, 76, refere-se ao *dever* de administrar. Pensamos ser importante sublinhar a existência de uma situação jurídica activa dos administradores em relação à sociedade. Deve inserir-se neste contexto a discussão sobre se a administração se encontra ao serviço da sociedade ou dos sócios. Neste ponto, divergimos de MENEZES CORDEIRO, sendo para nós inequívoco que há um interesse da sociedade que se autonomiza, interpõe e sobrepõe aos interesses dos sócios. A sociedade serve os sócios. A administração serve a sociedade. Os sócios contribuem para definir o interesse da sociedade, mas no quadro do respectivo regime jurídico com significativos espaços de injuntividade. Cf. p. 793 do *Manual*.

<sup>48</sup> MENEZES CORDEIRO, *Manual*, 879.

<sup>49</sup> O nosso *Normas de protecção*, 540.

visam a tutela do próprio ente societário, para além de outros interesses que podem relevar enquanto interesses reflexos, *v.g.* os dos sócios, os dos credores, os de terceiros e os de trabalhadores. A própria funcionalidade dos poderes, que leva a caracterizá-los como poderes potestativos funcionais<sup>50</sup>, pressupõe que sejam vinculados a fins heteronomamente determinados, pelo que se inserem no condicionamento do seu exercício a fins pré-determinados.

Por esta razão, descortina-se um espaço de permissão e de imposição normativas na situação de administração, sendo indiscutível a natureza impositiva/proibitiva do artigo 64.º/1 do CSC na delimitação do espaço de permissão do poder de gestão e administração societárias. Isto aponta para que no sistema de responsabilidade civil dos administradores os seus deveres devam ser concebidos como normas de protecção, independentemente de poderem ser dobrados por regras estatutárias ou contratuais de conteúdo idêntico. Neste ponto, poderá surgir um entendimento crítico desta solução, atendendo à sua natureza infundamentada. Porém, encontramos no artigo 64.º/1 as duas marcas da identificação das normas de protecção: *i)* o *Befehlsqualität* e *ii)*, na sua teleologia normativa, a evidência da tutela de interesses específicos, que assumem a natureza de *interesses juridicamente protegidos*<sup>51</sup>. Aliás, haverá poucos casos em que o legislador aponta *expressis verbis* os interesses/fins que se visam pro-

<sup>50</sup> MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito civil I – Parte Geral*, Tomo 1, 3.ª ed., 2005, 349-350. Os poderes funcionais, poderes-deveres (direitos-deveres) definem-se como obrigações específicas de aproveitamento de um bem. Trata-se do aproveitamento de um bem que não é permitido – como na figura do direito subjectivo –, mas obrigatório. O titular deve agir muitas vezes dentro de certos limites. Segundo Menezes Cordeiro, trata-se de uma posição jurídica activa. Somos tentados por este enquadramento. Admitimos, porém, que há situações jurídicas cuja dupla natureza activa/passiva convida a não optar por uma delas. Os poderes funcionais estão normalmente associados a interesses, que se prosseguem no seu exercício, previstos nas normas que o condicionam, pelo que, mais uma vez, não nos é possível subscrever a natureza pré-científica do conceito de interesse. Em relação ao conceito de interesse remetemos para o nosso *Normas de protecção*, 539-545.

<sup>51</sup> Cf. as conclusões §§ 6 e 7 do nosso *Normas de protecção*, 834-835: “A diferenciação entre direitos subjectivos e interesses juridicamente protegidos assenta na protecção jurídica e nas opções de técnica de construção normativa. Os interesses juridicamente protegidos resultam de normas impositivas ou proibitivas, que incidem sobre um grupo ou uma generalidade de pessoas enquanto suas destinatárias. A distinção parece apontar para dois planos: um plano de direito objectivo, em que a protecção é indirecta, e um plano que pressupõe a violação, em que a protecção passa a ser directa. O Direito privado, assente predominantemente na técnica da jussubjectivização, atribui, por regra, um espaço de liberdade aos indivíduos. Salienta-se, por isso, uma ruptura com o seu paradigma liberal quando deixam de se corporizar verdadeiros direitos subjectivos, através de normas permissivas, e se constroem normas impositivas e proibitivas que protegem determinados interesses que passam a ser recebidas pelo sistema delitual”.



teger com a imposição de deveres de conduta, como acontece no artigo 64.º/1 do CSC. Ora, tudo isto leva à configuração desta disposição como uma norma primária, que necessita da respectiva articulação com a norma secundária do artigo 72.º/1, cuja consagração seria porventura dispensável em razão da existência do artigo 483.º/1 do Código Civil (CC), pressupondo uma relação de especialidade com o *tatbestand* delitual geral.

De referir que o legislador qualificou os deveres do artigo 64.º/1 do CSC como deveres fundamentais e, não obstante, em má técnica legislativa, ter estabelecido que os administradores *devem* observar *deveres* de cuidado e *deveres* de lealdade<sup>52</sup>, a verdade é que estes deveres podem impor-se autonomamente no espaço dos poderes-deveres de administrar/gerir, bem como condicionar o exercício de outros deveres jurídicos que se especificam autonomamente noutras disposições do CSC, *v.g.* o dever de relatar a gestão e de apresentar as contas, que se explanam no artigo 65.º.

Esta análise pode apontar, atendendo à história do preceito, para o desenvolvimento de um duplo patamar de ilicitude, que indicará o fenómeno de alargamento da ilicitude que se assinalou em estudo anterior em relação às normas de protecção<sup>53</sup>. Com efeito, para quem, como Carneiro da Frada, defendia que o critério do gestor ordenado e criterioso permitia de *per se* autonomizar concretos deveres, a nova redacção, com a densificação dos citados deveres implicará uma eventual dupla referência à ilicitude<sup>54</sup>. Apesar de ser igualmente plausível, como defende o Autor, que a autonomização dos deveres de cuidado e de lealdade tenha feito com que a diligência se deslocizasse para a culpa, ainda que subscreva que esse critério de diligência especial permanece ainda no domínio da ilicitude, embora “*com um papel mais modesto*”.

Analisando retrospectivamente a discussão desenvolvida a propósito dos deveres dos administradores, sentir-nos-íamos, hoje, mais confortáveis se, no passado, tivéssemos alinhado na defesa de que a anterior versão do artigo 64.º/1, enquanto norma de enquadramento, não prescindia de concretos deveres<sup>55</sup>, podendo esses deveres ser recortados por normas específicas ou por cláu-

<sup>52</sup> A mesma crítica, referindo-se a expressão “*linguisticamente inapropriada*”, CARNEIRO DA FRADA, *A business judgement rule*, 69.

<sup>53</sup> O nosso *Normas de protecção*, 688.

<sup>54</sup> CARNEIRO DA FRADA, *A Business Judgement Rule*, 64. O Autor escreve que na versão originária do artigo 64.º do CSC a diligência do gestor criterioso e ordenado constituía o principal elemento caracterizador dos deveres que impendiam sobre o administrador, tratando-se do principal padrão de aferição da licitude/ilicitude da sua conduta.

<sup>55</sup> MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade dos administradores*, 496 e 522.

sulas gerais, como a boa fé. Em nosso entender, o legislador, na versão reformada do artigo 64.º do CSC, limita-se a densificar a operação de interpretação sistemática e de procura de outras normas primárias que definem os deveres de conduta, operação esta que incumbiria ao intérprete na sua versão original. Assim sendo, não subscrevemos a ideia da existência actual de um duplo patamar de ilicitude. Com efeito, o padrão de diligência não autonomiza de *per se* concretos deveres de conduta, pelo que, importado da *negligence* anglo-saxónica, que imbrica a ilicitude na culpa, deve possuir uma leitura, nos sistemas continentais, no domínio da culpa.

Em conclusão, preconizamos que os deveres fundamentais podem ser vistos de forma caleidoscópica: enquanto deveres que adstringem um poder-dever dos administradores, enquanto deveres autónomos que recortam a ilicitude das suas condutas e enquanto deveres acoplados a outros deveres dispersos por outras disposições do Código das Sociedades Comerciais e restante legislação. A norma que os formula possui os requisitos de qualificação das normas de protecção, pelo que conjugada com o artigo 72.º/1 do CSC – que possui no sistema da responsabilidade civil dos administradores um papel equiparável ao artigo 483.º/1, 2.ª parte, do CC –, permite realizar o exercício de escrutinar o modelo das normas de protecção no enquadramento da responsabilidade entre administrador e sociedade. Trata-se, por isso, de uma norma primária a conjugar, em termos sistemáticos, com outras normas primárias e com normas secundárias. Passemos ao segundo ponto.

ii) *A compreensão da distinção entre deveres de cuidado e deveres de lealdade*

Como já foi referido, a distinção que se evidencia no artigo 64.º/1 do CSC entre deveres de cuidado e deveres de lealdade ultrapassa a questão, que analisámos no ponto i), da existência de um *duplo patamar de ilicitude*, para se espriar por uma outra, distinta, que se coloca em torno da existência de dois critérios diferenciados de ilicitude. Mais uma vez, como no ponto anterior, a justa compreensão das constelações de casos que podem ser abrangidos pelos dois conjuntos de deveres pressupõe rigor analítico ao nível da identificação e avaliação das situações jurídicas em presença.

No que se refere aos deveres de lealdade, segue-se de perto a análise sobre a sua origem jushistórica, realizada por Menezes Cordeiro<sup>56</sup>, defendendo-se a

<sup>56</sup> MENEZES CORDEIRO, *Os deveres fundamentais*, 42-43.

sua inserção na boa fé e, dentro desta, na vertente do sub-princípio da tutela da confiança; considera-se, no entanto, que no direito societário os deveres de lealdade surgem como deveres de conteúdo positivo e negativo, atendendo ao princípio fundamental de que se está a gerir negócio alheio e não interesses próprios<sup>57</sup>. Por esta razão, contrariamente ao defendido na doutrina alemã por Krieger, os deveres de lealdade e os deveres de cuidado<sup>58</sup> têm referenciais comuns, uma vez que tanto o cuidado, como a lealdade, se impõem por a administração ter um poder de ingerência em interesses alheios<sup>59</sup>, que são *prima facie* os interesses da sociedade.

Assim, ao contrário de alguma doutrina portuguesa<sup>60</sup>, não pensamos que na fórmula legislativa actual haja uma verdadeira “troca de referentes”, antes defendemos que, quer os interesses que se evidenciam em relação aos deveres de lealdade, quer o critério do gestor criterioso e ordenado que se acrescenta aos deveres de cuidado, se aplicam simultaneamente a ambos os deveres: de cuidado e de lealdade. Nestes termos, em vez de *troca de referentes*, inclinamo-nos

<sup>57</sup> A jurisprudência alemã foi permitindo alguma concretização dos deveres de lealdade, que foram posteriormente consagrados no Kodex, como a proibição de actuação em conflito de interesses, de concorrer com a sociedade, de aproveitar oportunidades societárias para si ou para terceiros em detrimento da sociedade, de prosseguir interesses extra-sociais e de agir conscientemente em prejuízo da sociedade. Concordamos com CARNEIRO DA FRADA, *A business judgement rule*, 75, de que este é o conteúdo próprio dos deveres de lealdade, que são, pelas constelações de casos que abrangem, destrincháveis, com rigor, dos deveres de cuidado. Esta concretização permite igualmente salientar que os deveres de lealdade não se afastam dos interesses/objectivos/fins que se pretende proteger/alcançar, sendo inegável que a sua imposição protege, pelo menos, o interesse da sociedade. A lealdade não realiza interesses, mas decorre do cumprimento dos deveres de lealdade a protecção de interesses. Não há, pois, que limitar a referência aos interesses nos deveres de cuidado.

<sup>58</sup> Krieger defende que os deveres de cuidado se impõem por o administrador gerir interesses alheios. Cf. *supra*.

<sup>59</sup> No mesmo sentido, CARNEIRO DA FRADA, *A business judgement rule*, 69, considera que o especial dever de cuidado decorre da curadoria do interesse de alguém estar atribuído a outrem e de o administrador estar investido numa posição cujo exercício pode ser prejudicial ou em relação ao qual não há prevenção ou controlo suficiente. Concordamos com a posição de que os administradores se encontram numa situação de titularidades de deveres de lealdade acrescida. Já não podemos aceitar a conclusão, p. 70, de que existe uma origem diferente *ex voluntate* ou *ex lege* entre os deveres de cuidado e os deveres de lealdade, dado, na nossa óptica, se tratar de deveres de fonte legal, independentemente da existência de qualquer relação fundada na autonomia privada.

<sup>60</sup> MENEZES CORDEIRO, *Os deveres fundamentais*, 49, considera que o legislador inverteu os termos do problema e a mesma ideia é defendida por CARNEIRO DA FRADA, *A business judgement rule*, 69.

para a defesa de uma interpretação conjunta das referidas alíneas<sup>61</sup>, que se apoia igualmente na crítica à opção legística de as separar, conduzindo a uma aparente redução da necessidade de uma leitura conjunta desses deveres.

Há, contudo, algo que permite justificar a opção de técnica legislativa adoptada e que assenta na diferente natureza e evolução jushistórica dos deveres de lealdade e de cuidado. A boa fé e o princípio da tutela da confiança justificam deveres de lealdade acrescidos na vida societária<sup>62</sup>. No entanto, já não nos parece possível reconduzir os deveres de cuidado exclusivamente à boa fé, à tutela da confiança ou à primazia da materialidade subjacente. Neste ponto, vem-nos à memória um estudo sobre o direito anglo-saxónico<sup>63</sup> em que os deveres de cuidado, neste sistema, surgiam do patamar de diligência em situações concretas, mas em que não se prescindia da sua concretização. Assim, a natureza dos deveres de cuidado decorre do surgimento e da evolução destes deveres, cuja origem partiu de uma censura sobre o comportamento do agente e que se concretizaram posteriormente como uma desconformidade com o

<sup>61</sup> Esta solução também é preconizada por MENEZES CORDEIRO, *Os deveres fundamentais*, 52, denominando-a como uma “saída interpretativa”. Na nossa análise interpretativa, a redacção do preceito apontaria para o seguinte teor: *Os gerentes e administradores estão no exercício das suas funções adstritos a deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade adequados às suas funções, e a deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses de outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores, empregando a diligência de um gestor criterioso e ordenado*. Trata-se, contudo, de uma fórmula pouco elegante, pelo que defenderíamos uma alternativa legislativa muito mais reduzida: *Os gerentes e administradores estão no exercício das suas funções adstritos a deveres de cuidado e a deveres de lealdade, empregando a diligência de um gestor criterioso e ordenado*. Competiria à jurisprudência a concretização dos padrões de escrutínio *in concreto*. Pensamos que a intenção do legislador, de tudo querer regular, se manifestou na inserção de inúmeros critérios de escrutínio que, face ao caso concreto, podem ou não ser relevantes, sendo por vezes contraproducentes. Pretende-se claramente que as sociedades não sejam utilizadas como instrumentos de angariação individual de riqueza, preconizando sua manutenção e sustentabilidade ao longo do tempo. Por esta via, procura-se condicionar a evolução do tecido económico.

<sup>62</sup> Concordamos com CARNEIRO DA FRADA de que são acrescidos deveres de lealdade. Porém, pensamos, em nome de um conteúdo modelável da boa fé, que não há lugar a comparações com o artigo 762.º/2 do CC. Cf. p. 70 de *A business judgement rule*.

<sup>63</sup> Com efeito, no nosso *Os danos puramente económicos nos sistemas de common law – I*, Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel Magalhães Colaço, II, 2002, 207, preconizava-se que a *negligence* não prescinde da noção de dever de cuidado para transformar “uma situação” num “dever de situação”. O *standard* do gestor criterioso e ordenado comporta-se à semelhança de *negligence*, como um *standard* de boa conduta que necessita da concreta identificação dos *duties of care* que se violam.

ordenamento jurídico, enquanto que os deveres de lealdade se filiam numa resposta oriunda do apelo aos valores fundamentais do sistema<sup>64</sup>. Por esta razão, há que compreender a existência de uma cesura entre os deveres de cuidado e de lealdade, embora se aproximem enquanto deveres de conduta que apelam, em conjunto, ao conceito de “ilicitude de acção”.

Ora, enquanto que o “desvalor do resultado” torna suficiente o preenchimento legal do tipo normativo, desde que não intervenha uma causa de exclusão da ilicitude, no “desvalor da acção”, além da ilicitude de uma determinada conduta, é acessoriamente necessária uma fundamentação positiva baseada na prova da lesão de um determinado dever de conduta. Consequentemente, o preenchimento da ilicitude exige a demonstração de que efectivamente se violou um dever de conduta<sup>65</sup>. Para tal, impõe-se autonomizar o dever. Ora, como não estamos em presença da violação de direitos subjectivos absolutos ou relativos da sociedade, terá de ser afirmado, em abstracto e em concreto, o carácter de norma de protecção na formulação dos deveres dos administradores e a respectiva violação *in concreto* para o preenchimento da ilicitude. Passemos ao ponto *iii*).

### *iii) A função de diligência do gestor criterioso e ordenado*

As conclusões alcançadas no ponto anterior assumem relevância neste. Com efeito, na medida em que a ilicitude na versão actual do artigo 64.º/1 se recorta pela configuração dos deveres que adstringem os administradores e que visam a protecção da sociedade, numa leitura interior aos sistemas de responsabilidade civil continentais, a diligência do gestor criterioso e ordenado deve inserir-se na culpa como sistema de imputação da responsabilidade dos administradores<sup>66</sup>. Na verdade, a culpa, numa concepção normativa, corresponde à omissão da diligência que seria exigível ao administrador que causou danos à sociedade pela violação dos deveres de cuidado e de lealdade, de acordo com o padrão de conduta que a lei impõe. Ora, esse padrão de conduta é o do gestor criterioso e ordenado.

<sup>64</sup> Cf. NUNO TRIGO DOS REIS, *Os deveres de lealdade dos administradores de sociedade comerciais*, Cadernos O Direito 4 (2009), 279-419.

<sup>65</sup> O nosso *Normas de protecção*, 649.

<sup>66</sup> CARNEIRO DA FRADA, *A business judgement rule*, 65, admite que a diligência oscile entre a ilicitude e a culpa referindo-se a este respeito à “diligência exterior” e “interior” e subscrevendo a mobilidade entre o espaço da ilicitude e da culpa.

Num modelo *jheringiano/windsheidiano* de responsabilidade delitual – como o nosso – a ilicitude cobre a desconformidade com o ordenamento e a culpa a censurabilidade<sup>67</sup>. No caso do artigo 64.º, a epígrafe *deveres fundamentais* revela-se insuficiente para descrever o respectivo âmbito normativo, porquanto o legislador não se limita a recortar a ilicitude pela violação de deveres, recortando igualmente a culpa. O que deve ser salientado, neste ponto, é que não são os critérios de Direito Civil que definem *in casu* a culpa do administrador, mas uma bitola de diligência mais exigente do que a que se encontra no artigo 487.º/2 do CC. O artigo 72.º/1 do CSC pressupõe, para efeitos de constituição de uma obrigação de indemnizar para com a sociedade, que os deveres sejam violados culposamente (com dolo ou negligência), o que aproxima este artigo do artigo 483.º/1, 2.ª parte, do CC, que não prescinde do dolo e da negligência na violação de normas de protecção.

No caso da responsabilidade dos administradores, a culpa tem de referir-se à violação do dever, bastando assim a mera previsibilidade e inevitabilidade, o que leva a configurar o tipo normativo do artigo 64.º como uma disposição de perigo abstracto<sup>68</sup>, uma vez que não pressupõe qualquer resultado (*Verletzungserfolg*) ou perigo de resultado (*Gefährdungserfolg*). Ora, nesta situação, a ilicitude descreve o cuidado exterior, ficando a culpa reduzida ao cuidado interior. A jurisprudência alemã tem considerado que da violação da norma de protecção resulta a violação do cuidado exterior, que permite concluir pela violação do cuidado interior, pelo que se oscila, neste ponto, entre uma prova *prima facie* e uma inversão do ónus da prova<sup>69</sup>.

A diligência do gestor criterioso e ordenado surge, nestes termos, como medida do cuidado interior do administrador face à sociedade, correspondendo ao conhecimento e ao evitar da violação do dever de cuidado e de lealdade pela sua parte. Desta forma, somos de parecer que se trata de uma bitola comum quer aos deveres de cuidado, quer de lealdade, o que permite reafirmar a necessidade de uma leitura conjugada das alíneas do n.º 1 do

<sup>67</sup> O nosso *Normas de protecção*, 670. Cf. também, na p. 837, a nossa conclusão § 9: “As normas de protecção, apesar de resultarem da recusa da adopção da cláusula geral napoleónica, delimitando a ilicitude e a culpa, na sua aplicação prática convocam um modelo de pressupostos da responsabilidade delitual próximo da faute de tipo napoleónico, em que se aproximam os elementos de ilicitude, culpa e causalidade. No entanto, não é de prescindir da culpa e da causalidade na responsabilidade por violação de normas de protecção, nem defender um modelo domatiano na sua aplicação prática.”.

<sup>68</sup> O nosso *Normas de protecção*, 673-675.

<sup>69</sup> O nosso *Normas de protecção*, 588.

artigo 64.<sup>o</sup>70. Em sentido contrário, Carneiro da Frada entende que a bitola do gestor criterioso e ordenado só se aplica aos deveres de cuidado. A defender-se esta tese qual seria então a medida da culpa exigível para a violação dos deveres de lealdade? Restaria o artigo 487.<sup>o</sup>/2 do CC, que preconiza que a culpa é apreciada, na falta de outro critério legal, pela diligência de um bom pai família, em face das circunstâncias concretas. Ora, este estalão torna mais fluidas e menos objectivas, do ponto de vista da censurabilidade, as exigências acrescidas de lealdade que devem colocar-se aos administradores, pelo que o critério legal do gestor criterioso e ordenado deve impor-se igualmente (directa ou analogicamente) em relação aos deveres de lealdade. Não há, neste ponto, qualquer aproximação a um incumprimento obrigacional, porquanto não se descortina um verdadeiro direito das sociedades ao cumprimento de deveres de cuidado e de lealdade, mas apenas um *interesse juridicamente protegido* da sociedade através do ressarcimento dos danos resultantes da sua violação.

Posto isto, o critério de diligência do gestor criterioso e ordenado tem de se articular com o segmento do artigo 72.<sup>o</sup>/1, que refere “*salvo se provarem que procederam sem culpa*”. À semelhança do que observámos em relação às normas de protecção<sup>71</sup>, a violação do cuidado exterior indicia a violação do cuidado interior, verificando-se os fenómenos de mobilidade de “*alargamento da ilicitude*” e de “*encurtamento da culpa*”, pelo que a culpa funciona essencialmente nas normas de protecção como um pressuposto negativo. Não se trata *in casu* de uma previsibilidade e evitabilidade individual mas específica de um grupo, pelo que é mais exigente. Assim, seguimos a tese de Sinde Monteiro de aplicar o modelo da responsabilidade obrigacional à culpa na violação de normas de protecção por se registar uma “*flagrante analogia material*”<sup>72</sup>. A falta de culpa, segundo o Autor, é tecnicamente uma excepção, pelo que caberá ao lesante a prova de ausência de culpa. Por outro lado, o Autor admite a extensão da presunção de culpa prevista no artigo 493.<sup>o</sup>/2 do CC às normas de protecção de perigo abstracto<sup>73</sup>. Com este modelo, que admite a existência de uma prova

<sup>70</sup> No mesmo sentido, MENEZES CORDEIRO, *Os deveres fundamentais*, 52: “*Finalmente: a bitola da diligência, que antes acompanhava todos os deveres dos administradores, parece agora confinada aos deveres de cuidado: não é brilhante.*”

<sup>71</sup> O nosso Normas de protecção, 674: “*A violação de uma norma de protecção não dá origem à imputação de responsabilidade objectiva ou pelo risco. Se, de acordo com o conteúdo da norma de protecção, for possível uma infração da mesma de forma não culposa, apenas se poderá considerar o dever de indemnizar com uma efectiva violação culposa. No entanto, raramente se verificam casos de violação não culposa de normas de protecção.*”

<sup>72</sup> SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações e informações*, 1989, 262.

<sup>73</sup> SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, 264.

*prima facie* da culpa ou mesmo uma presunção de culpa do administrador que viola deveres legais, atinge-se uma explicação de que caberá aos administradores o ónus de provarem que actuaram sem culpa<sup>74</sup>. Passemos, por fim, ao ponto *iv*).

#### iv) *O papel do business judgment rule*

Em coerência com o defendido nos pontos anteriores sobre a necessidade de uma leitura conjugada dos deveres de cuidado e de lealdade, também na nossa visão desta responsabilidade especial o *business judgement rule* aplica-se quer aos deveres de cuidado, quer aos de lealdade<sup>75</sup>. Não se trata de forçar uma solução, pois o conteúdo dessa regra para isso aponta. Com efeito, o segmento “*livre de qualquer interesse pessoal*” configura-se como o mínimo denominador comum do núcleo de comportamentos que tem concretizado a violação dos deveres de lealdade. Já os segmentos referentes à “*informação*” e à “*racionalidade empresarial*” aproximam-se mais dos comportamentos positivos no domínio da competência técnica e do conhecimento da actividade da sociedade adequados às funções dos administradores para obstar à violação de deveres de cuidado.

No âmbito dos deveres funcionais existe uma área de hetero-vinculação dos fins, que, não obstante, não exclui áreas de discricionariedade dos administradores (*Handlungsspielraum*), às quais é co-natural a incerteza e o risco. Como no Direito administrativo, a sindicabilidade na discricionariedade desloca-se do acto para a sua fundamentação, dada a necessidade de realização de determinadas ponderações. Há, assim, uma limitação dos poderes-deveres através do estabelecimento de deveres de conduta no plano decisório. Trata-se de deveres procedimentais no âmbito dos poderes-deveres funcionais. Estes deveres, embora se relacionem com os deveres de cuidado e de lealdade, podem ser autonomizados por se imporem essencialmente como sub-deveres procedimentais. Uma análise deste tipo pode fazer porventura algum sentido; no entanto, a verdadeira questão a que temos de dar resposta é a de saber de que

<sup>74</sup> GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização de sociedades e responsabilidade civil (após a reforma do Código das Sociedades Comerciais)*, 2006, 69: “No limite, poder-se-á dizer que o legislador terá querido acautelar a possibilidade de, em face da erosão das fronteiras entre as duas grandes divisões clássicas da responsabilidade civil, a natureza contratual da responsabilidade poder vir a ser posta em causa, definindo como regra a presunção de culpa (individual) dos administradores”.

<sup>75</sup> Neste sentido também CARNEIRO DA FRADA, *A business judgement rule*, 81, ao defender que tem como referência o dever de (boa) administração.



modo esta situação releva para a responsabilidade civil? Com efeito, se estamos na área de discricionariedade empresarial não fará sentido importar uma dimensão de ilicitude que levará a restringir de forma inadmissível a liberdade de decisão dos administradores. Pelo contrário, se nos encontramos fora da área de discricionariedade, a violação dos deveres jurídicos de cuidado e de lealdade não deverá ser relativizada pelo cumprimento de deveres procedimentais no *iter decisório*.

Note-se que o legislador nacional foi muito cuidadoso<sup>76</sup> ao não se referir expressamente à ilicitude ou à culpa, mas simplesmente à *exclusão da responsabilidade*, como que inaugurando uma nova categoria a acrescer às tradicionais causas de exclusão da ilicitude e da culpa. No que concerne ao *business judgement rule*, poderíamos ser tentados a um exercício – que nos parece estéril *in casu* – de indagar se se comporta, no sistema de responsabilidade delitual, como uma causa de exclusão da ilicitude ou da culpa. Ora, como já referimos, temos dificuldade em afastar a ilicitude da violação de certos deveres dos administradores com base na referida regra, pelo que se trata apenas de uma regra do sistema de responsabilidade e não da aferição da ilicitude comportamental dos administradores<sup>77</sup>.

A ilicitude da conduta dos administradores assenta na própria acção e não num determinado resultado, designadamente ao nível da lesão de um certo bem jurídico, o que implica consequências a nível donexo de causalidade. Com efeito, a causalidade dos danos tem que ser equacionada no contexto das normas de perigo<sup>78</sup>. Nas normas de perigo abstracto o legislador traça a linha do cuidado. A área de protecção da norma define o dano. É de indemnizar o dano cuja ocorrência a norma de protecção deveria evitar. Não é decisiva a perspectiva do lesante, antes a do legislador. Assim, o critério da adequação é substituído pelo da causalidade normativa. Portanto, a limitação da imputação do dano não deve resultar da falta de adequação, mas sim do fim de protecção da norma<sup>79</sup>.

<sup>76</sup> No § 93 AktG parece-nos difícil não colocar o *business judgement rule* no quadrante da ilicitude, uma vez que o próprio legislador afasta a violação do dever.

<sup>77</sup> O artigo 72.º/2 funciona – passe a incorrecção – como uma “norma de protecção” dos administradores. Não se trata de uma norma de protecção em sentido técnico, porquanto estas permitem o ressarcimento dos danos, quando, neste caso, o que temos é uma norma que visa afastar esse ressarcimento.

<sup>78</sup> *Normas de protecção*, 689.

<sup>79</sup> *Normas de protecção*, 696.

A dogmática desenvolvida a propósito das normas de protecção coloca no domínio da causalidade o comportamento lícito alternativo. A ideia centra-se no seguinte: se tivesse havido um comportamento alternativo lícito – com cumprimento dos deveres procedimentais instrumentais aos deveres de cuidado e de lealdade – o dano ter-se-ia igualmente registado. Nestes casos entende-se que a violação do dever não é causal por não ter aumentado o perigo da ocorrência do dano. Ora, o comportamento alternativo lícito não deve ser inserido em sede de ilicitude, pois isso permitiria volatilizar a ilicitude<sup>80</sup>. Porém, o *business judgment rule* poderá porventura funcionar na responsabilidade dos administradores perante a sociedade como um recorte da causalidade, permitindo ao lesante eximir-se da responsabilidade pelo preenchimento do ónus da prova de que o dano ocorreria em concreto mesmo que se tivessem respeitado os respectivos deveres<sup>81</sup>.

Posto isto, o *business judgement rule* configura uma regra que não visa delimitar a ilicitude, mas sim, na formulação positiva portuguesa, delimitar a responsabilidade, pelo que melhor se insere em sede de causalidade, funcionando de forma paralela à relevância negativa da causa virtual. Ora, a dimensão causal orientou o legislador para os procedimentos do *iter* decisório, que actuam como causas, motivos ou fundamentos do acto ou da omissão. Por esta razão, concordamos com Carneiro da Frada quando considera que o *business judge-*

<sup>80</sup> É claro que tudo isto pode ser discutido, porquanto a própria distinção entre a *causalidade que preenche a responsabilidade* e a *causalidade que fundamenta a responsabilidade* só se justificaria nas normas que prevêm um resultado lesivo. Por outro lado, é também admissível considerar que os deveres gerais dos administradores se comportam como uma cláusula geral e que estão sujeitos a ponderação atendendo à adopção das medidas de prevenção do perigo e à razoabilidade das medidas adoptadas. Neste caso, o *business judgement rule* configurar-se-ia como uma causa de justificação: o *comportamento conforme ao tráfego*. Nipperdey subscreveu este conceito. Uma actividade exercida “*de forma conforme ao tráfego*” (socialmente adequada e com o cuidado necessário no tráfego) não é ilícita, ainda que se verifique um resultado danoso. Com efeito, os prejuízos inevitáveis, que surgem, apesar do cumprimento de todas as regras de cuidado, não são ilícitos. NIPPERDEY, *Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht*, NJW 1957, 1777, e NJW 1967, 1985 e ss.

<sup>81</sup> Na doutrina alemã, KRIEGER, *Organpflichten und Haftung*, 57, recusa a possibilidade de funcionamento do comportamento lícito alternativo no domínio das regras de competência, de organização e de procedimento, por o fim de protecção destas normas ser desrespeitado. A mesma ideia em BÜRGER/KÖRBER, *Heidelberg Kommentar Aktiengesetz*, 2008, § 93, 602. Porém, em relação aos deveres de cuidado e lealdade não se afasta a possibilidade de invocar o comportamento lícito alternativo. De referir que por força do § 93 AktG a maioria da doutrina alemã insere o *business judgement rule* na ilicitude.

*ment rule* permite inserir um controlo procedimental no *iter* decisório<sup>82</sup>, embora nos afastemos da solução que pretende que o *business judgement rule* tem lugar no quadrante da ilicitude<sup>83</sup>. Com efeito, ainda que para se chegar à ilicitude seja essencial jogar com “*camadas normativas múltiplas*”, uma vez que todas contribuem para um juízo final neste domínio; a ilicitude das condutas dos administradores não fica condicionada pelo *business judgement rule*, que apenas tem uma palavra a dizer para efeitos de responsabilidade civil. Trata-se, pois, de uma válvula do sistema, que permite limitar excessos de responsabilidade, pelo que, de um ponto de vista histórico, justifica-se mais em sistemas, como o norte-americano e o alemão, com uma larga tradição de acções de responsabilidade civil enérgicas<sup>84</sup>. No nosso sistema, a consagração do *business judgement rule* vem ao arpejo da tendência legislativa da reforma de 2006 que pretendia implementar uma cultura de maior responsabilidade. Contudo, a solução adoptada não deixa de permitir equilibrar os *interesses* dos administradores, não onerando de forma excessiva o risco da respectiva responsabilidade perante a sociedade.

#### 2.4. *A responsabilidade perante os credores sociais*

O modelo da responsabilidade dos administradores perante os credores sociais encontra-se imbricado no modelo de responsabilidade perante a sociedade, razão que nos fez sentir a necessidade de um tratamento conjunto destas duas modalidades de responsabilidade<sup>85</sup>. Coloca-se, neste ponto, a questão

<sup>82</sup> CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil. Responsabilidade civil*, 122.

<sup>83</sup> No sentido de o § 93 (1) 2 AktG funcionar com cláusula de exclusão da ilicitude. MENEZES CORDEIRO, *Os deveres fundamentais*, 27. MENEZES CORDEIRO, *Manual*, 929, em que, no que concerne ao direito português, o *business judgement rule* deve constituir uma via de exclusão da culpa. Contra esta qualificação, CARNEIRO DA FRADA, *A business judgement rule*, 89 e ss. Cf. CARNEIRO DA FRADA, *A business judgement rule*, 88, n. 36. Seguindo a posição de Carneiro da Frada, NUNO TRIGO DOS REIS, *Os deveres de lealdade*, 325. No mesmo sentido, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização das sociedades*, 74.

<sup>84</sup> MENEZES CORDEIRO, *Os deveres fundamentais*, 26-27.

<sup>85</sup> Sobre a responsabilidade dos administradores perante os credores sociais *vide*, na doutrina alemã, HANS-JOACHIM MERTENS, *Kölner Kommentar*, § 93, 333-338 e KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 427. Quanto às sociedades por quotas, MARCH-BARNER, *Münchener Handbuch*, § 46, 933-938. De referir que a responsabilidade dos administradores perante os credores sociais encontra-se prevista no § 93 V AktG. Na doutrina portuguesa, RAÚL VENTURA/LUÍS BRITO CORREIA, *Responsabilidade dos administradores das sociedades*, BMJ 195 (1970), 61 e ss., MENEZES

sobre se os deveres fundamentais dos administradores, norteados pela necessidade de protecção do interesse da sociedade, devem ser considerados também como normas de protecção dos credores sociais. De acordo com o que defendemos anteriormente, o artigo 64.º estabelece deveres de cuidado e de lealdade para protecção *prima facie* da sociedade. Não iremos entrar na discussão institucionalismo *versus* contratualismo<sup>86</sup> em torno do interesse social, *v. g.* sobre se o interesse social corresponde ao interesse dos sócios, ao interesse contratual do sócios ou se se autonomiza do interesse dos sócios<sup>87</sup>, uma vez que o que se pretende defender é que nas decisões societárias e no cumprimento dos deveres que os adstringem os administradores têm de tomar em consideração os interesses dos credores, o que nos permite considerar que os referidos deveres protegem mediatamente ou reflexamente estes interesses<sup>88</sup>. Na verdade, advoga-se que é do interesse social o cumprimento das obrigações da sociedade para com os credores sociais, admitindo-se que, neste domínio, embora possa funcionar alguma discricionariedade empresarial, não pode ser vista como permitindo aos administradores incumprirem disposições legais ou contratuais<sup>89</sup> de protecção.

A responsabilidade dos administradores perante os credores sociais deve ser subsidiária da responsabilidade da sociedade para com estes. Com efeito, a sociedade responde perante os credores sociais pelo incumprimento das obrigações através do modelo obrigacional dos artigos 798.º e 799.º do CC. Se o património da sociedade permite satisfazer as suas obrigações neste domínio,

CORDEIRO, *Manual*, 935, *Código das Sociedades Comerciais Anotado* (coord. António Menezes Cordeiro), 2009, 274 e ss, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Responsabilidade civil dos gestores das sociedades comerciais*, Direito das Sociedades em Revista, Março 2009, ano 1, vol. 1, 28-29, MIGUEL PUPO CORREIA, *Sobre a responsabilidade por dívidas sociais dos membros dos órgãos da sociedade*, ROA 2001, 667-698, TÂNIA MEIRELES DA CUNHA, *Da responsabilidade dos gestores de sociedades perante os credores sociais – A culpa na responsabilidade civil e tributária*, 2.ª ed, 2009, e MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, *A responsabilidade dos membros da administração*, Problemas do Direito das Sociedades, IDET, 2008, 81 e ss.

<sup>86</sup> VÂNIA PATRÍCIA FILIPE MAGALHÃES, *A conduta dos administradores das sociedades anónimas: deveres gerais e interesse social*, RDS I (2009), 2, 379-414.

<sup>87</sup> MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade*, 518-518, *Manual*, 822-823 e *Deveres fundamentais*, 41-41.

<sup>88</sup> Parece-nos preferível, por isso, a posição de LUÍS MENEZES LEITÃO, *Pressupostos da exclusão do sócio nas sociedades comerciais*, 1989, 39, nota 37, permitindo que o artigo 64.º funcione como uma norma de protecção. No mesmo sentido, em relação aos trabalhadores, CARNEIRO DA FRADA, *A business judgement rule*, 78, admitindo que funcione como uma norma de protecção.

<sup>89</sup> As disposições contratuais de protecção devem ser vistas como disposições estatutárias. Concorda-se com TÂNIA MEIRELES DA CUNHA, *Da responsabilidade dos gestores*, 66.

não há que recorrer à responsabilidade dos administradores, na medida em que não existe dano. A verificação do dano dos credores encontra-se, por isso, dependente de insuficiência patrimonial da sociedade, que funciona como *conditio sine qua non* do recurso à responsabilidade *ex* artigo 78.º. Trata-se, assim, de uma responsabilidade de segunda linha.

Com efeito, não existe uma relação directa entre os administradores e os credores sociais, pelo que se impõe encontrar as normas de protecção destes que funcionem como normas primárias para o artigo 78.º. Curiosamente, não é suficiente haver disposições de protecção dos credores sociais – porquanto *in limine* pode afirmar-se que todas as normas que visam a protecção do património social protegem reflexa ou mediadamente os interesses dos credores – sendo necessário que tenha sido a violação dessas concretas disposições a causa da insuficiência patrimonial. Ora, assim sendo, a responsabilidade dos administradores perante os credores sociais torna-se extremamente limitada<sup>90</sup>.

Há, pois, requisitos bastante exigentes para que tenha lugar a responsabilidade delitual dos administradores por violação de normas de protecção para com os credores sociais. Efectivamente, só são indemnizados os danos que se encontrem no âmbito de protecção da norma violada e, para além da necessidade de qualificar a norma em abstracto e em concreto como norma de protecção, é ainda preciso que seja provado que foi a sua violação a causa da insuficiência patrimonial da sociedade. É compreensível que no domínio dos danos indirectos, o legislador procure *blindar* a responsabilidade, sob pena do risco de uma eventual obrigação de indemnizar danos em cascata. Esta discussão transporta-nos para uma questão conexas, que respeita ao facto de a responsabilidade dos administradores perante os credores parecer exigir danos concomitantes sofridos pela sociedade<sup>91</sup>. Voltaremos a este ponto.

A ilicitude *in casu* assenta na violação de normas de protecção dos credores sociais e na causação de uma insuficiência patrimonial, enquanto a culpa deve ser aferida de acordo a bitola do artigo 64.º/1, a) do gestor criterioso e ordenado em relação à conduta referida, bem como ao resultado verificado. A causalidade é dupla, na medida em que pressupõe que o dano seja causado pela insuficiência patrimonial que, por sua vez, foi causada pela violação da

<sup>90</sup> Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Artigo 78.º, 76.

<sup>91</sup> Cumpre uma explicitação: o dano é indirecto, porquanto a sua garantia é atingida pela insuficiência patrimonial da sociedade. Não nos parece, porém, que estes danos indirectos estejam dependentes de danos directos causados à sociedade, ainda que estes se possam verificar concomitantemente.

norma de protecção. Ora, estes aspectos apontam para que não baste a violação da norma de protecção, sendo essencial a sua conjugação com a insuficiência patrimonial, pelo que o artigo 78.º contém parte da previsão a acrescentar à remissão para as normas primárias. Há, assim, um ilícito de resultado – na dimensão de insuficiência patrimonial – que impõe que incumba aos credores sociais o ónus do seu preenchimento<sup>92</sup>.

Não obstante a responsabilidade dos administradores se encontrar formulada de modo muito restritivo, ao ponto de ser porventura difícil a sua aplicação com sucesso, o legislador mitigou esta limitação com o direito dos credores sociais se poderem substituir à sociedade e aos sócios no respectivo direito indemnizatório em relação aos administradores através da acção sub-rogatória (artigo 78.º/2). Refira-se que não se trata, *in casu*, de qualquer direito indemnizatório próprio, mas antes de um direito de indemnização da sociedade. Por esta razão, pensamos existir uma má inserção sistemática desta disposição. Com a indemnização da sociedade aumentará a possibilidade dos credores verem satisfeitos os seus créditos em relação a esta.

Regressando agora ao ponto relativo aos pressupostos da responsabilidade dos administradores para com os credores sociais, parece de assentar na exigência quer de um dano da sociedade, quer, ainda, de um direito indemnizatório da sociedade em relação aos administradores. Com efeito, para isso aponta não só o teor do artigo 78.º/2, quando estabelece que os credores podem exercer os direitos indemnizatórios da sociedade, mas sobretudo o inciso do artigo 78.º/3 na parte referente à “A obrigação de indemnização referida no n.º 1 não é *relativamente aos credores...*”. A perplexidade resulta do facto de o n.º 1 só prever uma responsabilidade para com os credores sociais. Deste modo, tudo aponta para que o legislador se insira num cenário em que a violação das normas de protecção justificaria igualmente uma indemnização da sociedade.

Ora, neste ponto, parece-nos haver alguma confusão entre insuficiência patrimonial e dano da sociedade. Como não há lugar a reconduzir a insuficiência a uma situação de insolvência actual ou iminente<sup>93</sup>, basta que o passivo da sociedade seja superior ao seu activo. As constelações de casos abrangidos

<sup>92</sup> Se as normas de protecção para as quais se remete, forem apenas normas de perigo abstracto, a culpa só terá de referir-se ao preenchimento do tipo. Já quanto à insuficiência patrimonial exige-se ao lesado o preenchimento do ónus da prova relativamente à sua verificação e à culpa do agente. De forma similar, argumentando não haver presunção de culpa, TÂNIA MEIRELES DA CUNHA, *Da responsabilidade dos gestores*, 76.

<sup>93</sup> No mesmo sentido, TÂNIA MEIRELES DA CUNHA, *Da responsabilidade dos gestores*, 65.

apontam, assim, essencialmente, para decisões dos administradores que conduzam à descapitalização da sociedade. Não nos parece que o dano do credor, que se verifica pela insatisfação do seu crédito implique necessariamente um dano da sociedade, ainda que implique um passivo acrescido desta. Deste modo, não podemos encarar o artigo 78.º/1 como tendo implícita uma responsabilidade dos administradores em relação à sociedade, dado que essa terá de ser sempre fundamentada no contexto do preenchimento dos pressupostos do artigo 72.º.

Deste modo, é dispensável, porque tautológica, a referência, que se encontra no n.º 3 do artigo 78.º, “*relativamente aos credores*”, porquanto toda a responsabilidade que se encontra no artigo 78.º, n.º 1 é relativamente aos credores. Por esta via, o legislador pretende que a responsabilidade não seja excluída nos casos em que haja simultaneidade de danos à sociedade por renúncia ou transacção da sociedade ou por o acto ou omissão assente em deliberação da assembleia geral. Acresce que a disposição do n.º 4 do artigo 78.º nos levanta os maiores embaraços pelo contraste com a solução prevista no artigo 72.º/5, que exclui a responsabilidade dos administradores e gerentes quando o acto ou omissão assente em deliberação dos sócios, ainda que anulável. Ora, talvez a explicação passe pelo facto de em relação a uma responsabilidade externa (*Außenhaftung*) esta exclusão da responsabilidade já não ser possível.

O n.º 4 do artigo 78.º não é isento de dificuldades no que concerne ao âmbito dos direitos a que respeita, sendo que a sua inserção nesta disposição justificaria que reportasse a direitos indemnizatórios dos credores sociais e não a quaisquer outros direitos. Por outro lado, levantam-se algumas dificuldades na sua compatibilização com o actual Código da Insolvência e Recuperação de Empresas.

Por fim, de referir que nas remissões do artigo 78.º/5 existe lapso, porquanto a remissão para o artigo 72.º/5 é contrária ao que se dispõe no artigo 78.º/3. Mais uma vez o legislador parece mover-se num cenário de responsabilidade dupla para com a sociedade e para com os credores sociais.

### 3. Sinopse

No presente estudo analisámos a responsabilidade dos administradores pela administração da sociedade perante esta e perante os credores sociais. No artigo 72.º/1 o legislador prevê a responsabilidade dos administradores para com a sociedade por violação de deveres legais ou contratuais. A aplicação do artigo 72.º não prescinde das disposições dos artigos 75.º a 77.º, atendendo ao facto de a sociedade ser uma pessoa colectiva. No artigo 75.º regula-se a acção de

responsabilidade proposta pela própria sociedade. No artigo 76.º permite-se que, no caso de acção de responsabilidade proposta pela sociedade, uma minoria qualificada de 5% possa pedir a nomeação judicial dos representantes da sociedade. No artigo 77.º prevê-se a acção de responsabilidade proposta pelos sócios, admitindo que 5% ou 2% destes, no caso de se tratar de uma sociedade aberta, possa propor uma acção com vista à reparação do prejuízo sofrido pela sociedade.

De tudo quanto ficou dito resulta que não é possível considerar que o artigo 72.º/1 se configure apenas como uma manifestação comum da responsabilidade obrigacional, cuja solução já resultaria dos artigos 798.º e 799.º do CC. O artigo 72.º/1 não contém, assim, uma previsão geral de responsabilidade obrigacional dos administradores para com a sociedade, nem se limita a concretizar o regime dos artigos 798.º e 799.º do CC, na medida em que estejam em causa danos ilícitos, provocados pela inobservância de deveres específicos com presunção de culpa<sup>94</sup>. Nesta previsão pode também estar presente a violação de normas de protecção. Com efeito, o facto de se prever a violação de deveres legais genéricos ou específicos, aproxima essa responsabilidade especial da responsabilidade delitual por violação de normas de protecção, cujo modelo de funcionamento dos sistemas de imputação – ilicitude, culpa e causalidade – é mais próximo da responsabilidade obrigacional<sup>95</sup>.

Como deveres específicos referem-se, *v.g.* a execução das deliberações relativas à distribuição de bens aos sócios, quando tais deliberações sejam ilícitas ou enformem de vícios (31.º/2); a não convocação da assembleia geral, quando se esteja perante a perda de metade do capital social (35.º/1), e o incumprimento do dever de relatar a gestão e apresentar as contas (65.º) ou proceder aos competentes depósitos (70.º). Ora, todas estas normas podem ser consideradas como normas de protecção da sociedade. Muitos outros deveres, para além destes, com idêntica natureza, podem ainda ser encontrados no CSC e outra legislação<sup>96</sup>.

<sup>94</sup> MENEZES CORDEIRO, *Manual*, 925.

<sup>95</sup> Se os deveres legais forem dobrados por deveres estatutários ou contratuais coloca-se o tema do concurso de títulos de aquisição de pretensões. Cf. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *O concurso de títulos de aquisição da prestação / Estudo sobre a dogmática da pretensão e do concurso de pretensões*, 1988, 136 e ss. Neste sentido, MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade dos administradores*, 491. Se os deveres legais não forem dobrados por deveres contratuais, consideramos que o modelo dogmático das normas de protecção é o adequado à compreensão da violação de deveres legais. Na doutrina alemã, referindo a hipótese de concurso, UWE H. SCHNEIDER, *Organpflichten und Haftung*, 21.

<sup>96</sup> MENEZES CORDEIRO, *Manual*, 925-926.



É possível realizar-se um enquadramento pela responsabilidade aquiliana no artigo 72.º/1 através da referência à violação de deveres legais, que podem ser quer os deveres que se encontram previstos no artigo 64.º, quer em outras disposições do CSC, quer ainda em legislação diversa, desde que estabeleçam deveres aos administradores e possam ser qualificadas como normas de protecção da sociedade. Dever-se-ão, por isso, ter em consideração os deveres fundamentais dos administradores como normas de protecção, bem como um conjunto significativo de outros deveres que resultam de normas primárias em relação aos quais os artigos 509.º e seguintes estabelecem a respectivas sanções no plano penal e contra-ordenacional.

Estas disposições penais e contra-ordenacionais duplicam os deveres que incumbem aos administradores, tais como a falta de cobrança das entradas de capital (509.º); a aquisição ilícita de quotas ou acções (510.º); a amortização da quota não liberada (511.º); a amortização ilícita de quota dada em penhor ou objecto de usufruto (512.º); a recusa ilícita de informações (518.º) ou informações falsas (519.º); a violação ilícita das medidas a empreender perante a perda de metade do capital (523.º); e a irregularidade na emissão de títulos (525.º). Ora também estas normas secundárias podem funcionar como normas de protecção. Porém, como ao longo do CSC se encontram as normas primárias que estabelecem os deveres e como não se exige qualquer modalidade de culpa para a sua violação, é de admitir a responsabilidade em caso de mera negligência, porquanto a exigência do dolo é específica das sanções penais<sup>97</sup>.

No que concerne à responsabilidade dos administradores perante os credores sociais, contrariamente ao assinalado perante a sociedade, a dogmática das normas de protecção apresenta-se limitada na explicação do seu regime, pois que ainda funcione como parte da previsão do artigo 78.º/1, a exigência de que se verifique uma insuficiência patrimonial causadora do dano impõe que a mesma seja compreendida como uma responsabilidade de segunda linha em relação à responsabilidade obrigacional da sociedade perante os credores sociais. Por outro lado, a necessidade da violação dos deveres, que se descrevem nas normas de protecção, ser causal em relação à insuficiência do património da sociedade restringe significativamente a aplicabilidade desta responsabilidade especial.

<sup>97</sup> Seguimos MENEZES CORDEIRO, *Manual*, 930. A mesma solução encontra-se no nosso *Normas de protecção*, 687.