

Deveres fiduciários de cuidado: imprecisão linguística, histórica e conceitual

PROF. DOUTOR A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, LL.M

SUMÁRIO: § 1.º *Introdução: 1. Panorama geral; 2. Fundamentos da posição e apreciação inicial; 3. Direito, linguagem e circunscrição linguística.* § 2.º *Deveres fiduciários: 4. Raízes históricas e etimológicas; 5. Dever de lealdade; 6. Dever de lealdade enquanto sinónimo de dever fiduciário.* § 3.º *Os deveres de cuidado: 7. Origens do duty of care; 8. O duty of care nas relações fiduciárias; 9. Duty of care nos Direitos anglófonos contemporâneos; 10. Deveres de cuidado e diligência de um gestor criterioso e ordenado; 11. Conclusões.*

§ 1.º **Introdução**

1. *Panorama geral*

I. No âmbito da gestão das sociedades que representam, os administradores¹ das sociedades comerciais devem, à luz do disposto no artigo 64.º do CSC, observar deveres de cuidado e deveres de lealdade e empregar, em toda a sua atuação, a diligência de um gestor criterioso e ordenado².

¹ O termo administrador é aqui empregue numa aceção ampla, englobando, consequentemente, também os gestores das sociedades por quotas, das sociedades em nome coletivo e das sociedades em comandita.

² Apesar da construção frásica apontar para uma circunscrição desta diligência aos deveres de cuidado, semelhante delimitação não é, do ponto de vista do conteúdo dos deveres de cuidado e da própria sistemática do artigo 64.º, lógica, nem se mostra, em face dos pressupostos interpretativos vigentes, cientificamente defensável: os administradores devem ser diligentes e criteriosos em toda a atividade que desenvolvam.

II. O artigo 64.º do CSC é reconhecidamente um artigo intrincado. Esta complexidade não reflete, apenas, a natureza e a extensão dos deveres que adstringem a posição jurídica dos administradores. A esta factor inato cumpre acrescentar um outro, de índole legislativa, em sentido amplo: o preceito resulta da condensação³ de múltiplos conceitos e de quadros jurídicos mentais com origens jurídicas díspares⁴.

As alterações introduzidas em 2006 são, de resto, ilustrativas do método seguido pelos responsáveis indiretos pela grande reforma societária⁵.

III. Desde que a preparação legislativa societária *escapou* ao campo de influência da Academia, a publicação de trabalhos preparatórios passou a ser inexistente ou insuficiente⁶. Não se pretende negar a importância de ouvir os diferentes atores – reguladores, advogados e magistrados, pelo menos –; todavia, a realidade mostra-nos um processo menos transparente e opaco, em que as consequências de reformas pouco claras ou mesmo incompreensíveis não podem ser assacadas ou sequer dissecadas.

A publicação de estudos, tornados célebres por Raúl Ventura, no campo societário e, especialmente, por Vaz Serra, no campo civil, foram de extrema importância para a consolidação das reformas então introduzidas. A presença de académicos representa, tradicionalmente, uma forte garantia de que o público interessado irá ter acesso aos estudos que antecederam a tomada de posição por parte dos autores materiais dos novos diplomas.

As consequências práticas da não publicação de trabalhos preparatórios são tremendas: o processo de aperfeiçoamento jurídico-científico acaba por se tor-

³ Compare-se com o extenso § 91/I do AktG e que apenas abrange a *diligência de um gestor criterioso e ordenado* ou com o pormenorizado regime anglo-saxónico, previsto nas s. 170 a 177 do *Companies Act*, 2006.

⁴ Para um apanhado geral: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das sociedades comerciais*, I, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, 850 ss.

⁵ Vejam-se as críticas de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO: *A grande reforma das sociedades comerciais*, 138 O Dir, 2006, 445-443 e *Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades comerciais (artigo 64.º/1 do CSC)*, 66 ROA, 2006, 443-488, 486 ss: especialmente dirigidas às alterações introduzidas no artigo 64.º.

⁶ Os textos que acompanharam a reforma, nomeadamente o *Processo de consulta pública n.º 1/2006*, janeiro de 2006, e o *Complemento ao processo de consulta pública n.º 1/2006*, fevereiro de 2006, são manifestamente insuficientes. Ambos podem ser consultados no sítio da CMVM: http://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/ConsultasPublicas/CMVM/Paginas/consulta_cmvm20060130a.aspx?v=. Acresce que a estrutura e o conteúdo final do artigo 64.º, em especial no que à autonomização do dever de cuidado respeita, não eram contempladas no projeto apresentado ao público. Também neste ponto, as explicações aduzidas ficam muito aquém do que se exige: <http://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/ConsultasPublicas/CMVM/anexos/Paginas/20060302a.aspx>.

nar irrealizável; basta, para o efeito, atender aos acórdãos que versam sobre as matérias dos deveres dos administradores⁷.

IV. A complexidade dogmática e a incerteza conceitual introduzidas com a reforma de 2006 foram mais recentemente agravadas com a divulgação da expressão *deveres fiduciários*, para designar, conjuntamente, os deveres de cuidados e os deveres de lealdade que adstringem os administradores⁸.

Partindo desta interpretação, a atuação dos administradores – raciocínio extensível, por exemplo, aos intermediários financeiros (artigo 304.º/2 do CVM) ou às sociedades gestoras de fundos de investimento coletivo (artigo 68.º/1 do RJOIC) – surge moldada pelo dever fiduciário de cuidado e pelo dever fiduciário de lealdade⁹. No limite, a expressão tenderá a consumir toda a posição dos administradores.

V. A recondução dos deveres de cuidado ao universo fiduciário tem sido especialmente divulgada pelo Supremo Tribunal do Delaware, um dos grandes motores do Direito societário contemporâneo¹⁰. Esta interpretação, com raízes pouco claras¹¹, foi objeto de uma notável difusão na viragem da década de 80

⁷ Veja-se a nossa anotação: *Deveres de não concorrência e dever de não utilização de bens pertencentes à sociedade – Anotação a STJ 30-set.-2014*, 7 RDS, 2015, 163-190.

⁸ Sem propósitos exaustivos. Doutrina: PAULO CÂMARA, *O governo das sociedades e os deveres fiduciários dos administradores em Jornadas sociedades abertas, valores mobiliários e intermediação financeiros*, coordenação de Maria Fátima Ribeiro, Almedina, Coimbra, 2007, 163-179; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Business judgment rule, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais*, 1 DSR, 2009, 41-79, em especial 63 ss; RICARDO COSTA/GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Anotação ao artigo 64.º do CSC em CSC/CA*, I, Almedina, Coimbra, 2010, 726 ss; HUGO MOREDO SANTOS/ORLANDO VOGLER GUINÉ, *Deveres fiduciários dos administradores: algumas considerações (passado, presente e futuro)*, 5 RDS, 2013, 691-711. Jurisprudência: RPt 12-abr.-2012 (LEONEL SERÓDIO), proc. n.º 9836/09.6TBMAI.P1: citando Pais de Vasconcelos.

⁹ Assumindo esta premissa, não vemos razão para que os seus defensores não estendam esta comunhão conceitual a todas as restantes relações fiduciárias, também ditas relações de confiança.

¹⁰ Quanto às razões do sucesso da legislação societária do Delaware: LAWRENCE A. HAMERMESH, *The Policy Foundations of Delaware Corporate Law*, 106 Colum L Rev, 2006, 1749-1792 e WILLIAM J. CARREY e GEORGE B. SHEPHERD, *The Mystery of Delaware Law's Continuing Success*, U Ill L Rev, 2009, 1-93: os Autores, que colocam em causa a *superioridade* do Direito societário do Estado do Delaware, criticam o crescente recurso a conceitos indeterminados (pense-se no recente *duty of good faith*), assentes em critérios que os próprios definem como imprecisos e economicamente condenáveis.

¹¹ *Penn Mart Realty Co v Becker*, 298 A 2d 349-352 (Del Ch, 1972), 351: “they may also breach that (fiduciary duty) by being grossly negligent or by wasting corporate assets” – temos, todavia, dúvidas quanto à inclusão da decisão neste leque. É possível interpretar as palavras do acórdão diferentemente, no sentido de que os deveres de lealdade não são os únicos deveres que moldam a posição dos

para a década de 90 do século passado, com o mais alto órgão jurisdicional do Estado do Delaware a formalizar uma sistematização fundada numa imprecisa conceção tripartida: deveres fiduciários (i) de boa-fé¹², (ii) de cuidado; e (iii) de lealdade¹³. O acórdão *Cede & Co v Technicolor*, datado de 1993, representa um marco inquestionável, na consolidação desta visão unitária dos deveres dos administradores, ao empregar a expressão tríade – adotada em inúmeras decisões que se seguiram¹⁴. O próprio *Court of Chancery of Delaware*, baluarte local da distinção entre *Equity Law* e *Common Law*, reconhece esta interligação conceitual¹⁵.

A terminologia obteve uma expansão *federal* com as alterações introduzidas, em 1997, no *Uniform Partnership Act* – acolhido por cerca de 39 Estados. Atente-se ao disposto na sua s. 404(a):

The only fiduciary duties a partner owes to the partnership and the other partners are the duty of loyalty and the duty of care.

O uso da expressão deveres fiduciários de cuidado e deveres fiduciários de lealdade, conquanto criticado por uma parte da doutrina local¹⁶, é utilizada pela maioria dos autores estado-unidenses.

fiduciários; *Aronson v Lewis*, 473 A 2d 805 (Del, 1984); resulta do espírito do acórdão; *Smith v Van Gorkom*, 488 A 2d 858-899 (Del, 1985), 872: a análise de informação é apresentada como uma decorrência direta da posição fiduciária desempenhada.

¹² A autonomização do dever de boa-fé é debatida pela doutrina e jurisprudência local: *Do trust no Direito civil*, Almedina, Coimbra, 2014, 547 ss.

¹³ *Citron v Fairchild Camera and Instrument Corp*, 569 A 2d 53-71 (Del, 1989), 54: “fiduciary duties of good faith and due care”.

¹⁴ *Malone v Brincat*, 722 A 2d 5-15 (Del, 1998), 10; *Emerald Partners v Berlin*, 787 A 2d 85-99 (Del Supr, 2001), 91: “triad of fiduciary duties: due care, loyalty or good faith”; *Stone v Ritter*, 911 A 2d 362-373 (Del, 2006), 370: embora criticando a autonomização do dever de boa-fé.

¹⁵ *Chen v Howard-Anderson*, 87 A 3d 648-692 (Del Ch, 2014), 673; *Quadrant Structure Products Co, Ltd v Vertin*, 102 A 3d 155-205 (Del Ch, 2014), 171-172. Repare-se que, do ponto de vista dos tribunais de *Equity*, o reenvio dos deveres de cuidado aos deveres fiduciários tende a ampliar as suas competências. Não se desconhece, sublinhe-se, que os próprios deveres de cuidado foram igualmente desenvolvidos pela *Equity Law*.

¹⁶ DEBORAH A. DEMOTT, *Beyond Metaphor: An Analysis of Fiduciary Obligation*, Duke LJ, 1988, 879-924, 915; D. GORDON SMITH, *The Critical Resource Theory of Fiduciary Duty*, 55 Vand L Rev, 2002, 1399-1497, 1409; LARRY E. RIBSTEIN, *Are Partners Fiduciaries?*, U Ill L Rev, 2005, 209-253, 220; WILLIAM GREGORY, *The Fiduciary Duty of Care: A Perversion of Words*, 38 Akron L Rev, 2005, 181-206; CARTER G. BISHOP, *A Good Faith Revival of Duty of Care Liability in Business Organization Law*, Tulsa L Rev, 2006, 477-512, 480 – o Autor abandonou, posteriormente, esta posição: *The Deontological Significance of Nonprofit Corporate Governance Standards: A Fiduciary Duty of Care without a Remedy*, 57 Cath UL Rev, 2008, 705-776; DARIAN M. IBRAHIM, *Individual or Collective*

Curiosamente, esta agregação conceitual e terminológica não encontra paralelo nos restantes sistemas da *Common Law*¹⁷.

VI. Em terras britânicas¹⁸, a doutrina societária¹⁹ e a doutrina fiduciária (*Trust Law*)²⁰ criticam abertamente esta solução²¹. O incontornável acórdão *Bristol & West Building Society v Mothew*, usualmente citado a este propósito, atuou, porventura, como uma barreira a uma possível receção da visão norte americana. Atente-se às palavras do então Millett LJ, hoje Lord Millett²²:

It is ... inappropriate to apply the expression (fiduciary duty) to the obligation of a trustee or other fiduciary to use proper skill and care in the discharge of his duties.

Também no campo do Direito positivo não restam dúvidas quanto a este afastamento. No *Companies Act*, 2006, o legislador teve a preocupação de distinguir os deveres de cuidado dos deveres de lealdade para efeitos de responsabilidade, com um evidente e direto impacto na sistematização e dogmatização de toda a temática. Diz-nos a s. 178(2) do referido diploma:

The duties in those sections (with the exception of section 174 (duty to exercise reasonable care, skill and diligence)) are, accordingly, enforceable in the same way as any other duty owed to a company by its directors.

Liability for Corporate Directors, 93 Iowa L Rev, 2008, 929-971, 961; KELLI A. ALCES, *Debunking the Corporate Fiduciary Mith*, 35 J Corp L, 2009, 230-282, 250.

¹⁷ CHRISTOPHER M. BRUNER, *Is the Corporate Directors Duty of Care a "Fiduciary" Duty? Does It Matter?*, 48 Wake Forest L Rev, 2013, 1027-1054: sublinhando, precisamente, este facto.

¹⁸ Austrália: ANDREW KEAY, *Directors' Duties*, Jordans, Bristol, 2009, 174: com referências jurisprudenciais.

¹⁹ Gower & Davies: *Principles of Modern Company Law*, 9.º ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2012, 517-518; MARK ARNOLD, *General Duties of Directors* em *Company Directors Duties, Liabilities and Remedies*, coordenação de Simon Mortimore, 2.ª ed., OUP, Oxford, 2013, 221-239, 223.

²⁰ *Lewin on Trusts*, 18.ª ed., Sweet & Maxwell, Londres, 2008, 1214; MATTHEW CONAGLEN, *Fiduciary Loyalty: Protecting the Due Performance of Non-Fiduciary Duties*, Hart, Oxford, 2010, 35 ss.

²¹ PETER BIRKS, *Content of Fiduciary Obligation*, 34 Isr L Rev, 2000, 3-38, 35 ss: o Autor assume uma posição intermédia, ao atribuir, aos deveres de cuidado, uma dimensão fiduciária. Julgamos, como será devidamente explorado no texto principal, que Birks aponta para uma defensável e mais que provável influência da dimensão fiduciária da posição em todos os deveres. CONAGLEN, *Fiduciary Loyalty*, cit., 38-39: mostra-se especialmente crítico desta interpretação.

²² [1998] Ch 1-28, 6.

2. Fundamentos da posição e apreciação inicial

I. Os autores favoráveis à unificação terminológica parecem alicerçar essa posição na seguinte premissa: tanto os deveres de lealdade como os deveres de cuidado têm uma origem comum: emergem da especial relação de confiança existente entre os administradores e a sociedade.

Ora, é certo que todos os deveres que adstringem a posição dos administradores advêm da relação que se estabelece com a pessoa coletiva que representam – de resto, esta mesma conclusão é transponível para qualquer situação jurídica, independentemente dos contornos que em concreto assumam –, mas deste facto não se pode retirar a conclusão prosseguida, ou seja, a de que todos os deveres são fiduciários por natureza.

Repare-se que seguindo este raciocínio, então também os deveres de representação, de gestão ou de informação deveriam ser descritos nesses exatos moldes, isto é, como deveres fiduciários. Não é certamente assim.

II. Por outro lado, também o pressuposto de que os deveres dos fiduciários são moldados pela forte relação de confiança – o que se reconhece e se sublinha – é insuficiente para as pretensões jurídico-linguísticas prosseguidas. Façamos a *prova dos nove*.

Partindo desta premissa e à luz do disposto no artigo 762.º/2 do CC:

No cumprimento da obrigação, assim como no exercício do direito correspondente, devem as partes proceder de boa-fé,

seríamos obrigados a concluir que todos os deveres e direitos assumidos no âmbito de qualquer relação jurídica são deveres e direitos de boa-fé.

III. Afastada esta primeira interpretação, resta uma outra, mais credível e porventura estimulante: a atribuição da designação fiduciária advêm do facto de ambos os deveres serem exclusivos das relações de confiança. Esta excepcionalidade justificaria por inteiro o caminho.

Também não é assim: os deveres de cuidado, nos moldes em que hoje são concebidos, tanto pela Ciência jurídica anglófona – britânica e estado-unidense – como pela Ciência Jurídica portuguesa, não estão circunscritos ao universo fiduciário: estendem-se de forma oblíqua a todo o ordenamento.

Como veremos, a análise histórica não só reforça esta conclusão como sustenta a transversalidade originária dos deveres de cuidado, aspeto usualmente desconsiderado pela doutrina especializada.

A título introdutório, interessa-nos, ainda, focar um aspeto que tende a assumir uma importância crescente num ordenamento jurídico com uma clara propensão para a divisão em microssistemas: a relevância da circunscrição linguística no avanço da Ciência Jurídica.

3. *Direito, linguagem e circunscrição linguística*

I. O Direito, enquanto Ciência, encontra na linguagem o seu fundamento primordial: a transmissão de conhecimentos, o debate científico e os avanços dogmáticos apenas são possíveis na medida em que a Ciência Jurídica foi desenvolvendo e aperfeiçoando uma linguagem própria, não raramente distinta da linguagem comum. Sem linguagem técnica não há certamente Ciência²³.

II. Do ponto de vista dos avanços da Ciência Jurídica e sem propósitos exaustivos, sublinha-se a importância de três processos gerais: (i) de criação; (ii) de circunscrição; e (iii) de absorção.

O processo criativo é particularmente empregue no âmbito da transposição de novos mecanismos ou institutos, pense-se na *supressio* e *surrectio*, no contrato de franquia ou nos *warrants*. Nestes casos, meramente exemplificativos, a Ciência Jurídica empregou três técnicas distintas: na primeira, recorreu ao latim, na segunda, a uma tradução para o português e na terceira, adotou a expressão inglesa.

III. O processo circunscritivo, que é também ele criativo, encontra o seu espaço natural no seio dos grandes conceitos indeterminados. Pense-se no caso paradigmático do princípio da boa-fé.

Num primeiro nível, a boa-fé distingue-se em subjetiva e objetiva. Esta última concretiza-se, depois, em vários institutos: *culpa in contrahendo*, alteração das circunstâncias ou abuso do direito. Cada uma destas manifestações realiza-se, por sua vez, ao ponto de poderem ser aplicadas, com um elevado grau de segurança, a casos concretos. Recorra-se a um exemplo ilustrativo:

²³ Como ponto de partida para o estudo da interação entre linguagem e Direito veja-se, entre nós, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Linguagem e Direito em EH Oliveira Ascensão*, I, Coimbra ed., Coimbra, 267-290 e *Introdução ao Direito*, Almedina, Coimbra, 2012, 301-314 e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil*, I, 4.^a ed., Almedina, Coimbra, 2012, 188-194.

Partindo da ideia de abuso do direito, a Ciência Jurídica desenvolveu os mecanismos de *venire contra factum proprium*, *supressio* e *surrectio*, *tu quoque* ou a doutrina das inalegabilidades formais²⁴.

Quer o processo criativo quer o processo circunscritivo assentam numa delimitação da linguagem: com a criação de um novo termo jurídico, independentemente de resultar de um desenvolvimento interno ou de uma transposição externa de um mecanismo ou instituto, está a munir-se o sistema de um conceito delimitado e autónomo até então desconhecido ou anónimo – com consequências práticas e dogmáticas coincidentes: dificilmente os tribunais poderão aplicar uma realidade inominada.

IV. O processo de absorção linguística e conceitual encontra-se num patamar distinto, sendo muitas vezes empregue conjuntamente com os dois referidos processos. Esta última categoria assume propósitos essencialmente sistemáticos.

A título exemplificativo, pense-se na construção fiduciária unitária, com origens anglófonas, e que sustenta uma aproximação dogmática das diferentes relações de confiança, fundando-se numa coincidência do núcleo identificativo das posição fiduciárias (p. ex.: administradores de sociedades comerciais, mandatários ou intermediários financeiros)²⁵.

V. A pretensão de reconduzir os deveres de cuidado ao universo fiduciário representa, ao mesmo tempo, uma medida absorptiva e uma medida circunscritiva.

A dimensão absorptiva traduz-se na atribuição, aos deveres de cuidado, de toda a carga jurídica, histórica e cultural inerente aos deveres fiduciários.

A dimensão circunscritiva impossibilita, por seu lado, a utilização indiscriminada das expressões deveres fiduciários e deveres de lealdade, até agora empregues como sinónimas.

Na prática, busca-se uma reconstrução absoluta de toda a estrutura conceitual e linguística que envolve as relações fiduciárias, especialmente notada no âmbito da relação existente entre os administradores e as sociedades que estes representam.

O acolhimento desta mudança apenas poderá ser assumido perante a demonstração de fortes e ponderosos argumentos linguísticos, históricos, práticos e dogmáticos. E, mesmo admitindo essa possibilidade, a importância da consolidação e o reconhecimento do papel da linguagem no desenvolvimento

²⁴ É ainda possível apresentar tanto a *supressio* e *surrectio* como a doutrina das inalegabilidades formais como concretizações do *venire contra factum proprium*.

²⁵ *Do trust*, cit., 470 ss e 509 ss e *Direito dos valores mobiliários*, I, Almedina, Coimbra, 2015, 281 ss.

jurídico e na transmissão de conhecimentos desaconselha qualquer alteração conceitual e linguística, para mais com o impacto prejudicial subjacente que se julga incontestável.

A história da nossa Ciência Jurídica mostra-nos que o caminho percorrido tem ido na direção da circunscrição linguística e conceitual. Neste caso busca-se precisamente o oposto.

§ 2.º Deveres fiduciários

4. Raízes históricas e etimológicas

I. O termo *fiduciary*, bem como a versão portuguesa fiduciário, encontra as suas origens etimológicas na expressão *fides*²⁶, o que, só por si, nos fornece importantes pistas quanto ao seu conteúdo jurídico e carga histórico-cultural. Não se trata certamente de uma expressão nova, sendo, pelo contrário, conhecida e dominada pela Ciência Jurídica desde o Direito romano arcaico e de forma transversal, pense-se em todas as milenares manifestações fiduciárias: *fiducia cum amico*, *fiducia cum creditore* ou *fideicommissum*²⁷.

Terá sido precisamente por influência latina e romanística que o termo entrou no vocabulário jurídico inglês²⁸.

II. Qualquer levantamento significativo e conceitual de expressões, técnicas ou não-técnicas, para mais quando reportadas a períodos formativos, esbarra numa inevitável multiplicação de preenchimentos que possibilita a tomada de posição por diferentes soluções e interpretações. As palavras têm vida própria. Os seus conteúdos são mutáveis, variando consoante a época.

Sem negar estas condicionantes, é possível, através de um levantamento jurisprudencial, identificar o caminho percorrido pelas expressões *fiduciário* e *deveres fiduciários*.

²⁶ FRANCIS E. J. VALPY, *A Manual of Latin Etymology, as Ultimately Derived, with but few Exceptions, from the Greek Language: in Alphabetical Order. Together with the Formation of the Latin Cases, Tenses, Moods, Persons, and other Terminations from the Greek*, Longman, Londres, 1852, 52; MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé*, cit., 53-59: com ampla bibliografia citada.

²⁷ *Do trust*, cit., 704 ss.

²⁸ CHARLES P. SHERMAN, *The Romanization of English Law*, 23 Yale LJ, 1914, 318-329, 323: as fontes romanísticas medievais eram conhecidas e dominadas pelos juristas ingleses, à imagem do que se verificava na Europa continental.

III. Numa primeira fase, o termo é utilizado como sinónimo de *trustee*²⁹. Na passagem do século XIX para o século XX, em resultado da emergência de uma nova categoria jurídica – *fiduciary relationships*³⁰ –, o termo passa a ser empregue de forma a abranger todos os sujeitos que ocupassem uma posição de confiança (*fiduciary position*), inicialmente devedora do *fiduciário originário*: o *trustee*³¹. Paulatinamente, cada uma destas distintas posições foi assumindo contornos próprios e autónomos³² – este processo evolutivo é facilmente assimilável se atendermos à posição dos administradores das sociedades comerciais³³.

Ao longo deste período, a Ciência Jurídica britânica passou a empregar, sempre alicerçada na *Trust Law*³⁴, o termo *fiduciary duty*, com o objetivo de descrever a situação passiva característica dos sujeitos fiduciários. A primeira decisão identificada em que a expressão surge utilizada data de 1820³⁵ – encontramos textos com datas anteriores, mas não de natureza jurisprudencial³⁶. Curiosamente, a locução é sempre empregue no plural: não se trata de um dever fiduciário, mas sim de deveres fiduciários – esta multiplicação encontra continuidade nos tempos modernos: lembre-se que os deveres fiduciários estão hoje positivados nas ss. 172 (deveres de lealdade positivos), 175, 176 e 177 (deveres de lealdade negativos) do *Companies Act*, 2006.

Nestes primeiros acórdãos, o sentido atribuído aos deveres fiduciários aproxima-se dos conteúdos modernamente atribuídos às *no conflict* e *no profit rules*:

²⁹ NATHAN BAILEY, *An Universal Etymological English Dictionary*, 21.^a ed., Londres, 1675: veja-se a entrada *fiduciary*.

³⁰ Todos os sujeitos hoje descritos como fiduciários foram, durante longas décadas, tratados como sendo *trustees*.

³¹ *Re, West of England & South Wales District Bank, ex parte Dale & Co* (1879) 11 Ch D 772-778, 778: “What is a fiduciary relationship? It is one in respect of which if a wrong arise, the same remedy exists against the wrong-doer on behalf of the principal as would exist against a trustee on behalf of the cestui que trust”.

³² *Gwembe Valley Development Co Ltd v Koshy (No 3)* [2004] 1 BCLC 131-179, 157: “The fiduciary relationship has developed by analogy from the trust relationship”.

³³ O acórdão *Re, City Equitable Fire Insurance Co Ltd* é demonstrativo da consolidação alcançada nos finais do primeiro quartel do século passado “It has sometimes been said that directors are trustees. If this means no more than that directors in the performance of their duties stand in a fiduciary relationships to the company, the statement is true enough”, cfr., [1925] Ch 407-549, 425.

³⁴ *Swindle v Harrison* [1997] 4 All ER 705-736, 734: “fiduciary duties are equitable extensions of trustees duties”.

³⁵ *Cholmondeley v Clinton* (1820) 2 Jac & W 1-192, 185.

³⁶ A título meramente exemplificativo: FRANCIS PLOWDEN, *Jura Anglorum: The Rights of Englishmen*, Londres, 1792, 485: “the fiduciary duty of our governors to ensure and protect the community. . .”.

It never remains in his hands clothed with any fiduciary duty. He is never entrusted with the care³⁷ of it, nor under any obligation to hold it for any one but himself, nor is he allowed to use it for any other purpose³⁸.

[N]o person in whom fiduciary duties are vested shall make a profit of them by employing himself³⁹.

Mas também pela positiva, ou seja, o fiduciário deve prosseguir sempre os interesses do beneficiário:

[A] breach of their fiduciary duty. That duty is, to take immediate steps to have the fund invested⁴⁰.

IV. No lado de lá do Atlântico, a expressão, pelo menos no que ao campo jurisdicional respeita, não tem raízes tão antigas; todavia, parece evidente que, durante o século XIX, o termo, quando empregue⁴¹, assume um conteúdo em tudo análogo ao encontrado em terras inglesas⁴². A influência britânica era então muito forte – esta ascendência, reconheça-se, não surge patente em todos os acórdãos consultados. A decisão *Cumberland Coal & Iron Co v Parish*, datada de 1875, é especialmente elucidativa:

There is therefore no question as to the fact that [the director] bore an important fiduciary relation to the Company, as well as one of trust and confidence in the general control and management of its affairs. Holding such relation, he was bound to exercise all the power and authority delegated to him, in conjunction with others, for the protection of the property, and the promotion of the best interest of the corporators, the stockholders, according to his skill and ability. As between trustee and cestui que trust, or agent and principal, the rule is inflexible, that the trustee or agent cannot be allowed to take the benefit of a transaction the entering

³⁷ O vocábulo é aqui utilizado no sentido de confiança e não de cuidado, numa aceção técnico-jurídica moderna.

³⁸ *Cholmondeley v Clinton* (1820) 2 Jac & W 1-192, 185.

³⁹ *Broughton v Broughton* (1854) 5 De G M & G 160-166, 164.

⁴⁰ *Warwick v C. Richardson* (1842) 10 M & W 284-296, 291.

⁴¹ Os termos *trust* e *trustee* continuam a ser privilegiados: *Upton v Tribilcock*, 91 US 45-56 (US, 1875), 47: “It is a trust fund, of which the directors are the trustees. It is a trust to be managed for the benefit of its shareholders ... this duty is a sacred one, and cannot be disregarded”.

⁴² Da leitura destes artigos, datados já do início do século passado, chega-se a idêntica conclusão: JAMES BARR AMES, *Law and Morals*, 22 Harv L Rev, 1908, 97-113, 108; R. D. WESTON, *Promoter's Liability: Old Dominion v Bigelow*, 30 Harv, 1916, 39-61.

*into which was in violation of his duty, or where the benefit claimed and the duty required to be performed are in any respect inconsistent, the one with the other*⁴³.

V. Em Portugal, a locução fiduciário e as suas variantes, embora antiga – pense-se no fideicomisso –, apenas muito recentemente começou a ser utilizada no âmbito dos deveres dos administradores das sociedades comerciais, por evidente ascendência anglófona.

A palavra tem sido usada em três aceções distintas: (i) para descrever a posição desempenhada pelos administradores; (ii) como sinónimo de dever de lealdade; e (iii) de modo a abarcar os deveres de cuidado e os deveres de lealdade, nos moldes descritos introdutoriamente.

5. Dever de lealdade

I. O dever de lealdade encontra as suas raízes etimológicas e jurídicas na *fides* romanística⁴⁴ e na *Treu* germânica⁴⁵. Todavia, apenas nos interessa, por agora, as origens do termo no seio da Ciência Jurídica anglo-saxónica e em especial no âmbito das relações fiduciárias.

II. A utilização da expressão, num sentido moderno, é devida à Ciência Jurídica estado-unidense. Os tribunais e a doutrina inglesa apenas recentemente começaram a recorrer à expressão no âmbito das relações fiduciárias⁴⁶.

Mas mesmo na outra margem do Atlântico, a locução é particularmente moderna: foi pela primeira vez empregue por Austin Scott, Redator do *First Restatement of Trusts*, 1935⁴⁷, no incontornável § 170, com a epígrafe *Duty of Loyalty*:

(1) The trustee is under a duty to the beneficiary to administer the trust solely in the interest of the beneficiary.

⁴³ 42 Md 598 (Md, 1875).

⁴⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito civil*, Almedina, Coimbra, 2001 (reimpresão), 53 ss.

⁴⁵ CARLOS SARDINHA, *Alta-traição e lesa-majestade. Germanismo e romanismo na história do Direito visigótico primitivo*, Universidade Católica, Lisboa, 2011, 57-93.

⁴⁶ Sempre centrados na jurisprudência britânica, os primeiros acórdãos fiduciários e societários em que o termo é utilizado data, apenas, da viragem da década de 80 para a década de 90 do século passado.

⁴⁷ THURMAN ARNOLD, *The Restatement of the Law of Trusts*, 21 Colum L Rev, 1931, 800-823; AUSTIN W. SCOTT, *The Restatement of the Law of Trusts*, 31 Colum L Rev, 1931, 1266-1285.

(2) *The trustee in dealing with the beneficiary on the trustee's own account is under a duty to the beneficiary to deal fairly with him and to communicate to him all material facts in connection with the transaction which the trustee knows or should know.*

Até então, a locução não era utilizada comumente e muito menos para designar o núcleo da posição fiduciária⁴⁸.

III. A consolidação e a dogmatização do dever de lealdade é indissociável do pensamento jurídico-fiduciário de Austin Scott. Coube a este eminente Professor de Harvard a publicação de um primeiro estudo sobre o tema. Atente-se à definição então avançada, próxima da *positivada* no *First Restatement of Trust*:

*It is the duty of a trustee to administer the trust solely in the interest of the beneficiaries. He is not permitted to place himself in a position where it would be for his own benefit to violate his duty to the beneficiaries*⁴⁹.

6. Dever de lealdade enquanto sinónimo de dever fiduciário

I. Uma análise aprofundada ao conteúdo dos deveres de lealdade escapa aos propósitos do presente estudo. Apenas nos interessa, tendo em vista uma comparação com os deveres fiduciários de origem estado-unidense, identificar o seu conteúdo nuclear.

II. À luz da visão hoje dominante na Ciência Jurídica nacional, os deveres de lealdade assentam na seguinte premissa originária⁵⁰: os administradores assumem a obrigação de atuar, no âmbito dessa posição jurídica, no interesse do beneficiário último da relação, ou seja, a sociedade.

Partindo deste princípio estruturante, os administradores estão obrigados, pela positiva, a procurar sempre o interesse da sociedade e estão, pela negativa, impedidos de colocar os seus interesses individuais ou os interesses de terceiros à frente dos interesses da sociedade que representam. Os deveres de lealdade

⁴⁸ Primeiro artigo encontrado em que a expressão é utilizada: AUSTIN W. SCOTT, *Resulting Trusts Arising Upon the Purchase of Land*, 40 Harv L Rev, 1927, 669-711, 674: em rodapé.

⁴⁹ *The Trustee's Duty of Loyalty*, 49 Harv L Rev, 1936, 521-565, 521.

⁵⁰ Por todos: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Anotação ao artigo 64.º do CSC em CSC/MC*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011 e COSTA/FIGUEIREDO DIAS, *Anotação ao artigo 64.º do CSC em CSC/CA*, I, Almedina, Coimbra, 2010.

positivos e negativos materializam-se, necessariamente, em inúmeras concretizações, típicas e atípicas⁵¹.

III. Em terras inglesas⁵², o dever de lealdade, também dito dever fiduciário, está estruturado em torno de duas concretizações gerais: a *no conflict rule* e a *no profit rule*⁵³. A *no conflict rule* veda, ao administrador, todo o tipo de atuação da qual possa originar um conflito entre os interesses da sociedade e os seus interesses pessoais⁵⁴, enquanto a *no profit rule* impede esses mesmos administradores de obterem lucros ou proveitos através da posição fiduciária que ocupam, salvo se previstos no contrato da sociedade ou devidamente autorizados pelo órgão societário competente⁵⁵.

As *no conflict* e *no profit rules* surgem usualmente associadas ao dever de lealdade negativo. A dimensão positiva do dever de lealdade encontra-se hoje parcialmente positivada na s. 172(1) do *Companies Act*, 2006:

A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefits of its members as a whole.

IV. Finalmente, também a Ciência Jurídica estado-unidense, com toda a variedade que a caracteriza, aponta num sentido coincidente. O panorama geral mantém-se, como seria expectável, próximo do que foi vertido no § 170 do *First Restatement of Trusts*, nos moldes então concebidos por Austin Scott⁵⁶.

No seio do Direito societário do Estado do Delaware, ordenamento que mais tem contribuído para a divulgação da expressão deveres fiduciários de cuidado, o dever de lealdade assume um conteúdo em tudo idêntico. Neste

⁵¹ Veja-se a nota anterior.

⁵² *Do trust*, cit., 219 e *Doutrina das oportunidades societárias* (corporate opportunities doctrine). *Parte I: Introdução – Direito estado-unidense – Direito inglês*, 5 RDS, 602-632, 622 ss.

⁵³ *O'Donnell v Shanahan* [2008] EWHC 1973 (Ch), [37]: “the “no conflict rule” and “no profit rule” to which fiduciaries such as directors are subject”.

⁵⁴ *Aberdeen Rail Co v Blaikie Brothers* [1843-1860] All ER Rep 249-256, 252; *Regal (Hastings) Ltd v Gulliver* [1967] 2 AC 134-159, 137-138 e 154-155; *Boardman v Phipps* [1966] 3 All ER 721-762, 733-734; *Industrial Development Consultants v Cooley* [1972] 2 All ER 162-176, 171 ss; *Bhullar v Bhullar* [2003] EWCA Civ 424, [27-42].

⁵⁵ *Parker v McKenna* (1874) LR 10 Ch App 96-127, 124; *Bray v Ford* [1896] AC 44-56, 51: duas decisões clássicas que estão na origem do princípio geral, posteriormente estendido a todos os fiduciários; *Re, Macadam Dallow* [1945] 2 All ER 664-679, 672; *Boardman v Phipps* [1966] 3 All ER 721-762, 748; *Guinness v Saunders* [1990] 1 All ER 652-668, 660.

⁵⁶ Veja-se o interessante artigo de JOHN H. LANGBEIN, *Questioning the Trust Law Duty of Loyalty: Sole Interest or Best Interest?*, 114 Yale LJ, 2005, 929-990.

ponto, o incontornável caso *Guth v Loft*, datado de 1939, conserva toda a sua relevância e centralidade:

[T] he most scrupulous observance of his duty, not only affirmatively to protect the interests of the corporation committed to his charge, but also to refrain from doing anything that would work injury to the corporation, or to deprive it of profit or advantage ... The rule that requires an undivided and unselfish loyalty to the corporation demands that there shall be no conflict between duty and self-interest⁵⁷.

V. Da comparação entre estes três ordenamentos, torna-se evidente que as expressões deveres de lealdade e deveres fiduciários assumem conteúdos idênticos, devendo, conseqüentemente, ser utilizados como sinónimos: o dever de lealdade não é um dever fiduciário, mas sim o dever fiduciário.

§ 3.º Os deveres de cuidado

7. *Origens do duty of care*

I. É comum a doutrina especializada anglo-saxónica afirmar que as origens do *duty of care* devem ser procuradas no campo da responsabilidade civil (*Tort Law*), mais especificamente no *tort of negligence*⁵⁸⁻⁵⁹. Esta visão clássica, assumida pacificamente para além das fronteiras da *Common Law*, não pode ser aceite acriticamente. De resto, parece mesmo ceder, quando acompanhada de uma cuidada análise histórica.

II. A expressão *reasonable care* é empregue, pela jurisprudência inglesa, pelo menos desde os inícios do século XVIII. Num caso datado de 1703, o *King's Bench* afirma que, tendo um determinado sujeito sido contratado para transportar bens, será responsável por todos os danos causados à carga transportada, desde que resultem de uma atuação negligente:

If a man undertakes to carry goods safely and securely, he is responsible for any damage they may sustain in the carriage thro' his neglect tho' he was not a common carrier and was to have nothing for the carriage⁶⁰.

⁵⁷ 23 Del Ch, 255-283 (Del, 1939), 270.

⁵⁸ Por todos: *Gower & Davis*, cit., 518: embora reconheça as especificidades da relação.

⁵⁹ *Do trust*, cit., 484 ss: apanhado geral da figura.

⁶⁰ *Coggs v Bernard* (1703) 2 LR 909-920, 919.

*And yet if he receives his master's money, and keeps it lock'd up with a reasonable care, he shall not be answerable for it, though it be stolen*⁶¹.

II. O interesse deste caso reside, essencialmente, no facto de o tribunal ter utilizado a expressão *reasonable care*. Já quanto ao pressuposto-base: responsabilização de prestadores de serviços – recorrendo a uma nomenclatura contemporânea – por atuações negligentes, estes remontam aos primórdios do Direito inglês:

- *Bukton v Tounesende*, 1348 (*assumpsit for misfeasance*): um sujeito foi contratado para transportar uma égua por via marítima. Ao contrário do que havia sido acordado, carregou a sua embarcação com mais equídeos. Em decorrência desta decisão, a embarcação naufragou, com toda a carga transportada. O dono da égua interpôs uma ação para responsabilizar o barqueiro⁶²;
- *Waldon v Mareschal*, 1369 (*trespass*): um veterinário foi contratado para examinar e medicar um cavalo, tendo o animal acabado por falecer, por notória negligência do físico⁶³;
- *Thomas v Sampson*, 1384 (*trespass*): um hóspede avança com uma ação contra um estalajadeiro, em que alega ter sido furtado em cerca de 10 libras enquanto permanecia hospedado na sua estalagem⁶⁴;
- *Skyrme v Butolf*, 1388 (*assumpsit for misfeasance*): um médico é trazido ao banco dos réus por um seu doente, que pretende o ressarcimento dos danos causados em virtude de um diagnóstico incorreto⁶⁵.

III. Para um jurista continental, é particularmente curioso que a solução para estes casos fosse encontrada no seio da responsabilidade civil extracontratual. Ora, na realidade, essa afirmação não é correta: nestes litígios, os autores das ações não invocaram o incumprimento de um dever extracontratual, os fundamentos eram outros e variados: um acordo, uma promessa, um contrato, um precedente jurisdicional ou um costume.

⁶¹ 918.

⁶² JOHN H. BAKER, *Baker and Milsom: Sources of English Legal History – Private Law to 1750*, 2.^a ed., OUP, Oxford, 2010, 399. A versão original pode ser consultada no sítio: <http://www.bu.edu/phpbin/lawyearbooks/display.php?id=11790>.

⁶³ A versão original pode ser consultada no sítio: <http://www.bu.edu/phpbin/lawyearbooks/display.php?id=14060>.

⁶⁴ *Baker and Milsom*, cit., 605-606.

⁶⁵ *Baker and Milsom*, cit., 405-409.

A *Common Law*, nos seus moldes originais, consistia num complexo sistema formalístico de ações, em que a entrada de uma petição inicial estava dependente do preenchimento dos pressupostos formais e substantivos dos documentos existentes – os célebres *writs*⁶⁶. À época, não existia uma ação de responsabilidade extracontratual: os lesados podiam recorrer a diferentes tipos de *writs*, sendo alguns deles, séculos volvidos, reconduzidos à *Tort Law*⁶⁷ e outros à *Contract Law*⁶⁸. Nos casos *Bukton v Tounesende* e *Skyrne v Butolf*, os lesados fizeram uso de um *writ* contratual clássico: *writ of assumpsit of misfeasance*; e nos casos *Waldon v Mareschal* e *Thomas v Sampson* a um *writ* extracontratual clássico: o *writ of trespass*.

Esta incerteza dogmática é extensível à própria doutrina. Nos séculos que se seguiram, encontramos interpretações que apontam em ambos os sentidos⁶⁹. Não resistimos a citar o incontornável Edward Coke (n. 1552, f. 1634), que parece favorecer uma origem contratual do *duty of care*⁷⁰:

So it is if good be delivered to a man to be safely kept, and after those goods are stolen from him, this shall not be excuse him; because by the acceptance he undertook to keepe them safely, and therefore he must keepe them at his peril.

IV. É assim possível traçar uma linha histórica e lógica que se inicia, pelo menos, no século XIV e atravessa todo o Direito obrigacional – numa aceção continental. Os desenvolvimentos posteriores, em especial nos últimos séculos, colocaram os deveres de cuidado no campo da responsabilidade extracontratual. Contudo, a sua emergência está longe de representar uma qualquer receção tardia. Como demonstram os acórdãos *supra* referidos – meramente exemplificativos –, o *duty of care* é muito anterior a qualquer sistematização dos dois ramos obrigacionais.

⁶⁶ *Do trust*, cit. 129 ss.

⁶⁷ A sistematização da responsabilidade extracontratual anglófona é particularmente recente, sendo contemporânea do fim do sistema formalístico de ações: finais do século XIX, cfr., *Do trust*, cit., 482.

⁶⁸ PERCY H. WINFIELD, *The History of Negligence in the Law of Torts*, 42 LQ Rev, 1926, 184-201, em especial 186-188.

⁶⁹ Veja-se a nota anterior.

⁷⁰ EDWARD COKE, *The First Part of the Institutes of the Laws of England; or a Commentary upon Littleton: Not the Name of the Author only, but of the Law Itself*, Filadélfia, 1853, s. 123, 89. a).

8. O duty of care nas relações fiduciárias

I. A imposição de deveres de cuidado a sujeitos fiduciários – dogmaticamente construída em torno dos conceitos de *reasonable care and diligence* – é igualmente antiga. Atente-se às palavras de Lord Cottenham LC, no caso *Clough v Bond*, de 1838⁷¹:

It will be found to be the result of all the best authorities upon the subject, that, although a personal representative, acting strictly within the line of his duty, and exercising reasonable care and diligence, will not be responsible for the failure or depreciation of the fund.

Repare-se que Lord Cottenham LC não está a criar novo Direito: está a recorrer às melhores autoridades (*best authorities*). Este aspeto contraria duas ideias muito divulgadas: (i) a de que os deveres de cuidado são realidades recentes; e (ii) a de que foram desenvolvidos no seio da responsabilidade extracontratual.

O facto de, em período anteriores, não encontrarmos a expressão *reasonable care* em nada afeta estas conclusões. As palavras de Lord Hardwicke LC, citadas no caso *Ex parte Belchier* (1754), vão ao encontro das conceções modernas:

*If trustee acts as prudently for the trust as for herself, and according to the usages of business, então, não poderá ser responsabilizado pelos danos causados*⁷².

II. No último quartel do século XIX, o conteúdo do dever de cuidado surge já consolidado, na jurisprudência – o acórdão *Speight v Gaunt* desempenhou um lugar destacado neste processo de sistematização⁷³:

*The trustee is bound to shew that he has adopted the safest course, or at least a safe and reasonable course, and he must exercise reasonable care and diligence*⁷⁴.

*[A]s a general rule a trustee sufficiently discharges his duty if he takes in managing trust affairs all those precautions which an ordinary prudent man of business would take in managing similar affairs of his own*⁷⁵.

⁷¹ 3 My & Cr 491-499, 496.

⁷² Am 218-220, 219.

⁷³ (1883) 9 App Cas 1-33.

⁷⁴ Cit., 4.

⁷⁵ Cit., 19.

9. Duty of care nos Direitos anglófonos contemporâneo

I. A ligação umbilical existente a figura do *trustee* e os restantes sujeitos fiduciários foi decisiva para a imposição, aos administradores das sociedades comerciais, de um dever de agir de forma cuidadosa e diligente. Durante longas décadas, vigorou, em terras inglesas e de forma análoga à sentida no campo da *Trust Law*, um dever de cuidado subjetivo, em que o padrão exigido estava dependente das capacidades de cada administrador, individualmente. Na prática, apenas não seria possível exigir a cada administrador mais do que o próprio poderia dar⁷⁶.

O panorama jurisdicional britânico foi objeto de uma autêntica revolução, na viragem da década de 80 para a década de 90 do século passado⁷⁷. Apoiado na s. 214(4) do *Insolvency Act*, 1986⁷⁸, o então Hoffmann J. sustentou a sujeição dos administradores das sociedades comerciais a dois testes, no âmbito do cumprimento ou incumprimento do dever de cuidado: (i) um teste subjetivo, que impõe um comportamento adequado às capacidades individuais de cada administrador; e (ii) um teste objetivo, que exige uma atuação consentânea com a expectável de um administrador diligente⁷⁹.

Em 2006, com a introdução de um novo *Companies Act*, o legislador britânico acabaria por positivar esta última conceção, na s. 174, que tem como epígrafe: *Duty to exercise reasonable care, skill and diligence*:

(1) *A director of a company must exercise reasonable care, skill and diligence.*

(2) *This means the care, skill and diligence that would be exercised by a reasonably diligent person with –*

(a) *the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the functions carried out by the director in relation to the company, and*

(b) *the general knowledge, skill and experience that the director has.*

⁷⁶ *Re, City Equitable Fire Insurance Co* [1925] Ch 407-549, 408: “*he need not exhibit in his duties a greater skill than may reasonable be expected from a person of his knowledge and experience*”.

⁷⁷ *Gower & Davis*, cit., 519.

⁷⁸ (4) *For the purposes of subsections (2) and (3), the facts which a director of a company ought to know or ascertain, the conclusions which he ought to reach and the steps which he ought to take are those which would be known or ascertained, or reached or taken, by a reasonably diligent person having both –*

(a) *the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the same functions as are carried out by that director in relation to the company, and*

(b) *the general knowledge, skill and experience that that director has.*

⁷⁹ *Re, DJan of London Lda* [1993] BCC 646-649: decisão decisiva e incontornável.

II. Também no Direito estado-unidense e atendendo apenas às linhas gerais do dever de cuidado, encontramos um conteúdo base idêntico⁸⁰. Atente-se aos esclarecedores conteúdos da s. 4.01(a) do *ALI's Principles of Corporate Governance*:

*A director or officer has a duty to the corporation to perform the director's or officer's functions ... with the care than an ordinary prudent person would reasonably be expected to exercise in a like position and under similar circumstances*⁸¹.

e do § 8.30(b) do *Model Business Corporation Act*:

*The members of the board of directors or a committee of the board ... shall discharge their duties with the care that a person in a like position would reasonable believe appropriate under similar circumstances*⁸².

10. **Deveres de cuidado e diligência de um gestor criterioso e ordenado**

I. Na sua versão original, o artigo 64.º versava apenas, de forma direta, sobre o dever de diligência:

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

Nestes termos, o preceito encontra as suas origens mais diretas no § 93/I do AktG⁸³. A norma foi, numa primeira fase, assimilada a uma medida de culpa (de negligência), surgindo sistematicamente devedora dos §§ 276 do BGB e 374 do HGB. Atualmente, a Ciência Jurídica alemã atribui-lhe uma dupla função: à clássica medida de culpa acrescenta-se um papel decisivo enquanto regra de conduta. O § 227 do BGB representa, no âmbito desta segunda dimensão, um elemento interpretativo decisivo⁸⁴.

⁸⁰ MELVIN A. EISENBERG, *The Duty of Care of Corporate Directors and Officers*, 51 U Pitt L Rev, 1990, 945-972: interessante ponto de partida para o estudo de toda a temática dos deveres de cuidado.

⁸¹ *Apud.* LYMAN P. Q. JOHNSON, *Corporate Officers and the Business Judgment Rule*, 60 Bus Law, 2005, 439-469, 442.

⁸² *Apud.* *Model Business Corporation Act Annotated*, I, 4.ª ed., ABA, USA, 2008, 8-185.

⁸³ MENEZES CORDEIRO, *Direito das sociedades*, I, cit., 852.

⁸⁴ HOLGER FISCHER, *Anotação ao § 93 do AktG em Spindler/Stiltz AktG*, 2.ª ed., Beck, Munique, 2010, Rn. 16; JENS KOCH, *Anotação ao § 93 do AktG em Hüffer AktG*, 11.ª ed., Beck, Munique,

Raúl Ventura, Autor do anteprojeto, considerava que a função do preceito, já então parte integrante da nossa ordem jurídica, se esgotava na sua dimensão de norma de conduta. Numa perspectiva dogmática, o dever de atuar diligentemente surge relacionado com o disposto nos artigos 487.º/2 e 799/2.º do CC e com conceito indeterminado de *bom pai de família*⁸⁵.

II. A expressão dever de cuidado entrou no nosso Direito das sociedades com a reforma de 2006. A inclusão do termo foi inesperada: a proposta apresentada a consulta pública não continha qualquer referência ao preceito:

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

2. Os titulares de órgãos sociais com funções de fiscalização devem actuar de acordo com elevados padrões de diligência profissional e com lealdade⁸⁶.

A CMVM teve o cuidado de explicitar a mudança da cláusula original, sem, contudo, explicar as razões que motivaram esta alteração:

A cláusula geral da actuação cuidadosa foi separada do critério de actuação diligente que serve de bitola ao cumprimento daquela; além disso, foi decomposta nos seus elementos essenciais e complementada com a ideia da adequação das qualificações exigidas em relação ao tipo de funções desempenhadas⁸⁷.

O que se buscou, com a inclusão de um conceito externo ao nosso Direito? Um esclarecimento dos deveres dos administradores? Repita-se o que acima se escreveu: basta analisar os acórdãos que têm sido produzidos sobre esta matéria para concluir que a Ciência Jurídica nacional está longe de ter estes conceitos por consolidados⁸⁸. Sem doutrina e jurisprudência a suportar esta mudança e

2014, R.n. 5; WOLFGANG HÖLTERS, *Anotação ao § 93 do AktG em Hölters AktG*, 2.ª ed., Beck, Munique, 2014, R.n. 2: atribuindo maior relevância a esta segunda função.

⁸⁵ MENEZES CORDEIRO, *Direito das sociedades comerciais*, I, cit., 858 ss.

⁸⁶ A proposta pode ser consultada no sítio da CMVM: http://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/ConsultasPublicas/CMVM/Documents/59bf1f4f121d4ca4a76729b3d33a0dc5proposta_articulado_csc.pdf.

⁸⁷ Sítio da CMVM: <http://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/ConsultasPublicas/CMVM/anexos/Paginas/20060302a.aspx>.

⁸⁸ Impõe-se um estudo jurisprudencial sobre todos os desenvolvimentos subsequentes à reforma de 2006.

sem trabalhos preparatórios que a explicitem, outro resultado não poderia ser possível.

III. Podemos admitir que a denominada decomposição traz algumas vantagens, mas o mesmo já não poderá ser dito no que à expressão *deveres de cuidado* respeita: trata-se de uma repetição desnecessária de conceitos e que tende a desvirtuar o percurso histórico-jurídico subjacente.

Da análise aos Direitos anglo-saxónicos é possível identificar duas fases: na primeira fase, foram impostos deveres de cuidado – *reasonable care*; e, na segunda fase, esses deveres de cuidado foram fortalecidos por recurso ao conceito ordenador de administrador diligente (teste objetivo).

Ora, se a Lei portuguesa já exigia esta diligência objetiva, a inclusão do termo deveres de cuidado não se justifica: o artigo 64.º não sofreu, neste campo, qualquer alteração material, apenas se introduziu um termo sem ligação dogmática ao Direito nacional e que não reflete a sua evolução.

A coincidência conceitual é reconhecida pela própria CMVM, quando, em breve nota às alterações propostas, escreve o seguinte:

Propõe-se a explicitação do dever de lealdade, o que se revela necessário, porquanto complementa a vinculação a deveres de diligência (*duties of care*).

Ou seja: o dever de atuar diligentemente (continental) e o *duty of care* (anglo-saxónico) têm um conteúdo análogo – as diferenças existentes refletem regimes, culturas e Direitos distintos.

Também não poderá ser argumentado que a referência aos deveres de cuidado possibilitou a concretização das condutas efetivamente exigíveis. Para o efeito, basta analisar a solução germânica: esta materialização foi alcançada por intermédio de conceitos e termos conhecidos e dominados.

IV. Quanto ao preenchimento dos supostos *deveres de cuidado*, a nossa jurisprudência conserva a posição já então manifestada por Raúl Ventura: os administradores devem atuar diligentemente, sendo-lhes exigível um grau de cuidado mesmo superior ao que se espera de um bom pai de família⁸⁹.

Ora, mas é este dever de atuar diligentemente um dever de cuidado específico das relações fiduciárias? Não. De modo idêntico ao que se verifica nos Direitos anglo-saxónicos, também no Direito português são inúmeras as posições jurídicas que surgem moldadas por exigências análogas, começando, desde

⁸⁹ Por todos: STJ 20-set.-2014 (FONSECA RAMOS), proc. n.º 1195/08.0TYLSB.

logo, por todas as disposições em que encontramos o conceito de *bom pai de família*. Na realidade, o dever de atuar diligentemente impõe-se nas demais relações jurídicas: os artigos 487.º/2, 799.º/2 e 1446.º do Código Civil abrangem todas as posições jurídicas obrigacionais e reais.

Em suma, a obrigação de atuar diligentemente molda as posições passivas de forma transversal, independentemente da sua origem ou estrutura. A especialidade das posições fiduciárias poderá porventura residir no grau da diligência exigida.

Todavia, seria sempre necessário demonstrar, o que ainda não foi feito entre nós, que todos os sujeitos fiduciários estão adstritos a deveres de diligência mais gravosas.

11. *Conclusões*

I. O interesse continental pelo conceito anglófono das *fiduciary relationships* reflete, por um lado, a crescente ascendência da *Common law* e, por outro lado, o papel cada vez mais decisivo que as relações de confiança tendem a assumir na nossa sociedade moderna⁹⁰.

II. A transposição de conceitos e termos estranhos à comunidade jurídica nacional é uma realidade que tem acompanhado os avanços da nossa Ciência local.

Ao indiscutível peso dos glosadores e comentadores⁹¹ seguiram-se as nações iluminadas e polidas da *Boa Razão*⁹²; a ascendência napoleónica, que marcou todo o século XIX, foi paulatinamente substituída pela pandetística, a partir de Guilherme Moreira⁹³, sendo hoje cada vez mais evidente o peso das concepções anglófonas, em especial no campo societário e no dos valores mobiliários⁹⁴.

⁹⁰ *Direito dos valores mobiliários*, I, cit., 281 ss.

⁹¹ Em especial as posições defendidas por Bartolus: NUNO ESPINOSA GOMES DA SILVA, *Bártolo na história do Direito português*, sep. 12 RFDUL, 1960 e MARTIM DE ALBUQUERQUE, *Bártolo e bartolismo no Direito português*, 304 BMJ, 1981, 102-123.

⁹² Lei de 18 de agosto de 1769, § 9. JOSÉ HOMEM CORREIA TELLES, *Commentario critico à Lei da Boa Razão*, António José da Rocha, Lisboa, 1836, 27-28.

⁹³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Teoria geral do Direito civil – Relatório*, Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 1988, 131 ss. e *Da modernização do Direito civil*, Vol. I: *Aspectos gerais*, Almedina, Coimbra, 2004, 37 ss.

⁹⁴ Veja-se a monumental obra de JAN VON HEIN, *Die Rezeption US-amerikanischen Gesellschaftsrechts in Deutschland*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2008 (XLVI + 1089 pp). Não podemos ainda deixar de notar a gradual receção do *trust* pelos sistemas civilísticos, cf. *Do trust*, cit., 47 ss.

A receção de novos institutos é, assim, parte integrante da nossa História Jurídica. Contudo, as receções legislativas a doutrinárias devem ser feitas com especial cautela.

Ora, a adoção das expressões deveres fiduciários de lealdade e deveres fiduciários de cuidado não se justifica, por razões de (i) ordem histórica – ambas as situações jurídicas desenvolveram-se autonomamente, no respetivo sistema de origem –; (ii) de ordem conceitual – tratam-se de realidades distintas, com propósitos próprios e diferenciados; (iii) de ordem sistemática – os deveres fiduciários ou de lealdade sentem-se com maior intensidade nas relações de confiança; já o dever de atuar diligentemente molda todas as posições jurídicas passivas; e (iv) de ordem linguística – o termo dever de lealdade, perfeitamente consolidado entre nós, assume-se como sinónimo de dever fiduciário.

As consequências práticas e científicas desta receção são consideráveis, dificultando o estudo, a aprendizagem e a transmissão de conhecimentos.