



**MODELOS DE ADMINISTRAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DAS SOCIEDADES ANÓNIMAS
E RESPONSABILIDADE DE ADMINISTRADORES E FISCALIZADORES EM
RELAÇÃO À SOCIEDADE**

Marta Isabel Lopes Heitor

Dissertação realizada no âmbito do Mestrado
Profissionalizante em Ciências Jurídico-
Empresariais, sob a orientação da Exma. Senhora
Professora Doutora Adelaide Menezes Leitão

LISBOA

JANEIRO 2017



**MODELOS DE ADMINISTRAÇÃO E FISCALIZAÇÃO DAS SOCIEDADES ANÓNIMAS
E RESPONSABILIDADE DE ADMINISTRADORES E FISCALIZADORES EM
RELAÇÃO À SOCIEDADE**

Marta Isabel Lopes Heitor

Dissertação realizada no âmbito do Mestrado
Profissionalizante em Ciências Jurídico-
Empresariais, sob a orientação da Exma. Senhora
Professora Doutora Adelaide Menezes Leitão

LISBOA

JANEIRO 2017

Aos meus pais e à minha irmã, a eles sou eternamente grata.

Ao Hugo, pelo carinho e paciência.

NOTA PRÉVIA

1. O presente trabalho encontra-se redigido de acordo com o novo Acordo Ortográfico.
2. Foram mantidas as opções dos Autores quanto ao acordo ortográfico utilizado nas obras citadas.
3. Nas citações feitas foi mantido o acordo ortográfico utilizado à data da sua publicação.
4. Salvo indicação em contrário, as disposições legais referidas ao longo do texto reportam-se ao Código das Sociedades Comerciais.
5. As publicações *on line* citadas, cujas páginas não são indicadas, deve-se ao facto de as mesmas não constarem da própria publicação.

RESUMO

A presente dissertação tem por objeto a temática da responsabilidade dos administradores e fiscalizadores perante a sociedade, compreendida através dos diversos modelos de organização de sociedade anónima. Desta forma, a investigação compreendida no presente estudo incide sobre os deveres dos administradores e fiscalizadores para com a sociedade e como a sua violação origina a sua responsabilização.

Neste sentido, inclui uma análise das sociedades anónimas, da figura do administrador e sua situação jurídica, bem como da fiscalização; dos deveres a que os administradores estão vinculados no âmbito do artigo 64.º, e da forma como estes se transpõem para a esfera dos fiscalizadores; da qualificação da responsabilidade civil dos administradores e fiscalizadores e da *business judgment rule* como fator de exclusão da responsabilidade.

Palavras-chave: Administrador; Fiscalizador; Responsabilidade; Sociedade Anónima.

ABSTRACT

The purpose of this thesis is the responsibility of administrators and auditors to society, understood through the different models of public limited company organization. The investigation contained in the present study focuses on the duties of administrators and auditors towards society and how their violation leads to their accountability.

In this sense, it includes an analysis of public limited companies, the figure of the administrator and its legal situation, as well as the supervision; the duties to which administrators are bound under article 64.º, and the way in which they are transposed to the auditors' sphere; the qualification of the civil responsibility of the administrators and auditors and the business judgment rule as factor of exclusion of the responsibility.

Keywords: *Administrator; Auditor; Responsibility; Public Limited Company.*

LISTA DAS PRINCIPAIS ABREVIATURAS E SIGLAS

Ac.	Acórdão
CC	Código Civil
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
Cit.	Citado
CMVM	Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
Consult.	Consultado
Coord.	Coordenação
CSC	Código das Sociedades Comerciais
DL	Decreto-Lei
n.º	Número
n.ºs	Números
<i>op. cit.</i>	obra citada (<i>opus citatum</i>)
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
ROC	Revisor Oficial de Contas
ss.	Seguintes
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto

INTRODUÇÃO

1. Razão de escolha do tema

A presente dissertação corresponde, em termos gerais, ao desenvolvimento do relatório apresentado na disciplina de Direito das Sociedades Comerciais I, sob a regência da Exma. Senhora Professora Doutora Adelaide Menezes Leitão, no âmbito do Mestrado Profissionalizante em Ciências Jurídico-Empresariais, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

O referido relatório, intitulado *A responsabilidade civil, em relação à sociedade, dos administradores executivos e não executivos nas Sociedades Anónimas de Modelo Monista* foi publicado na Revista de Direito das Sociedades, Ano V (2013) – Número 4, coordenada pelo Exmo. Senhor Professor Doutor António Menezes Cordeiro.

A razão de escolha do tema prende-se com o interesse que o mesmo nos despertou, e mesmo sendo um tema já explorado por vários Autores, na parte referente à responsabilidade dos administradores, mantém-se atual e pertinente, dado que ainda há um longo caminho a percorrer no que toca à densificação da responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização, e, principalmente, por carecer de decisões jurisprudenciais relevantes em Portugal. Destarte, é na doutrina que se deverá procurar a densificação desta temática.

2. Delimitação do objeto de estudo

No exercício das suas funções, os administradores podem causar danos à sociedade. Esses danos fundam-se na “preterição dos deveres legais ou contratuais”¹, quer por ação, quer por omissão, sendo a responsabilidade daí resultante subjetiva, porque se funda sempre na culpa. Trata-se aqui de

¹ Vide ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais*, 6ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, 278.

responsabilidade obrigacional², como postulam MENEZES CORDEIRO e ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA³.

Assim, a responsabilidade civil dos administradores tem assentado na diligência⁴ do “gestor criterioso e ordenado”, conforme o artigo 64.º, n.º 1, al. a), cuja medida da culpa é mais exigente do que a do *bonus pater familias*.

Após a consagração da *business judgment rule* no n.º 2 do artigo 72.º, a problemática da responsabilidade civil adensou-se, visto que este princípio é uma causa de exclusão da responsabilidade, e uma das principais inovações da reforma do Código das Sociedades Comerciais operada pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março.

A par da responsabilidade civil dos administradores, encontramos a dos membros dos órgãos de fiscalização. Esta temática tem sido pouco desenvolvida doutrinariamente, apesar de ter vindo a assumir, nos últimos anos, uma relevância cada vez maior.

É premente conjugar de uma maneira coerente a responsabilidade dos titulares dos órgãos de fiscalização com a dos administradores, já que o artigo 81.º, n.º 1, dispõe que estes respondem nos mesmos termos definidos para os administradores.

Após esta breve referência, temos de fazer uma delimitação do tema do nosso trabalho, deixando desde já assente que este versa sobre a responsabilidade civil, perante a sociedade, dos administradores e membros dos órgãos de fiscalização das sociedades anónimas, compreendida através dos modelos de administração e fiscalização previstos no CSC.

É pertinente, antes de começarmos, realçar que a responsabilidade dos administradores é solidária, nos termos do n.º 1 do artigo 73.º, visto que os poderes

² “Responsabilidade obrigacional”, dado que, em sentido técnico, não provém de um negócio jurídico, mas da lei. Neste sentido, *vide* JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2006, 519, nota 1.

³ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Responsabilidade do Administradores das Sociedades Comerciais*, Lisboa, Lex, 1997, 493 e ss. e ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades ...*, *op. cit.*, 280.

⁴ “Essa diligência comporta, todavia, também elementos de ilicitude (o esforço exigível), o que é natural, uma vez que a culpa e ilicitude são, na responsabilidade obrigacional, incindíveis.”, *vide* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Anotado*, coordenação ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, 2ª edição, Lisboa, Almedina, 2012, 279.

de gestão são atribuídos ao conselho de administração e, normalmente, este toma as decisões de forma colegial, por maioria. Também a responsabilidade dos titulares dos órgãos de fiscalização é solidária entre si, nos termos do n.º 1 do artigo 81.º, respondendo, ainda, nos termos do n.º 2 do mesmo preceito legal, solidariamente, com os administradores por atos ou omissões destes no desempenho das suas funções, se esses atos ou omissões não se tivessem produzido se houvessem cumprido os seus deveres de fiscalização.

O artigo 407.º, n.º 3, abre a possibilidade de “delegar num ou mais administradores ou numa comissão executiva a gestão corrente da sociedade”⁵. Nesta situação, ao lado dos administradores delegados ou executivos, ou da comissão executiva, surgem os administradores não executivos ou não delegados, que apenas terão um dever de vigilância geral sobre a atuação dos administradores executivos, não sendo, em princípio, responsáveis pelos danos causados por estes, no âmbito das matérias delegadas (casos há, porém, de exceção). Além da delegação propriamente dita, surge uma outra figura que é a da delegação imprópria. Quer isto dizer que o conselho de administração, nesta situação, encarrega algum ou alguns dos administradores de certas matérias de administração, não conduzindo esta prática à modificação do regime da responsabilidade dos administradores que não foram encarregados.

Contrariamente, o modelo organizativo previsto na alínea c) do n.º 1 do artigo 278.º, à partida, não admite a existência de delegação de competências. Este entendimento resulta do artigo 431.º, n.º 3. Posteriormente, abordaremos esta temática.

3. Metodologia

O presente trabalho encontra-se dividido em capítulos, estando os capítulos divididos por pontos.

No primeiro capítulo iremos fazer um desenvolvimento histórico da temática abordada. Começaremos por apresentar a figura da sociedade comercial anónima,

⁵ PEDRO MAIA, «*Tipos de Sociedades Comerciais*», in *Estudos de Direito das Sociedades*, Coordenação: JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, 6ª edição, Coimbra, Almedina, 23.

das origens à atualidade. Para melhor compreensão da figura do administrador, faremos uma análise à sua situação jurídica e evolução das diversas teorias propostas para enquadrar juridicamente a figura do administrador. Trataremos, identicamente, a evolução dos membros dos órgãos de fiscalização nas sociedades anónimas.

A compreensão da alteração dos deveres dos administradores e titulares dos órgãos de fiscalização, principalmente após o DL 76-A/2006, de 29 de março, e a sua conjugação com os interesses referidos no artigo 64.º revela-se um tema central no panorama da responsabilidade civil. Só há lugar à responsabilização quando há violação de deveres: contratuais, estatutários ou genéricos. Dedicamos o segundo capítulo à análise dos deveres que recaem sobre os administradores e como estes se decalcam na esfera dos membros dos órgãos de fiscalização e em que medida se podem aplicar a ambos os mesmos deveres. Abordaremos com o necessário cuidado o interesse social, visto ser este o elemento definidor da conduta devida pelos titulares dos órgãos sociais.

No terceiro capítulo desenvolveremos a questão central a que nos propomos: a responsabilidade civil dos administradores e membros dos órgãos de fiscalização. Começaremos por fazer uma abordagem à responsabilidade civil dos administradores, desenvolvendo, de seguida, a responsabilidade civil dos administradores em situação de delegação de competências. Entraremos, seguidamente, na responsabilidade civil dos titulares dos órgãos de fiscalização e trataremos o conselho fiscal, a comissão de auditoria, o conselho geral e de supervisão e o ROC. Acabaremos com uma análise da *business judgment rule* por se tratar de uma das mais significativas alterações introduzidas no DL 76-A/2006, de 29 de março, na temática da responsabilidade dos titulares dos órgãos sociais.

O quarto capítulo será dedicado à possibilidade de existência de colisão de funções entre os administradores e membros dos órgãos de fiscalização nos diferentes modelos organizativos, dado que podem surgir conflitos com implicação para a responsabilização dos titulares dos órgãos sociais.

O quinto, e último capítulo, será dedicado à exposição das principais conclusões.

CAPÍTULO I – DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO

4. As sociedades comerciais: das origens à atualidade

O Código das Sociedades Comerciais procurou fazer uma divisão dos diversos tipos de sociedades em função do seu tipo de responsabilidade pelas entradas e pelas dívidas sociais. As sociedades anónimas encontram o seu tipo legal definido no artigo 271.^o, que dispõe que o capital é dividido em ações e cada sócio limita a sua responsabilidade ao valor das ações que subscreveu. Deste preceito se retira que as sociedades anónimas são sociedades de capitais.

As sociedades anónimas são sucessoras das antigas sociedades coloniais⁶, embora já no Direito romano e medieval a sua possibilidade de existência tenha sido admitida por alguns autores, sendo que a responsabilidade limitada apenas surgiu no fim da Idade Média, em Itália.

Apesar de não ser possível a determinação precisa e inequívoca da origem das sociedades por ações⁷, surgem, no século XVII, as grandes companhias coloniais, em países como a Holanda e Inglaterra. Estas companhias eram alvo de limitações, visto que a sua existência dependia de autorização prévia do Estado.

O primeiro diploma legal a conter alguns preceitos sobre as sociedades anónimas foi o *Code de Commerce* francês, sendo ainda muito restritivo, pois as sociedades dependiam de autorização do governo e eram alvo de uma apertada fiscalização.

Em Portugal, a experiência relativamente às sociedades anónimas só se mostrou relevante a partir das companhias pombalinas, como é o caso da

⁶ Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO/JOSÉ ALVES DE BRITO, *Código das ...*, Coord.: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *op. cit.*, 790.

⁷ Os eventuais precedentes encontrados ao longo dos séculos não permitem que seja apresentada com segurança uma origem absoluta para o aparecimento das sociedades por ações. Só a partir do surgimento das Companhias Coloniais se permitiu traçar um caminho contínuo, até aos dias de hoje, da história deste tipo societário. Para maior elucidação, *vide* RUI MANUEL DE FIGUEIREDO MARCOS, *As Companhias Pombalinas – Contributo Para a História Das Sociedades Por Ações Em Portugal*, Coimbra, Almedina, 1997, 813.

Companhia Geral do Grão-Pará e do Maranhão e a Companhia Geral de Pernambuco e Paraíba⁸.

O Código Comercial Ferreira Borges, de 1833, já continha um modelo avançado de sociedades anónimas. No entanto, estas não se propagaram devido ao atraso da industrialização e à míngua de capitais subsequentes à guerra civil⁹. Neste contexto, a organização das sociedades era ainda “mais incipiente do que no Direito do século XVIII”¹⁰.

É na Lei de 22 de Junho de 1867 que vem, pela primeira vez, consagrada a expressão “sociedade anónima”, assim como a sua organização, passando a falar-se de administração, conselho fiscal e assembleia geral. Este sistema tinha um único órgão de administração e era muito comum nos países latinos e anglo-saxónicos, “pelo que ficou conhecido como modelo monista, ou latino”¹¹.

Transferiu-se este sistema para o Código Veiga Beirão, de 1888, surgindo, pela primeira vez, a responsabilidade dos administradores.

Em 1937 surge, na Alemanha, uma abordagem diferente das sociedades anónimas, consagrada na lei, assente num esquema bipartido, fruto da crescente necessidade de fiscalização e das limitações da assembleia geral. Surge o modelo dualista ou germânico, que é, posteriormente, adotado por outros países, passando a poder optar-se por um ou por outro modelo. O legislador nacional consagrou o modelo dualista (artigo 278.º, n.º 2, al. c)) em 1986, mas o modelo monista continua a ser o mais utilizado no nosso país, assim como na maior parte dos países do sul, dados os seus hábitos mais individualistas.

A reforma de 2006 (DL 76-A/2006, de 29 de março) teve como principal ambição operar uma revisão profunda na organização das sociedades anónimas, o

⁸ Apesar de Portugal ter sido pioneiro no tráfego marítimo, foi um dos últimos países a conhecer as grandes companhias mercantis, RUI MANUEL DE FIGUEIREDO MARCOS, *As Companhias Pombalinas ...*, 813 e 814.

⁹ Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO/JOSÉ ALVES DE BRITO, *Código das Sociedades ...*, op. cit., 792.

¹⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades – II*, Coimbra, Almedina, 2006, 750.

¹¹ ADELAIDE MENEZES LEITÃO/JOSÉ ALVES DE BRITO, *Código das Sociedades ...*, op. cit., 810. Hoje este modelo encontra-se consagrado na alínea a) do n.º 1 do artigo 278.º do CSC.

alargamento das sociedades com ações cotadas em bolsa e a juridificação das regras sobre recomendações e regulamentos da CMVM¹².

Introduziu-se, com a referida reforma, um terceiro modelo de organização das sociedades (al. b), n.º 1 do artigo 278.º), podendo, agora, optar-se por um dos três. Devem, então, as sociedades “escolher um dos modelos, não podendo combinar as diferentes alternativas, de forma a evitar “*cherry-picking*” e conferindo segurança jurídica aos sócios, credores, fornecedores e público em geral”¹³.

Apesar da impossibilidade de misturar as diferentes alternativas dos modelos de organização das sociedades anónimas, importa sublinhar, na esteira de PAULO CÂMARA, “a plasticidade (ou elasticidade) dos modelos de governação previstos no Código das Sociedades Comerciais”¹⁴, visto que encontramos três possíveis modelos¹⁵: o modelo clássico¹⁶, o modelo germânico¹⁷ e o modelo anglo-

¹² Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO/JOSÉ ALVES DE BRITO, *Código das Sociedades ...*, op. cit., 811.

¹³ MARÍLIA A. FERREIRA FRIAS, *Corporate Governance – A Independência dos Administradores Não Executivos*, Seminário de Direito Europeu das Sociedades, Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, 2006/2007, 18.

¹⁴ PAULO CÂMARA, «Os Modelos de Governo das Sociedades Anónimas», in *Jornadas em Homenagem ao Professor Raúl Ventura, A Reforma do Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2007, 253.

¹⁵ Na origem destes modelos não encontramos nenhuma racionalização ou imposição legal, foram, na verdade, fruto das necessidades comerciais que ao longo dos tempos surgiram. Aliás, a dogmatização e codificação surgiram em momento muito posterior. A adoção de um destes modelos ter de constar do contrato de sociedade, como dispõe o artigo 272.º, alínea g), e os órgãos que os integram estão sujeitos ao princípio da tipicidade.

¹⁶ Em 1807 surge, no Código Comercial Francês, o modelo clássico, latino ou monista. Em Portugal, este modelo já se encontrava previsto na Lei de 22 de Junho de 1897 e no Código Comercial. A estrutura clássica encontra-se prevista no artigo 278.º, n.º 1, al. a), e é composta por um conselho de administração e por um conselho fiscal, podendo comportar algumas variantes. Pode ser composto por administração e conselho fiscal, havendo a possibilidade, no que toca à administração, de existência de um conselho de administração ou um administrador único (cfr. os artigos 278.º, n.º 2 e 390.º, n.º 2). A fiscalização pode estar a cargo de um único órgão, do qual faça parte um ROC (ou SROC) ou pode estar a cargo de um conselho fiscal e de um ROC (cfr. artigos 278.º, n.º 3 e 413.º, n.º 1, al. b) e n.º 2, al. a)), que não integre o conselho fiscal, e que, neste caso, terá com funções específicas de natureza contabilística, nomeadamente para promover a certificação legal das contas da sociedade. O modelo clássico composto por um conselho de administração ou administrador único e um conselho fiscal ou fiscal único é conhecido como modelo clássico simples. A variante composta por conselho de administração ou administrador único, conselho fiscal e ROC é conhecido como modelo clássico reforçado.

¹⁷ O modelo dualista ou germânico tem a sua origem na Companhia das Índias Orientais Holandesas de 1602. O Código Comercial Alemão de 1861 adotou este modelo como opcional, e em 1897/1900 tornou-se obrigatório. Atualmente, este modelo é composto por três órgãos: o conselho executivo, o conselho geral e de supervisão e o revisor oficial de contas, e encontra a sua previsão legal no artigo 278.º, n.º 1, al. c). Quanto à posição jurídica dos membros do conselho executivo, em tudo é semelhante à dos membros do conselho de administração do modelo clássico. Se a sociedade que adote esta estrutura organizativa for emitente de valores mobiliários admitidos à negociação em

saxónico¹⁸, que podem ser diferentemente moldados e conformados nos estatutos societários, podendo aproximar-se ou afastar-se entre si. Aliás, como defende o Autor, “a utilização do modelo clássico pode ser menos distante do modelo anglo-saxónico quando implicar a existência de comissão executiva”¹⁹.

Quanto ao modelo de organização anglo-saxónico, por se tratar de uma significativa introdução na organização societária, através do DL n.º 76-A/2006, de 29 de março, cabe dizer que o legislador teve em atenção o desenvolvimento da teoria da *corporate governance*²⁰.

mercado regulamentado, ou atingir os critérios do artigo 413.º, n.º 2, al. a), é obrigatória a criação de uma comissão para as matérias financeiras, no seio do conselho geral e de supervisão.

¹⁸ O modelo anglo-saxónico surgiu nos Estados Unidos da América e disseminou-se pelo Reino Unido e restantes países anglo-saxónicos. É composto por um conselho de administração, uma comissão de auditoria e um revisor oficial de contas, e encontra-se previsto no artigo 278.º, n.º 1, al. b). A comissão de auditoria é composta por parte dos membros do conselho de administração, que não tenham funções executivas. Os membros da comissão de auditoria são administradores, mas a comissão de auditoria é um órgão de fiscalização. Aos membros da comissão de auditoria está absolutamente vedado o exercício de funções executivas, nos termos do n.º 3do artigo 423.º-B.

¹⁹ PAULO CÂMARA, «Os Modelos de Governo ...», *op. cit.*, 253. O modelo anglo-saxónico, na verdade, não é mais do que uma modificação do modelo monista, pelo que, em bom rigor, só existem dois modelos. *Vide*, neste sentido, MENEZES CORDEIRO, *Manual de ...*, *op. cit.*, 761.

²⁰ A *corporate governance* é um conceito que surgiu nos EUA, nos anos 30 do século XX, com a separação entre (propriedade do) capital e management, tentando encontrar-se um ponto de equilíbrio entre estas duas realidades. Nos anos 70, graças ao escândalo do financiamento ilegal da campanha de Nixon à Presidência, e de outras práticas irregulares, originadas pela falta de monitorização e controlo dos *CEO*, devido ao papel passivo do conselho de administração, foi um conceito que ganhou nova vida. Nos Estados Unidos, a partir dos anos 90 do século passado, sentiu-se a necessidade de dar um novo destaque à *corporate governance*, como forma de transmitir uma imagem de segurança na gestão das empresas, dado que o financiamento das empresas era, como ainda é, feito junto do mercado de capitais e não dos bancos, pelo que era importante, face às dúvidas dos investidores, dar uma ideia de uma gestão forte e segura. Nos anos que se seguiram, a *corporate governance* foi-se sedimentando e o seu uso crescendo, com resultados cada vez mais significativos nas sociedades. Conquanto, no início do século XXI sucederam-se uma série de escândalos relacionados com falências de grandes sociedades norte americanas, o que despertou a necessidade de se repensar a monitorização dos administradores. Todas estas situações originaram pressões, para que se restaurasse a fé na gestão eficaz das sociedades, surgindo a *SOX-Sarbanes Oxley Act de 2002 (Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act)*, com o objetivo de dar mais transparência ao mercado, através do controlo das sociedades por um órgão ativo e independente, com pessoas competentes e que tenham formação na área financeira (Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das ...*, 892 e JOÃO CALVÃO DA SILVA, «Responsabilidade Civil dos Administradores não Executivos, da Comissão de Auditoria e do Conselho Geral e de Supervisão», in www.oa.pt).

Num primeiro momento, a expansão da *corporate governance* foi mais acentuada no Reino Unido, acabando, posteriormente, por se disseminar por outros países. Foi com a reforma de 2006 que se sedimentaram no ordenamento jurídico nacional as matrizes mais relevantes da *corporate governance*. Algumas das opções mais importantes da reforma de 2006 foram a promoção da competitividade das empresas portuguesas, com a introdução do modelo anglo-saxónico, a alteração do artigo 64.º, a previsão da *business judgement rule* e o reforço da fiscalização societária. A grande vantagem da *corporate governance* traduz-se na sua flexibilidade, por não ter natureza legislativa. Contudo, apesar da atualidade desta temática, em Portugal, a nota mais significativa da *corporate*

5. O administrador das sociedades anónimas: a dissociação da administração da detenção do capital

Pode definir-se *administrar* como “a prática de atos materiais e jurídicos referentes a posições jurídicas alheias”²¹, sendo sempre a conduta da administração uma *immissio in alienum*²², orientada para a prática de atos em nome de outro, que têm repercussões na esfera jurídica desse outro.

A administração é uma situação jurídica complexa, que compreende diversos poderes funcionais²³. A natureza jurídica da administração pode reconduzir-se ao seu título constitutivo, podendo ser concedida por lei ou por negócio jurídico²⁴, sendo esta última a regra, no caso das sociedades comerciais.

governance é a alteração operada no artigo 64.º. Os administradores têm de pautar o seu desempenho por elevados padrões de competência e ética, e foi esta a orientação seguida pelo legislador, daí a maior relevância dada aos deveres dos administradores. O bom governo das sociedades está assente no fator humano, com profissionais competentes e honestos, para cumprir com responsabilidade as suas funções no seio da organização societária, sendo natural que se avance para a responsabilização desses profissionais, caso não cumpram os seus deveres, consagrados no art.º 64.º (Cfr. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 5.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2012, 500 e ss; JORGE RODRIGUES, *Corporate Governance: uma introdução*, Mangualde, Edições PEDAGO, LDA, 2008, 34 e ss e VV AA, *Livro Branco Sobre Corporate Governance Em Portugal*, Instituto Português da Corporate Governance, Lisboa, 2006, 12 e ss).

Apesar de os princípios da *corporate governance* não estarem legalmente consagrados no nosso ordenamento jurídico, há que considerar que já estariam presentes, como se apreende pela leitura do Ac. STJ, de 01-04-2014, proferido no processo 8717/06.0TBVFR.P1.S1, Relator Fonseca Ramos, consultado em www.dgsi.pt: “Não obstante a primitiva redacção do art. 64º do Código das Sociedades Comerciais (antes da Reforma de 2006) não enunciar de forma clara o princípio da “*corporate governance*”, ele estava contido na regra do “dever de cuidado e de diligência” imposta ao gerente a quem incumbe actuar segundo o padrão do “gestor criterioso e ordenado”, pautando a sua actuação pelos critérios da isenção e do agir de boa fé em vista da salvaguarda dos interesses da sociedade, “tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores”; de notar que nas als. a) e b) da redacção, agora vigente, do citado preceito se alude de igual modo a “diligência de um gestor criterioso e ordenado” e nos deveres de lealdade se apontam os interesses dos sócios, da sustentabilidade da sociedade “tais como os seus trabalhadores, clientes e credores”. Antes o art. 64º tinha como epígrafe “Dever de diligência”, após a Reforma aparece como “Deveres fundamentais”, um *plus* que expressa maior exigência.”. MENEZES CORDEIRO apresenta seis vias de entrada dos princípios da *corporate governance*: (1) pelos práticos do Direito, principalmente na área das relações internacionais, (2) por via dos elementos da CMVM, (3) através dos técnicos de gestão, (4) pela pressão do Direito europeu, (5) pelo ensino universitário, (6) e pelas reformas legislativas, *Vide* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades I, ..., op. cit.*, 897.

²¹ DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva e Sociedade Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2016, 890.

²² DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva e ..., op. cit.*, 890.

²³ DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva e ..., op. cit.*, 890.

²⁴ “Quando conferida por lei, a administração configura-se uma situação jurídica globalmente ativa, podendo ser qualificada como *direito potestativo funcional* ou *fiduciário*. Quando conferida por negócio jurídico (*lato sensu*), afigura-se uma situação jurídica globalmente relativa e passiva, podendo ser qualificada como uma obrigação: a *obrigação de administrar*.”, DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva e ..., op. cit.*, 890.

Os poderes atribuídos aos órgãos de gestão das sociedades anónimas são vastos, pelo que mais poderes significa mais responsabilidade, o que, nas palavras de JOSÉ VASQUES, “vem implicar uma concepção profissional da gestão, atribuindo-se aos gestores poder efectivo sobre a gestão social, mas tornando-os responsáveis pelos danos que causem no exercício dessa actividade de gestão.”²⁵.

Constata-se, assim, um “divórcio” entre os detentores do capital e os gestores desse mesmo capital, o que pode originar, por vezes, atritos, visto que os acionistas buscam o seu próprio interesse, ao passo que o trabalho dos administradores é a persecução do interesse social, quase sempre coincidente com um único objetivo: a obtenção do lucro²⁶.

Além do mais, e ainda com importante reflexo no panorama das sociedades comerciais, assistimos a uma contínua “viragem para certos esquemas anglo-saxónicos, mormente nas áreas da gestão”²⁷, com o intuito de se alcançar uma maior flexibilidade no panorama societário.

Todas estas situações têm contribuído para uma mudança no paradigma societário, nomeadamente, quanto à responsabilização dos administradores.

²⁵ JOSÉ VASQUES, *Estruturas e Conflitos de Poderes nas Sociedades Anónimas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, 197. Importante nota histórica faz este Autor, à obra de ADOLF A. BERLE e GARDINER C. MEANS, *The Modern Corporation & Private Property*, New Brunswick-Londres, 1997 (1.ª ed. 1932), que desenvolve a ideia de que os acionistas “trocaram a sua posição de proprietários pelo papel de receptores dos rendimentos de capital”. Ideia esta já preconizada por KARL MARX, *Capital, A critique of political economy*, Moscovo, Progress, 1984, vol. III, 436-437: “*transformation of the actually functioning capitalista into more manager, administrator of other's peoples's Money, and the ownwer of capital into a mere ownwer, a mere Money-capitalist. Even if the dividens which they receive include the interest and the profit of the enterprise, i.e., the total profit (for the salary of the managers is, or should be, simply, the wage of a specific type of skilled labour, whose price is regulated in the labour-market like that of any other labour), this total profit is hencefourth received only in the formo f interest, i.e., as mere compensation of owning capital that now is intirely divorced from the function in the actual process of reproduction, just as the function in the person of the manager is divorced from ownwership of capital*”, JOSÉ VASQUES, *Estruturas e ...*, *op. cit.*, 197-198, nota 654.

²⁶ “*Pero en las grandes empresas es quasi constante em conflicto entre los accionistas representados pela junta general y las personas que ejercen la administración de la sociedad. Es la oposición entre capital (de los accionistas) y la personalidad (de los administradores). Los administradores buscan ante todo el interés de la empresa, su conservación y prosperidad. Para los accionistas, en cambio, el motivo determinante de su actuación en la junta general puede ser y suele ser próprio interés egoísta, en contraposición con el de la empresa. (...) Esta contraposición de fuerza se evidencia mejor cuando se trata de los pequenos accionistas, cuyo interés está generalmente divorciado del interés objectivo de la empresa en sí, aun cuando pareza que ambos deben ser idênticos.*”, JOAQUÍN GARRIGUES, *Nuevos Hechos, Nuevo Derecho de Sociedades Anónimas*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933, 64-65, referido por JOSÉ VASQUES, *Estruturas e ...*, *op. cit.*, 198, nota 654.

²⁷ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «*Evolução do Direito europeu das sociedades*», in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Volume I, Congresso Empresas e Sociedades, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, 86.

6. A situação jurídica dos administradores

A natureza da responsabilidade civil dos administradores só poderá ser compreendida à luz da avaliação da situação jurídica dos próprios, ainda que seja uma avaliação breve.

A situação jurídica dos administradores é, nas palavras de MENEZES CORDEIRO, uma “peça-chave no Direito das sociedades anónimas”²⁸. Estamos perante uma realidade nem sempre líquida, que é um problema complexo, de difícil resolução. Trata-se, no entanto, de uma situação, por excelência, *intuitu personae*, se bem que legalmente seja permitido que pessoas coletivas sejam designadas para a administração. No entanto, neste caso, será uma pessoa singular a assumir as funções de administrador. Essa pessoa singular é indicada pela pessoa coletiva designada, sendo esta solidariamente responsável pelos atos da pessoa singular indicada²⁹.

A situação jurídica dos administradores no CSC foi moldada a partir de uma metodologia contratual³⁰. No entanto, quanto à aplicação da teoria contratualista à posição jurídica dos administradores surgem algumas objeções, já que “o administrador não é, no Direito português, provido por contrato, enquanto se multiplicam situações nas quais a própria vontade da sociedade é dispensável”³¹.

Tudo isto é fruto das diversas influências que o Direito societário português tem vindo a sofrer, e que vêm desde a Lei da Boa Razão, no século XVIII, até aos dias de hoje, com a reforma de 2006³².

Não se pode deixar de assinalar que a doutrina predominante em Portugal entende que a responsabilidade civil dos administradores tem origem num “contrato de administração ou outro, similar”³³. Trata-se, pois, de uma realidade *suis*

²⁸ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I*, Parte Geral, 3.ª Edição Ampliada e Atualizada, Coimbra, Almedina, 2011, 903.

²⁹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das ...*, *op. cit.*, 1047.

³⁰ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I*, ..., *op. cit.*, 903.

³¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I*, ..., *op. cit.*, 903.

³² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I*, ..., *op. cit.*, 903.

³³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Responsabilidade...*, *op. cit.*, 395.

generis, já que o “contrato de administração” não pode ser equiparado a qualquer outro contrato previsto no ordenamento jurídico português.

6.1 Teorias contratualistas

O *Code de Commerce* estipulava que a sociedade anónima era administrada por mandatários. Esta formulação foi transferida para outras codificações comerciais, como os Códigos do Comércio de Itália, de 1867 e 1843, as Leis Prussianas de 1838 sobre os Caminhos de Ferro e sobre as sociedades anónimas em 1843, tendo chegado, também, ao ordenamento jurídico português³⁴.

De acordo com as teorias contratualistas, a nomeação do administrador é vista como uma proposta feita pela sociedade ao administrador que, para ser eficaz, tem de ser por este aceite, pois só assim se dá a conclusão do contrato. Estas são as teorias mais antigas, e que, se bem que em menor número, ainda têm aderentes nos dias de hoje.

Nas teorias contratualistas³⁵, destaca-se a teoria do mandato, que remonta ao século XIX. Antes do Código Comercial de 1833 eram poucas as referências à natureza jurídica da administração³⁶, mas as que havia pareciam apontar nesse sentido. Foi com as disposições do Código Ferreira Borges que os administradores foram qualificados como mandatários das sociedades, que só respondiam pela execução do mandato recebido e aceite. A Lei de 22 de junho de 1867 considera, também, os administradores mandatários da sociedade³⁷.

³⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Responsabilidade...*, *op. cit.*, 335 e ss.

³⁵ A teoria do mandato resolve o problema da representação da sociedade, já que dada a natureza da sociedade, esta carecia que quem por ela agisse, logo, teria de ser uma pessoa singular, um representante.

³⁶ “Para as cousa pertencentes à sociedade, se diz que o sócio a *socio habet mandatam*”, MANUEL DA COSTA FRANCO, *Tractado practico jurídico e cível*, 1768, vol. II, 31, n.º 8, cit. por LUÍS BRITO CORREIA, *Os Administradores de Sociedades Anónimas*, Coimbra, Almedina, 1993, 376, nota 1.

³⁷ “Os administradores são perfeitos mandatários delegados da sociedade; por isso os seus actos, direitos e obrigações se regulam em geral pelas disposições que regem as relações entre mandante e mandatário (...)”, TAVARES DE MEDEIROS, *Commentario da Lei das sociedades anonymas de 22 de Junho de 1867*, vide LUÍS BRITO CORREIA, *Os Administradores ...*, *op. cit.*, 377, nota 6.

O Código Comercial de 1888 mantém a teoria contratualista³⁸, se bem que, em momento algum, faz referência expressa a “mandatário” em relação aos administradores³⁹.

Na origem das teorias contratualistas encontra-se a necessidade de tomar uma posição clara quanto à situação jurídica dos administradores. As sociedades anónimas, no final do século XVIII, início do século XIX, tinham uma imagem desgastada, tanto pelos vastos poderes que as companhias coloniais recebiam do Estado, como pelos ideais individualistas que vigoraram após a Revolução Francesa de 1789 e que se revelaram pouco abonatórios para as sociedades anónimas, ou mesmo motivado pelos diversos escândalos financeiros da época⁴⁰.

Na viragem do século XVIII para o século XIX a doutrina da personalidade coletiva era muito incipiente, logo, a figura do administrador era um enigma e levantava diversas questões. A figura jurídica que mais se aproximava era a do mandatário, que era alguém que geria bens alheios e tinha, simultaneamente, poderes de representação, de acordo com o entendimento que vigorava na altura⁴¹. Por estes motivos, nas primeiras codificações comerciais, vingaram as teorias contratualistas.

Tal configuração do administrador permitia a resolução de duas questões. Por um lado, no plano político, “os administradores eram colocados ao serviço dos sócios, sem veleidades de intervenção de poderes políticos”⁴². Por outro lado, no plano técnico-jurídico, “ficava enquadrada a problemática da gestão de bens alheios bem como a da representação”⁴³.

MENEZES CORDEIRO define o “apelo ao mandato”⁴⁴ como tendo “ingenuidades”, mas reconhece que, apesar disso, esta foi uma teoria que se manteve até aos dias de hoje.

³⁸ Sobre o tema, *vide* LUÍS BRITO CORREIA, *Os Administradores ...*, *op. cit.*, 378-380.

³⁹ Cfr. LUÍS BRITO CORREIA, *Os Administradores ...*, *op. cit.*, 378.

⁴⁰ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I*, ..., *op. cit.*, 904 e 905.

⁴¹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I*, ..., *op. cit.*, 904.

⁴² *Vide* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I*, ..., *op. cit.*, 905.

⁴³ *Vide* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I*, ..., *op. cit.*, 905.

⁴⁴ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I*, ..., *op. cit.*, 905.

As críticas à ideia de mandato partiram, sobretudo, de duas grandes correntes: a crítica interna, de origem alemã; e a crítica externa, de origem italiana⁴⁵.

Quanto à crítica interna, no início do século XX, os importantes estudos feitos na doutrina alemã⁴⁶, levaram à evidência de que a representação e o mandato são duas realidades distintas, podendo existir separadamente uma da outra. Diga-se, ainda, que a evolução sempre constante da regulamentação jurídica veio a destacar outra importante realidade: existem deveres específicos dos administradores que não são conjugáveis com o contrato de mandato.

No plano da crítica externa⁴⁷, aponta-se que os deveres legais do administrador, que são cada vez mais amplos, não se coadunam com o típico contrato de mandato. No *Codice Civil* de 1942 o administrador já não era visto como um simples mandatário, sendo que esta teoria levantava mais problemas do que soluções⁴⁸.

Em Portugal, RAÚL VENTURA⁴⁹, PINTO FURTADO⁵⁰ e FERRER CORREIA⁵¹ criticaram a teoria do mandato.

Posta em causa a ideia do mandato, mas não completamente abandonada, foi-se evoluindo até se chegar ao que MENEZES CORDEIRO chama de “teorias contratuais modernas”⁵².

É razoável assumir que a relação estabelecida entre os administradores e a sociedades privadas é uma relação de direito privado, pelo que na sua base não é de estranhar que se encontra um contrato. Este contrato não tem de ser de mandato,

⁴⁵ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I*, ..., *op. cit.*, 905.

⁴⁶ A dissociação entre o mandato e a representação foi levada a cabo por JHERING e LABAND, cujos estudos contribuíram para, na atualidade, se entender o mandato como uma simples prestação contratual de serviços, e a representação como sendo originária de um ato unilateral, a procuração, e que se traduz num direito potestativo de praticar atos que se repercutem imediata e automaticamente na esfera jurídica de outra pessoa. Na verdade, pode existir mandato sem representação e representação sem mandato. *Vide* ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I*, ..., *op. cit.*, 906.

⁴⁷ Cfr. LUÍS BRITO CORREIA, *Os Administradores* ..., *op. cit.*, 327 e ss..

⁴⁸ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I*, ..., *op. cit.*, 905.

⁴⁹ Cfr. RAÚL VENTURA, *Teoria da relação jurídica de trabalho*, vol. I, Porto, 1944, 299.

⁵⁰ Cfr. PINTO FURTADO, *Curso de Direito das Sociedades*, 3.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2000, 331.

⁵¹ Cfr. A. FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, Vol. II, 1968, 324 e ss.

⁵² Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I*, ..., *op. cit.*, 907.

mas não parece ser de excluir que estejamos perante uma figura jurídica semelhante⁵³.

Assim, dentro das teorias contratualistas, surgiram, ainda, as teorias unilaterais e as do contrato de trabalho subordinado. A primeira não registou adesão em Portugal, já à segunda aderiu, num primeiro momento, PINTO FURTADO. O Autor circunscrevia, no entanto, o seu âmbito de aplicação aos administradores que não eram sócios⁵⁴.

A teoria do contrato de trabalho resolve o problema da profissionalização dos administradores, mas levanta um conjunto de outros problemas. Refutamos esta teoria, primeiro, porque os administradores são membros de órgãos sociais (ou do conselho de administração ou do conselho de administração executivo), logo, não podem considerar-se dela dependentes⁵⁵. Os representantes da sociedade não podem contratar consigo mesmos, faltando, por isso, o vínculo de subordinação.

Não se levantam dúvidas quanto à natureza contratual da relação jurídica entre administrador e sociedade. Não nos parece, contudo, que esta figura se assemelha a outras já existentes, sendo o contrato de administração um contrato *suis generis*⁵⁶.

6.2 Teorias unilateralistas

Em oposição às teorias contratualistas surgiram as teorias unilateralistas. Os fatores que contribuíram para o surgimento destas teorias, de acordo com a formulação dada por MENEZES CORDEIRO, podem dividir-se em técnicos e significativo-ideológicos⁵⁷. Quanto aos primeiros, prendem-se com a estrutura de designação dos administradores e com a via pela qual entrem em funções: não haveria qualquer contrato. No que concerne aos segundos, estão relacionados com

⁵³ Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I, ..., op. cit.*, 907.

⁵⁴ "A investidura dum concreta pessoa estranha (não-sócia) como titular de determinado órgão faz-se, naturalmente, pela via contratual, utilizando um contrato de trabalho (...)", Cfr. PINTO FURTADO, *Curso de ..., op. cit.*, 180.

⁵⁵ Neste sentido, Vide INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, «Anotação ao Ac. do STJ de 21.4.1972», in *O Direito*, ano 104.º, 1972, 336.

⁵⁶ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I, ..., op. cit.*, 908 e 909.

⁵⁷ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Responsabilidade..., op. cit.*, 344.

conceções institucionalistas e publicísticas, que determinariam um *modus faciendi* não contratual⁵⁸.

Destarte, quando a designação de um administrador assente numa deliberação, não poderá ser considerada contratual. Ao ato deliberativo não podem ser aplicadas as regras do negócio jurídico, muito menos as do contrato. Desta forma, a deliberação social pode vincular mesmo quem tenha votado em sentido contrário, pelo que é um ato unilateral, não negociável com o exterior e fica perfeita logo nesse nível, dentro do órgão deliberativo⁵⁹.

Dentro das teorias unilaterais surgiu a concepção institucionalista. De acordo com esta teoria, a pessoa coletiva tem uma identidade própria, diferente da dos seus sócios, e a designação dos membros dos órgãos “é um acto interno, de natureza corporacional ou institucional”⁶⁰. Pela primeira vez afluía a ideia que o ente coletivo tinha vida própria⁶¹, e se distanciava da personalidade dos seus sócios.

Foi em Itália e França que estas teorias conheceram maior implantação. Em Itália adotou-se uma concepção que identificava as sociedades privadas com os entes públicos, assumindo o papel do administrador interesse público. Em França, o desenvolvimento destas teorias levou a uma concepção que autonomizava as sociedades como pessoas coletivas, com atuação distinta da dos seus sócios, manifestando a sua personalidade através da atuação dos seus órgãos.

A principal crítica às teorias institucionalistas surgiu em virtude de se estar perante relações de direito privado, o que supunha o livre consentimento dos implicados, logo, teria de ser uma relação de natureza contratual⁶².

MENEZES CORDEIRO aponta três fatores para estas teorias estarem a cair em desuso⁶³: (1) existem cada vez mais hipóteses de negócios jurídicos unilaterais; (2) coloca-se em causa a “tipicidade estrita dos negócios jurídicos unilaterais”⁶⁴ e (3) a grande influência da privatização do Direito Administrativo.

⁵⁸ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Responsabilidade...*, *op. cit.*, 344.

⁵⁹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Responsabilidade...*, *op. cit.*, 345.

⁶⁰ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I*, ..., *op. cit.*, 910.

⁶¹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I*, ..., *op. cit.*, 910.

⁶² Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I*, ..., *op. cit.*, 911.

⁶³ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I*, ..., *op. cit.*, 911.

⁶⁴ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I*, ..., *op. cit.*, 911.

6.3 Teorias dualistas⁶⁵

Na Alemanha surgiram as teorias dualistas, que também em Portugal tiveram adesão.

FERRER CORREIA mostra-se recetivo “a aceitar a orientação da doutrina germânica, que distingue no problema em análise, por um lado, um negócio jurídico unilateral, traduzido no acto de nomeação do administrador – acto de onde procedem os poderes de gestão e representação da sociedade, o direito de agir como órgãos; e, por outro lado, um contrato (de emprego) celebrado entre o administrador e a corporação, contrato de direito comum, que é fonte da obrigação do primeiro de gerir e da obrigação da segunda de o remunerar”⁶⁶.

BRITO CORREIA, criticando a formulação de FERRER CORREIA, nega a existência, na lei portuguesa, de qualquer indicação que sirva de fundamento à distinção entre o ato de nomeação e o contrato de emprego, diversamente do que se passa com a lei alemã, que é expressa nesse sentido⁶⁷. Na opinião de BRITO CORREIA fica, ainda, por explicar a definição de “contrato de emprego”. Não nos podemos socorrer, aqui, do Direito alemão, já que os tipos contratuais são substancialmente diferentes dos do nosso ordenamento jurídico⁶⁸.

É fundamental a distinção entre *Bestellung* e *Anstellung* para se compreender estas teorias. O Direito alemão faz uma verdadeira distinção dogmática das duas, utilizando conceitos apurados e complexos⁶⁹. A *Bestellung* é um ato deliberativo unilateral, dirigido a um destinatário, mas revogável a qualquer momento. A *Anstellung* prevê um contrato, que pode ser alvo de denúncia ordinária, ou de resolução com fundamento na justa causa. Caso contrário, era de duração perpétua⁷⁰.

⁶⁵ MENEZES CORDEIRO refuta esta designação, preferindo chamar-lhe de “construções analíticas”. Nas palavras do Autor, “ela não constitui um “misto” de orientações contratuais e unilaterais, no sentido de proceder ao somatório, à justaposição ou mesmo à síntese, das duas; ela antes deriva de uma análise mais aprofundada da posição jurídica do administrador.”, vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I*, ..., *op. cit.*, 912. Continuaremos a utilizar a designação “teorias dualistas” por, em atenção aos dois momentos (nomeação e contrato) ser a que nos parece mais adequada.

⁶⁶ Cfr. FERRER CORREIA, *Lições de ...*, *op. cit.*, 328 e ss.

⁶⁷ Cfr. LUÍS BRITO CORREIA, *Os Administradores ...*, 399.

⁶⁸ Cfr. LUÍS BRITO CORREIA, *Os Administradores ...*, 399.

⁶⁹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I*, ..., *op. cit.*, 915.

⁷⁰ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I*, ..., *op. cit.*, 915.

Não se trata de um contrato de trabalho. Esta figura em nada se assemelha à relação laboral, não existindo, do ponto de vista técnico, qualquer subordinação jurídica por parte dos membros da administração. Na verdade, os membros da administração aproximam-se mais dos empregadores do que dos trabalhadores⁷¹.

No ordenamento jurídico português a “temática da administração”⁷² está indubitavelmente ligada ao Direito comercial, pelo que não será sensato inseri-la no domínio laboral. Aliás, atendendo à figura jurídica de trabalhador e ao tipo de relação que existe entre este e o empregador, é fácil perceber que o administrador não se pode encaixar nos parâmetros definidos para o trabalhador⁷³.

6.4 Definição atual da situação jurídica do administrador

É unanimemente⁷⁴ aceite que a doutrina portuguesa tem tentado “reconduzir a situação jurídica de administração a um contrato”⁷⁵. MENEZES CORDEIRO refuta esta ideia, apresentando como argumento o facto de a situação jurídica de administração resultar, ou de se ter a qualidade de sócio, ou de designação no contrato social, de designação pelos sócios ou por certo tipo de minorias, eleição pelo conselho geral e de supervisão, designação pelo Estado, substituição automática, cooptação, designação pelo conselho fiscal ou designação judicial⁷⁶.

Em face do anteriormente escrito, podemos chegar à conclusão que a figura do administrador, pelo menos na sua configuração atual, não se ajusta a nenhuma das teorias expostas.

⁷¹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I, ..., op. cit.*, 915. Contudo, como salienta MENEZES CORDEIRO, a evolução do Direito laboral tem permitido “caso a caso e quando a analogia das situações o permita, transpor normas laborais para outros sectores, entre os quais o aqui em causa”.

⁷² Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I, ..., op. cit.*, 915.

⁷³ Apesar de nem sempre assim ser, fruto da maior utilização da contratação a termo, o Direito laboral dá uma clara preferência à estabilidade da relação laboral, logo, à contratação sem termo. O administrador não se coaduna com esta formulação, já que o contrato que estabelece com a sociedade não é sem termo. O administrador, nos termos do n.º 3 do artigo 391.º é designado por um período que não exceda os quatro anos, com possibilidade de reeleição. Além do mais, é facto assente que a administração pode ser gratuita e não é juridicamente subordinada.

⁷⁴ Cfr. FERRER CORREIA, *Lições de Direito ..., op. cit.*, 389; Cfr. RAÚL VENTURA, *Sociedade por Quotas*, Volume III, Lisboa, Almedina, 1991, 28; Cfr. LUÍS BRITO CORREIA, *Os Administradores de ..., 412*.

⁷⁵ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I, ..., op. cit.*, 926.

⁷⁶ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I, ..., op. cit.*, 926.

Refutam-se as teorias anteriormente apresentadas porque, efetivamente, a relação jurídica do administrador estabelece-se de muitas maneiras, pelo que não seria apropriado reconduzi-la “nem ao mandato, nem à prestação de serviços, nem ao trabalho subordinado”⁷⁷.

Concordamos, por isso, com MENEZES CORDEIRO, que descreve a situação jurídica do administrador como uma “realidade autónoma”, cujo “conteúdo deriva da lei, dos estatutos e de deliberações sociais, podendo, ainda, ser conformado por contrato ou por decisões judiciais. Tanto basta para adoptar a designação: situação jurídica de administração ou, simplesmente, administração”⁷⁸.

Mais recentemente, COSTA GONÇALVES definiu administrar como correspondendo “à prática de atos materiais e jurídicos referentes a posições jurídicas alheias”⁷⁹. Enquanto “situação jurídica, a administração corresponde a uma situação complexa e compreensiva, analiticamente composta fundamentalmente por poderes funcionais”⁸⁰. O Autor encontra a fundamentação dogmática da administração na “*estrutura de alienidade*”, que só é possível face à personificação da sociedade. É na dogmática da pessoa coletiva que se deve procurar o fundamento da situação jurídica do administrador⁸¹.

Entendemos que o contrato de administração tem uma natureza jurídica atípica⁸², sendo um contrato autónomo de todos os existentes no panorama jurídico. O administrador obriga-se tanto à representação orgânica da sociedade, como a prestar a sua atividade de gestão. Administrar a sociedade é um verdadeiro dever do administrador, que decorre do seu “*status*”.

⁷⁷ Cfr. LUÍS BRITO CORREIA, *O Administradores ...*, 800.

⁷⁸ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Responsabilidade ...*, *op. cit.*, 395-396. O Autor classifica a situação jurídica do administrador com um *status*, já que não há possibilidade, no nosso panorama jurídico, de formulação de uma teoria unitária. Assim, MENEZES CORDEIRO defende que a administração “equivale a uma qualidade pessoal, acessível por diversas vias e que, quando concretizada, determina a aplicação de regras complexas”, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das ...*, *op. cit.*, 274.

⁷⁹ Cfr. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva e ...*, *op. cit.*, 890.

⁸⁰ Cfr. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva e ...*, *op. cit.*, 890.

⁸¹ Cfr. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva e ...*, *op. cit.*, 890.

⁸² BRITO CORREIA caracteriza-o como tendo natureza jurídico-comercial “*suis generis*”, Cfr. LUÍS BRITO CORREIA, *O Administradores ...*, *op. cit.*, 803

6.5 A fiscalização das sociedades anónimas

Cedo se fez sentir a necessidade de fiscalização societária, mas as primeiras manifestações de controlo eram “mais ou menos inorgânicas”⁸³, e refletiram-se de diversas maneiras nos diferentes ordenamentos jurídicos.

Nas companhias holandesas do século XVII os sócios de maior importância tinham a possibilidade de nomear pessoas para proceder à fiscalização da administração. Nos tempos que se seguiram, foi permitido a um grupo de pessoas escolhidas de entre os maiores detentores de capital, que fiscalizasse, e mesmo chegasse a auxiliar os administradores na execução das suas funções⁸⁴.

A constituição de grupos de acionistas fiscalizadores foi perdendo importância, principalmente, porque os acionistas começaram a aproveitar as assembleias gerais como meio de interferir e controlar a administração.

Neste contexto, é de registar que os primeiros códigos comerciais não tenham previsto um órgão de fiscalização obrigatório. Exemplo disso é o Código Comercial Português de 1833⁸⁵. Na verdade, foi a Lei de 22 de junho de 1867 que consagrou a obrigatoriedade do conselho fiscal⁸⁶. Este “era composto por três sócios eleitos em assembleia geral e por ela livremente destituíveis”⁸⁷ ⁸⁸. Quanto à responsabilidade civil, eram aplicadas as regras do mandato.

⁸³ Cfr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Governança das Sociedades Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2006, 175.

⁸⁴ Quanto à experiência registada noutros países, a fiscalização cabia à coroa.

⁸⁵ O Código de 1833 previa a fiscalização administrativa, que era composta pela autorização estatal, que aprovava os estatutos, onde era designado “um ou mais fiscais incumbidos de representar o Estado junto de cada nova sociedade, fiscalizando a sua gestão no interesse público”, Cfr. JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades – A obrigação de vigilância dos órgãos da sociedade anónima*, Coimbra, Edições Almedina, 2015, 98. O Código de 1833 não previa, portanto, qualquer órgão de fiscalização. Mesmo a fiscalização feita pela assembleia geral era ilusória, principalmente, porque não eram dados aos acionistas os meios necessários para o fazerem.

⁸⁶ Eram cinco os deveres do conselho fiscal “(i) examinar, sempre que o julgasse conveniente, a escrituração da sociedade; (ii) convocar a assembleia geral, quando julgasse necessário; (iii) assistir às reuniões de direção, mas “com voto unicamente consultivo”, sempre que o julgasse conveniente; (iv) fiscalizar a administração da sociedade; (v) dar parecer sobre o balanço, inventário e relatório da situação comercial, financeira e económica da sociedade”, Cfr. JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização ...*, *op. cit.*, 104 e 105.

⁸⁷ Cfr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Governança das Sociedades ...*, *op. cit.*, 176.

⁸⁸ Sobre este assunto, duvidando da imparcialidade dos sócios enquanto membros do conselho fiscal, escreveu J. J. TAVARES MEDEIROS, *Commentario da ...*, *op. cit.*, 145: “Segundo as leis belga, franceza e brasileira, e artigo 182.º do código italiano, os vogaes do conselho fiscal podem ser associados ou não, o que melhor se póde explicar em harmonia com o grau de confiança, que merecem à assembléa do que pelo interesse directo que tenham na sociedade”.

Apesar de alguns desenvolvimentos, o essencial do regime previsto na Lei de 22 de junho de 1867 manteve-se no Código Veiga Beirão. Os membros do conselho fiscal careciam de independência, pois estavam dependentes da maioria dos acionistas, e dos administradores, já que, os primeiros os podiam destituir livremente, e os segundos podiam propor a sua destituição, e não lhes era exigido qualquer requisito especial de competência⁸⁹.

As críticas a este modelo sucederam-se e, em finais do século XIX, começaram a surgir propostas alternativas. Por decreto de 13 de abril de 1911⁹⁰, apesar da manutenção do conselho fiscal, foi criada uma repartição técnica, com peritos em escrituração, para fiscalizar as sociedades anónimas. Contudo, pouco tempo depois, a lei de 7 de julho de 1913 extinguiu a dita repartição.

A fiscalização das sociedades durante o regime do Estado Novo manteve a tendencial fiscalização estatal. A 17 de maio de 1943 foi criada a Lei n.º 1995⁹¹, que previa que a fiscalização das sociedades por ações passasse a ser feita por um grupo de peritos, com intervenção do tribunal. A referida lei apontava, ainda, para o desaparecimento do conselho fiscal.

A Lei n.º 1995, de 17 de maio de 1943, talvez como resultado da excessiva intervenção estadual, acabaria por não ter o sucesso esperado.

O DL 49 381, de 15 de novembro de 1969, trouxe importantes inovações. Desde logo, passou a definir-se que o conselho fiscal seria composto por três ou cinco elementos efetivos. Estes elementos não tinham de ser sócios, mas um deles tinha de ser ROC. A requerimento dos acionistas minoritários, o tribunal podia designar um ou dois membros do conselho fiscal e os membros eleitos pelos acionistas só podiam por estes ser destituídos com justa causa⁹². Claramente, este

⁸⁹ Para além da fiscalização exercida pelo conselho fiscal, as sociedades que explorassem concessões feitas pelo Estado, ou que tivessem algum privilégio em seu favor, podiam ser fiscalizadas por agentes designados pelo Governo, Cfr. JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização ...*, op. cit., 111.

⁹⁰ Artigo 1.º “É instituída a fiscalização de todas as sociedades anónimas a cargo de uma Repartição Technica, cuja organização e atribuições constam do regulamento anexo.”, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades, II Volume, Das Sociedades em Especial*, Coimbra, Almedina, 2006, 791.

⁹¹ Esta lei teve origem na Lei 1:936, de 18 de Março de 1936, que autorizou o governo a alterar o regime de fiscalização das sociedades anónimas, com vista a que na fiscalização passasse a ter intervenção de técnicos especializados.

⁹² Este diploma é referido no Ac. STJ, de 29-10-2009, proferido no processo 414/09.0YFLSB, Relator Serra Baptista, consultado em www.dgsi.pt, dizendo que o conselho fiscal das sociedades anónimas

foi um diploma que “veio tentar um compromisso entre as duas correntes que há quase um século se defrontavam: da fiscalização exterior das sociedades e a da fiscalização interior, através de órgãos e dos próprios sócios e concretizada, se necessário, na responsabilidade civil”⁹³.

O DL n.º 1/72, de 3 de janeiro, aprovou o regime dos revisores oficiais de contas. Foi criada a Câmara dos Revisores Oficiais de Contas. O DL n.º 519-L2/79, de 29 de dezembro, veio trazer mais competências aos revisores oficiais de contas. Seguiram-se diversos diplomas que foram, consecutivamente, procedendo a alterações ao regime definido para os revisores oficiais de contas.

O Código das Sociedades Comerciais adotou a grande maioria do regime definido para o conselho fiscal pelo Decreto-Lei acima referido, prevendo, no entanto, um outro modelo organizativo, que comportava uma direção, um conselho geral e um ROC. Estes últimos eram os órgãos de fiscalização.

Através do DL 257/96, de 31 de dezembro, houve uma mudança de rumo quanto ao órgão de fiscalização das sociedades, já que se deu uma maior importância à figura do ROC. Porém, parece que apesar de não ter desaparecido o conselho fiscal, o fiscal único é o órgão de fiscalização de eleição.

Em 1999, o DL n.º 487/99, de 18 de novembro, veio criar a Ordem dos Revisores Oficiais de Contas e proceder a alterações significativas ao regime do revisor oficial de contas, tanto a nível de alteração dos Estatutos, como a nível de exigência no acesso e exercício da profissão.

estava dependente da maioria da assembleia geral, pelo que o legislador estava “ciente do dever da tutela das minorias, cada vez mais indispensável para o fortalecimento do mercado financeiro”, pelo que lhe permitiu a nomeação de representantes seus, quer no conselho fiscal, quer no fiscal único. Aliás, este princípio de proteção das minorias está presente até aos dias de hoje, conforme refere o Ac. TRL, de 08-11-2007, proferido no processo 7374/2007-2, Relator Vaz Gomes, consultado em www.dgsi.pt, quando faz referência ao facto de o artigo 418.º ter subjacente “a isenção e seriedade do Conselho Fiscal enquanto órgão a quem compete fiscalizar a atuação dos restantes órgãos sociais”; e o Ac. TRL de 02-05-2006, proferido no âmbito do processo 10492/2005-7, Relator Rosa Maria Ribeiro Coelho, consultado em www.dgsi.pt, referindo que o artigo 418.º deve ser interpretado de uma forma extensiva, de maneira a abranger as situações em que a fiscalização das sociedades anónimas é feita por um fiscal único. Ainda a este propósito, importa referir o Ac. TRP, de 20-07-2006, proferido no processo 0632696, Relator Pinto de Almeida, consultado em www.dgsi.pt, caracterizando a nomeação de membros do conselho fiscal ao abrigo do artigo 418.º como um direito potestativo, mas de exercício judicial.

⁹³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades II*, op. cit., 794.

Posteriormente, o DL 76-A/2006, de 29 de março, veio trazer uma significativa alteração às estruturas de fiscalização já existentes, com a introdução de um terceiro modelo governativo. De acordo com a CMVM⁹⁴, era determinante continuar com o sinal de abertura que se demonstrou com a consagração do modelo dualista, em 1986. O modelo anglo-saxónico foi contemplado no nosso ordenamento de forma a facilitar a implementação de sociedade estrangeiras em Portugal.

6.6 O revisor oficial de contas

Os revisores oficiais de contas⁹⁵ e as sociedades de revisores oficiais de contas⁹⁶ estão sujeitos a um estatuto profissional próprio e à disciplina da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas, que constam da Lei n.º 140/2015, de 7 de Setembro.

A figura do revisor oficial de contas foi introduzida no panorama jurídico-societário português através do Decreto-Lei n.º 49.381, de 15 de Novembro de 1969, mas a sua autonomização como órgão societário só se deu em 1979, com a publicação do Decreto-Lei n.º 519-L2/79, de 29 de Dezembro.

O revisor oficial de contas estava integrado no conselho fiscal, mas, apesar disso, cabiam-lhe algumas funções específicas de fiscalização contabilística, como era o caso do dever de certificação de contas⁹⁷.

Atualmente, os revisores oficiais de contas podem, como já se viu, integrar o conselho fiscal ou não, dependendo do modelo que a sociedade adote. No caso de o revisor oficial de contas ser autónomo do conselho fiscal, este órgão não tem, necessariamente, de integrar um revisor oficial de contas nos seus elementos.

⁹⁴ CMVM – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, *Governo das Sociedades: Propostas de Alteração ao Código das Sociedades Comerciais – Processo de Consulta Pública n.º1/2006*, www.cmvm.pt.

⁹⁵ “Uma pessoa singular aprovada pelas autoridades competentes de um Estado-Membro, de acordo com a presente directiva, para realizar revisões legais das contas”, na definição que lhe é dada pelo art.º 2.º, n.º 2, da Directiva 2006/43/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Maio de 2006.

⁹⁶ “Uma pessoa colectiva ou qualquer outra entidade, independentemente da sua forma jurídica, aprovada pelas autoridades competentes do Estado-Membro, de acordo com a presente directiva, para realizar revisões legais de contas.”, na definição que lhe é dada pelo art.º 2.º, n.º 3, da Directiva 2006/43/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de Maio de 2006.

⁹⁷ Cfr. JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização ...*, *op. cit.*, 384.

Nos termos do artigo 4.º, da Diretiva 2006/43/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de maio de 2006, as autoridades competentes só podem aprovar para revisor oficial de contas ou sociedade de revisores oficiais de contas, as pessoas singulares ou coletivas com idoneidade, dispondo o artigo 5.º, n.º 1 da mesma Diretiva que, caso a idoneidade dessa pessoa singular ou sociedade seja gravemente comprometida, a aprovação deve ser revogada.

A doutrina⁹⁸ tem-se debatido quanto a classificar o revisor oficial de contas como um “órgão” da organização societária. Como bem refere SOVERAL MARTINS⁹⁹, o ponto 30 do Preâmbulo do DL 262/86, de 2 de setembro, designa o revisor oficial de contas de “órgão”¹⁰⁰. Também os artigos 415.º, 416.º e 446.º parecem indicar que o revisor oficial de contas é um verdadeiro órgão social. Mas é no artigo 420.º-A, no que concerne à responsabilidade solidária entre revisor oficial de contas e administradores, que vislumbramos maior certeza em considerar o revisor oficial de contas um verdadeiro órgão das sociedades anónimas¹⁰¹.

Os revisores oficiais de contas estão sujeitos ao regime de incompatibilidades do artigo 414.º-A, às quais acrescem as que decorrem dos seus estatutos próprios (artigos 88.º e 89.º do Estatuto da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas).

Tal como o previsto para os membros do conselho fiscal, de forma a garantir a independência do revisor oficial de contas, este só pode ser destituído pela assembleia geral, com justa causa, e após ter sido ouvido. O revisor oficial de contas judicialmente nomeado só pode ser destituído pelo tribunal.

Quando haja revisor oficial de contas autónomo do conselho fiscal, os poderes daquele estão limitados à revisão de contas (artigo 446.º, n.º 1 e n.º 3).

O revisor oficial de contas, no modelo tradicional, assume uma dupla função de fiscalização. Por um lado, a função de controlo externa traduz-se na certificação de contas, que permite a quem contrate com a sociedade ter um conhecimento

⁹⁸ SOVERAL MARTINS enuncia PINTO FURTADO e MENEZES CORDEIRO (aparentemente) como defensores de que o ROC não é um órgão. Em sentido contrário, refere NOGUEIRA SERENS, COUTINHO DE ABREU, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, PAULO OLAVO DA CUNHA, e também ele próprio, ao que parece, Cfr. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Código das Sociedades Comerciais em Cometário*, Coordenação de JORGE M. COUTINHO DE ABREU, Coimbra, Almedina, 2012, 108, nota 2.

⁹⁹ ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Código das Sociedades Comerciais em Cometário ...*, op. cit., 108.

¹⁰⁰ “No tocante à administração e fiscalização, (...) assenta na repartição daquelas funções entre três órgãos, direcção, conselho geral e revisor oficial de contas, (...)”.

¹⁰¹ Também JOSÉ FERREIRA GOMES é desta opinião, classificando o revisor oficial de contas como sendo, simultaneamente, um órgão singular e como membro de um órgão social coletivo, o conselho fiscal, vide JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização ...*, op. cit., 386.

direto da sua situação económico-financeira. Por outro lado, a função de controlo interna, que consiste na colaboração e troca de informação entre os diversos órgãos societários. JOSÉ FERREIRA GOMES enquadra esta última função “na dupla natureza do revisor oficial de contas”¹⁰², enquanto órgão singular e membro do órgão coletivo conselho fiscal¹⁰³.

O revisor oficial de contas tem um especial dever de colaboração com o conselho fiscal, o conselho de administração e, casualmente, com a assembleia geral, mas está, ainda, sujeito a um dever de vigilância, conforme o estipulado no artigo 420.º-A.

¹⁰² Cfr. JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização ...*, op. cit., 402.

¹⁰³ Como refere o Autor, a relevância da dupla função de fiscalização foi especialmente acentuada pelos escândalos financeiros que ocorreram nos Estados Unidos entre 2001 e 2003, Cfr. JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização ...*, op. cit., 404.

CAPÍTULO II – DEVERES SUBJACENTES À ATUAÇÃO DOS MEMBROS DOS ÓRGÃOS SOCIAIS DAS SOCIEDADES ANÓNIMAS

7. O artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais

7.1 Origem e evolução

Em 1944 foi publicado o Decreto-Lei n.º 33 980, de 4 de Setembro que estipulava a revisão do Código Civil¹⁰⁴, dando, depois, origem ao Código Civil de 1966. Nesse mesmo diploma, abriu-se a hipótese de ser, também, revisto o Código Comercial¹⁰⁵.

Não foi, contudo, esta a opção tomada pelo legislador, mas “o esforço reformador não foi abandonado”¹⁰⁶, pelo que foi criada uma comissão para revisão da legislação comercial¹⁰⁷.

Na senda desta comissão, RAÚL VENTURA e BRITO CORREIA elaboraram um estudo aprofundado da responsabilidade civil dos administradores. Este foi um estudo decisivo para o Decreto-Lei n.º 49 381, de 15 de novembro, publicado em 1969, relativo à administração das sociedades anónimas, dado que este diploma legal dedicou uma secção inteira à responsabilidade civil dos administradores¹⁰⁸.

¹⁰⁴ Posteriormente foi constituída a Comissão do Código Civil, presidida por ADRIANO PAES DA SILVA VAZ SERRA, também ministro da justiça na altura, e composta, ainda, por ANTÓNIO DE ARRUDA FERRER CORREIA, FERNANDO ANDRADE PIRES DE LIMA, GUILHERME BRAGA DA CRUZ, INOCÊNCIO GALVÃO TELLES, LUÍS DA CÂMARA PINTO COELHO, MANUEL AUGUSTO DOMINGUES DE ANDRADE, MANUEL DUARTE GOMES DA SILVA, PAULO ARSÉNIO VIRÍSSIMO CUNHA, FERNANDO SANDY LOPES PESSOA JORGE, AMÉRICO FERNANDO DE CAMPOS COSTA, JOÃO BAPTISTA MACHADO, JOSÉ SÁ CARNEIRO FIGUEIREDO, MANUEL GONÇALVES PEREIRA, RUI NOGUEIRA LOBO DE ALARCÃO E SILVA e VASCO GAMA LOBO XAVIER, fonte www.fd.unl.pt, trabalhos de investigação.

¹⁰⁵ Para melhor entendimento deste ponto, *vide* DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva ...*, *op. cit.*, 831 e ss.

¹⁰⁶ Cfr. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva ...*, *op. cit.*, 831.

¹⁰⁷ Desta comissão fizeram parte VAZ SERRA, FERRER CORREIA, RAÚL VENTURA e FERNANDO OLAVO.

¹⁰⁸ O DL n.º 49381, de 15 de novembro, de 1969, dedica a Secção I do Capítulo II, compreendida entre o artigo 17.º e 26.º, à responsabilidade civil dos administradores. O artigo 17.º, número 1 já prescrevia “Os administradores da sociedade são obrigados a empregar a diligência de um gestor criterioso e ordenado”.

O artigo 17.º, n.º 1, do diploma supra referido determinava que “os administradores da sociedade são obrigados a empregar a diligência de um gestor criterioso e ordenado”. É este preceito legal que está na origem do artigo 64.º.

O Projeto de 1983, que antecedeu a publicação do Código das Sociedades Comerciais, continuava, no artigo 92.º, n.º 1, a prescrever que “os gerentes, administradores ou directores duma sociedade devem actuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado”.

Aquando da publicação do DL 262/86, de 2 de setembro, verificou-se a existência de consideráveis alterações em relação ao Projeto de 1983¹⁰⁹. Desde logo, o dever de diligência¹¹⁰ aparece autonomizado num único artigo, depois, este dever surge tripartido, tendo em conta o interesse da sociedade, dos acionistas e dos trabalhadores¹¹¹.

7.2 Determinação do conteúdo do dever de diligência

Coloca-se, agora, como já se colocava no âmbito do artigo 17.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 49381, de 15 de novembro, se o dever de diligência é uma norma de conduta ou um critério de apreciação da culpa¹¹².

Alguns Autores defendiam que o artigo 64.º “era um critério normativo de apreciação da culpa e não da ilicitude”¹¹³, como ANTUNES VARELA, COUTINHO DE ABREU, RICARDO COSTA e MARIA ELISABETE GOMES RAMOS. Já outros, como referia BRITO CORREIA, eram da opinião que “o art. 64.º correspondia a uma norma de conduta, a partir do

¹⁰⁹ No DL 262/86, de 2 de setembro, é o artigo 64.º que prevê o dever de diligência: “os gerentes, administradores ou directores duma 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.”, cuja epígrafe era «Dever de diligência».

¹¹⁰ O Ac. TRP, de 05-02-2009, proferido no processo 0835545, Relator Pinto Almeida, consultado em www.dgsi.pt, defende que o dever de diligência se subdivide em dois deveres: o dever de cuidado e o dever de lealdade, acrescentando que os administradores devem ter exclusivamente em vista os interesses da sociedade. Não perfilhamos esta posição. Primeiro, o dever de cuidado e o dever de lealdade não são subdivisões do dever de diligência. Os deveres são autónomos entre si, e originadores de responsabilidade quando violados. Quanto ao interesse social, como veremos mais à frente, existem outros interesses a ter em conta, e que devem ser avaliados.

¹¹¹ Para melhor entendimento deste ponto, *vide* DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva ...*, *op. cit.*, 831 e ss.

¹¹² DIOGO COSTA GONÇALVES, entende, contudo, que a distinção entre ilicitude e culpa deve ser abandonada no âmbito da diligência, Cfr. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva ...*, *op. cit.*, 867.

¹¹³ Cfr. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva ...*, *op. cit.*, 836.

qual se aferia o comportamento devido pelo administrador”¹¹⁴, logo, estava em causa a ilicitude.

MENEZES CORDEIRO¹¹⁵ esclarece que “em sentido normativo, a diligência equivale ao grau de esforço exigível para determinar e executar a conduta que integra o cumprimento de um dever”¹¹⁶, portanto será uma regra de conduta, pelo que *a violação do dever de diligência origina a ilicitude*, não sendo uma mera medida da culpa, já que “a falta de diligência pode ser dolosa e não meramente negligente.”¹¹⁷.

Para os Autores que preconizam este entendimento, a doutrina dividia-se entre aqueles que entendiam que o dever de diligência tinha um carácter genérico, era uma norma de conduta incompleta, e que só conjuntamente com outras normas, poderia ter conteúdo útil preciso¹¹⁸. Outra posição era a que preconizava que o dever de diligência tinha conteúdo normativo próprio, como é o caso de CARNEIRO DA FRADA¹¹⁹, defendendo que se se tiver em conta a versão originária do artigo 64.º, a diligência do gestor criterioso e ordenado constituía o elemento fundamentalmente caracterizador dos deveres que sobre ele impendiam, e, com ele, o principal modelo de aferição de licitude/ilicitude da conduta do administrador¹²⁰. De notar que este Autor, à semelhança de MENEZES CORDEIRO, também considerava o artigo 64.º uma norma incompleta, mas não no sentido entendido por MENEZES CORDEIRO. Para

¹¹⁴ Cfr. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva ...*, op. cit., 836.

¹¹⁵ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «*Os deveres fundamentais dos administradores*», in ROA, Ano 66, Volume II, Setembro de 2006, disponível em www.oa.pt, sobre as conclusões que se podem retirar da formulação do artigo 17.º, número 1: “- o legislador material conhecia bem os diversos sistemas europeus, tendo optado pela fórmula do Aktiengesetz alemão; - além disso, apercebeu-se do dilema culpa/ilicitude, tendo acabado por aproximar a “diligência” de uma norma de conduta e, portanto: fonte de ilicitude, quando violada, sujeita a subsequente e eventual juízo de culpa.”.

¹¹⁶ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «*Os deveres fundamentais ...*», op. cit..

¹¹⁷ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «*Os deveres fundamentais ...*», op. cit..

¹¹⁸ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «*Os deveres fundamentais ...*», op. cit..

¹¹⁹ No mesmo sentido encontramos JOÃO SOARES DA SILVA, vide JOÃO SOARES DA SILVA, «Responsabilidade civil dos administradores de sociedade: os deveres gerais e a *corporate governance*», in ROA, Ano 57 – Volume II, Abril de 1997, 615 e 616: “(...) creio que será difícil deixar de reconhecer que o artigo 64.º - sem embargo de conter um critério de comportamento válido para o conjunto dos seus deveres - conterà *também* uma fonte autónoma de *determinação da conduta devida*, susceptível de ser autonomamente violada, e por isso, *fonte autónoma também de responsabilidade civil*.”.

¹²⁰ Cfr. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, “A Business Judgment Rule no Quadro dos Deveres Gerais dos Administradores”, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, Vol. I, Congresso Empresas e Sociedades, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, página 210.

CARNEIRO DA FRADA, a incompletude prendia-se com o facto de a norma não prescrever uma sanção para a violação dos deveres por parte do administrador¹²¹.

De acordo com MENEZES CORDEIRO, o Código das Sociedades Comerciais de 1986 só veio reforçar a ideia de “o dever de diligência como um *quantum* de esforço normativamente exigível, aos administradores, no cumprimento dos seus deveres”¹²².

O dever de diligência é, por isso, uma norma de conduta, que define o padrão de atuação do administrador. O administrador será, pois, avaliado no âmbito da licitude/ilicitude da sua atuação. Neste entendimento, somos de concordar com CARNEIRO DA FRADA, no sentido que a incompletude da norma prende-se com o facto de não prescrever uma sanção para a violação dos deveres do administrador, porque atuar com falta de diligência é um conceito que se esgota em si próprio.

7.3 O Decreto-Lei 76-A/2006, de 29 de março

Com a publicação do Decreto-Lei 76-A/2006, de 29 de março, as alterações registadas ao art.º 64.º foram significativas. Desde logo, a epígrafe do artigo foi alterada, passando de “dever de diligência”¹²³ para “deveres fundamentais”.

A redação inicial deste preceito legal¹²⁴ teve influência de vários ordenamentos jurídicos, como o alemão, o espanhol, o inglês, o italiano e o francês¹²⁵. O artigo 64.º tem subjacente a ideia que a diligência exigida está

¹²¹ “O art. 64 não era, de acordo com este entendimento, uma simples norma definitório-descritiva ou de enquadramento formal-sistemático: tinha conteúdo normativo próprio. Embora fosse uma proposição incompleta, já que não tinha acoplada qualquer sanção para a violação dos deveres dos administradores.”, Cfr. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, «*A Business Judgement Rule no Quadro dos Deveres Gerais dos Administradores*», in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, Vol. I, Congresso Empresas e Sociedades, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, 210.

¹²² Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «*Os deveres fundamentais ...*», *op. cit.*

¹²³ Redação antes do DL n.º 76-A: “Os gerentes, administradores ou directores de uma sociedade devem actuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores.”

¹²⁴ Artigo 64.º, na redação anterior ao DL 76-A/2006, de 29 de março: “Os gerentes, administradores ou directores de uma sociedade devem actuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores.”

¹²⁵ Cfr. FÁTIMA GOMES, «*Reflexões em torno dos deveres fundamentais dos membros dos órgãos de gestão (e fiscalização) das sociedades comerciais à luz da nova redação do artigo 64.º do CSC*», in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Volume II, Coimbra Editora, 2007, 552.

relacionada com a atitude subjetiva do administrador, enquanto a obrigação de prosseguir o interesse da sociedade respeita aos fins e objetivos a alcançar¹²⁶, o que enuncia a natureza fiduciária¹²⁷ da relação de administração, de inspiração alemã.

Os deveres de cuidado e lealdade, atualmente patentes na redação do n.º 1 do artigo 64.º, já tinham sido doutrinariamente aceites, “fazendo-se decorrer aqueles deveres da cláusula geral constante da anterior redação”¹²⁸. Na nova redação, esses deveres estão expressamente consignados.

Na anterior redação, o administrador pautava a sua atuação pela bitola do gestor criterioso e ordenado. Tendo-se mantido essa bitola, a nova redação veio autonomizar os deveres de cuidado e lealdade¹²⁹, que vinculam o administrador para com a sociedade.

Não restam, agora, dúvidas que a violação dos deveres de cuidado e lealdade é fonte autónoma de responsabilidade civil dos administradores¹³⁰, nos termos do

¹²⁶ Cfr. RAÚL VENTURA, BRITO CORREIA, *Responsabilidade civil dos Administradores das sociedades anónimas e dos gerentes das sociedades por quotas. Estudo comparativo dos direitos alemão, francês, italiano e português. Nota explicativa do Capítulo II do Decreto-Lei n.º 49 381 de 15 de Novembro de 1969*, Lisboa, 1970, 94.

¹²⁷ A esta especial relação de confiança (fidúcia) faz referência o Ac. STJ de 01-04-2014, proferido no processo 8717/06.0TBVFR.P1.S1, Relator Fonseca Ramos.

¹²⁸ Cfr. VÂNIA PATRÍCIA FILIPE MAGALHÃES, «A conduta dos administradores das sociedades anónimas: deveres gerais e interesse social», in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano I (2009), direcção de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Almedina, 379.

¹²⁹ Esta autonomização encontra a sua origem nos *Principles of Corporate Governance*, do *American Law Institute*, mas, como salienta ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “Apesar de se concordar com a afirmação de que a origem dos *duties of care* é anglo-americana, 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”, Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO «*Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação de normas de protecção*» in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Volume I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011, 32.

¹³⁰ E a violação destes deveres “confere à sociedade o direito de, mediante prévia deliberação por simples maioria dos sócios, instaurar acção de responsabilidade contra os administradores - acção *uti universi* -, podendo os sócios, a título subsidiário quando a sociedade não actuar, propor acção social de responsabilidade contra os administradores, com vista à reparação, a favor da sociedade, do prejuízo que esta tenha sofrido”, Ac. TRL, de 24-06-2010, proferido no processo 1032/08.6TYLSB.L1-6, Relator Fernanda Isabel Pereira, consultado em www.dgsi.pt. A apresentação de acção de responsabilização por parte da sociedade, contra os seus administradores, é o exercício de um verdadeiro direito social, conforme se pode ler no Ac. STJ de 08-05-2013, proferido no processo 5737/09.6TVLSB.L1-S1, Relator Fernando Bento, consultado em www.dgsi.pt.

artigo 72.^o. Autores como MARIA ELISABETE GOMES RAMOS¹³¹, JOÃO SOARES DA SILVA¹³² e PEDRO CAETANO NUNES¹³³ perfilham o entendimento que se tratava de uma fonte autónoma de responsabilidade, por oposição a outros Autores que não reconheciam o artigo 64.^o como fonte autónoma de responsabilidade civil dos administradores, como MENEZES CORDEIRO¹³⁴, RAÚL VENTURA¹³⁵, ANTUNES VARELA¹³⁶ e BRITO CORREIA¹³⁷.

MENEZES CORDEIRO defende que numa primeira leitura, o artigo 64.^o, n.^o 1, é “um preceito pesado, que condensa, em duas alíneas, uma série complexa de mensagens normativas”¹³⁸.

Manteve-se a formulação dos “interesses”. Na nova redação do artigo 64.^o, n.^o 1, al. b), postula-se que os administradores devem observar “deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores”.

¹³¹ “(...) a diligência assume-se como um critério de responsabilidade, pois apresenta um padrão para aferir a conduta do administrador ou director.”, Cfr. MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, *in Studia Iuridica 67 – Responsabilidade Civil Dos Administradores E Directores De Sociedades Anónimas Perante Credores Sociais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, 87.

¹³² “(...) será difícil deixar de reconhecer que o artigo 64.^o - sem embargo de conter um critério de comportamento válido do administrador para o conjunto dos seus deveres - conterà *também* uma fonte autónoma de *determinação da conduta devida*, susceptível de ser autonomamente violada, e por isso, *fonte autónoma também de responsabilidade civil*.”, Cfr. JOÃO SOARES DA SILVA, «*Responsabilidade civil ...*, *op. cit.*, 115 e 116.

¹³³ Este Autor defende que o artigo 64.^o, para além de conter uma concretização de ilicitude e de culpa, prevê uma situação de responsabilidade, Cfr. PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate Governance*, Coimbra, Almedina, 2006, 35.

¹³⁴ MENEZES CORDEIRO refere que os deveres consagrados não são normas de conduta, mas só um apelo a outras regras que poderão originar responsabilidade, Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Responsabilidade ...*, *op. cit.*, 485.

¹³⁵ “Pela epígrafe do artigo 4.^o parece que o legislador tomou como autónomo o dever de diligência, colocado no mesmo plano de qualquer outro dever dos gerentes. Isto é tecnicamente incorrecto: a diligência exigida neste artigo é um critério vinculativo para apreciação da conduta do gerente no cumprimento de todos os outros deveres.”, Cfr. RAÚL VENTURA, *Sociedade por ...*, *op. cit.*, 148.

¹³⁶ “(...) preceito bastante genérico e impreciso, mais retórico que realista destinado a definir o grau de diligência exigível dos responsáveis pela gestão da sociedade (...)”, Cfr. ANTUNES VARELA, *in Anotação ao Acórdão do Tribunal Arbitral de 31 de Março de 1993*, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 126.^o (1993), número 3831, 315.

¹³⁷ O Autor considera que o artigo 64.^o apenas está relacionado com a culpa, Cfr. RAÚL VENTURA E BRITO CORREIA, *Responsabilidade Civil ...*, *op. cit.*, 95.

¹³⁸ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «*Os deveres fundamentais ...*, *op. cit.*.

O que aqui está em causa, quando se fala de “outros sujeitos relevantes”, não é mais do que o interesse dos *stakeholders*, que até ao momento não tinha qualquer tradição no nosso ordenamento jurídico¹³⁹.

A Proposta de Consulta Pública N.º 1/2016 esclarece sobre o que esteve na génese da letra deste artigo: “uma cuidadosa densificação dos deveres que devem ser acautelados no seu exercício profissional” e o facto de a lei dever “recortar um núcleo mínimo dos deveres dos administradores e dos titulares dos órgãos de fiscalização, não só para fornecer modelos de decisão claros mas também para permitir a efectivação aplicativa de previsões normativas decorrentes do incumprimento dos deveres societários”¹⁴⁰.

A Proposta de Consulta Pública N.º 1/2016, na explicação dos deveres de cuidado e lealdade, ainda elucida para o facto destes não se tratarem de deveres novos, mas concretizam-se, sim, na explicitação de “deveres preexistentes”¹⁴¹, contribuindo para o reforço da responsabilização.

ADELAIDE MENEZES LEITÃO alerta para a possibilidade de estar em causa um duplo grau de ilicitude. Contudo, a Autora é da opinião (opinião essa condizente com a explicitação dada pela Proposta de Consulta Pública N.º 1/2016) de que se trata apenas de “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.”¹⁴².

Não podemos deixar de notar, na esteira do já subscrito por ADELAIDE MENEZES LEITÃO, que o artigo 64.º, n.º 1, é uma disposição incompleta¹⁴³, que não estatui qualquer sanção na sua redação, mas cuja previsão normativa, em conjunto com as disposições sobre a responsabilidade dos administradores presentes nos artigos

¹³⁹ Para melhor entendimento desta temática, Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «*Os deveres fundamentais ...*», *op. cit.*

¹⁴⁰ Processo de Consulta Pública N.º 1/2016, CMVM Janeiro 2006, considerando 11, 16, *in* www.cvm.pt.

¹⁴¹ Processo de Consulta Pública N.º 1/2016, CMVM Janeiro 2006, considerando 11, 16, *in* www.cvm.pt.

¹⁴² Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, «*Responsabilidade dos administradores ...*», *op. cit.*, 36.

¹⁴³ O Ac. STJ, de 03-02-2009, proferido no processo 08A3991, Relator Paulo Sá caracteriza o artigo 64.º como uma norma “genérica e imprecisa”.

71.^o e seguintes, possibilita o enquadramento da respetiva sanção¹⁴⁴, acabando por negar o duplo patamar de ilicitude.

É, porém, a configuração dos deveres dos administradores um ponto essencial para a sua responsabilização, sendo estes definidos pela própria lei, e atuando de forma independente da relação estabelecida entre o administrador e a sociedade, ou seja, mesmo que se trate de uma mera administração de facto, estes podem ser responsabilizados por violação dos deveres de cuidado e lealdade.

7.4 O dever de lealdade

O dever de lealdade pode ser definido como o “dever de os administradores exclusivamente terem em vista os interesses da sociedade e procurarem satisfazê-los, abstendo-se portanto de promover o seu próprio benefício ou interesses alheios”¹⁴⁵.

São duas as posições que podem ser enunciadas quanto ao dever de lealdade: uma, mais tradicional, em que a lealdade deriva da regra geral de boa fé; a outra, mais societária, em que está em causa a gestão de um bem alheio, que pressupõe uma específica lealdade¹⁴⁶. Neste sentido, somos de concordar tanto com MENEZES CORDEIRO¹⁴⁷, como com ADELAIDE MENEZES LEITÃO¹⁴⁸, ao entenderem que estas duas posições não são contraditórias entre si. Pelo contrário, tratando-se da gestão de bens alheios, a boa-fé “impõe uma acção que transcenda os valores do próprio.”¹⁴⁹.

Na opinião de DIOGO COSTA GONÇALVES, a tentativa de dissociar o dever de lealdade da boa-fé é vã. Nas palavras do Autor, “sem autonomia dogmática face à boa-fé, a lealdade torna-se, assim, um vetor deste instituto ou, se preferirmos, numa concreta expressão normativa, de natureza tipológica, de *bona fides*.”¹⁵⁰.

¹⁴⁴ Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, «Responsabilidade dos administradores ..., op. cit., 33.

¹⁴⁵ Cfr. J.M. COUTINHO DE ABREU, «Responsabilidade de gerentes e administradores em Portugal», in *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*, Coord. Maria de Fátima Ribeiro, Coimbra, Almedina, 2012,136.

¹⁴⁶ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «Os deveres fundamentais ..., op. cit..

¹⁴⁷ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «Os deveres fundamentais ..., op. cit..

¹⁴⁸ Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, «Responsabilidade dos ..., op. cit., 37.

¹⁴⁹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «Os deveres fundamentais ..., op. cit..

¹⁵⁰ Cfr. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva ..., op. cit.*, 854, nota 2643.

O dever de lealdade surge como a necessidade de adoptar comportamentos pautados por especiais critérios ético-normativos¹⁵¹. Sendo que o administrador tem nas mãos a administração, representação e gestão da sociedade, visando a concretização do objeto social, a confiança assume um importante papel na relação estabelecida entre administrador e sociedade¹⁵². Logo, “é expectável que o seu comportamento exceda o genérico *honeste vivere, alterum non laedere* e se conforme com uma especial exigência ética socialmente identificável e normativamente tutelada.”¹⁵³.

DIOGO COSTA GONÇALVES entende que os fundamentos e a concretização normativa do dever de lealdade devem ser procurados na pessoa coletiva, visto que a administração corresponde a um *status*¹⁵⁴, pelo que o dever de lealdade contido no artigo 64.º, n.º 1, al. b), está na natureza do dever de administrar¹⁵⁵.

Deste dever de administrar decorre o facto de os administradores serem aqueles que asseguram as posições jurídicas dos sócios, pelo que entre estes e aqueles tem de existir “uma *relação de confiança especialmente intensa*”¹⁵⁶, até porque, estando nesta posição, os administradores estão aptos a causar danos na esfera jurídica daqueles cujos interesses devem assegurar¹⁵⁷.

Assim, “ser leal à sociedade consiste em servir os sócios, pautar a conduta por um elevado padrão ético-jurídico decorrente da especial relação de confiança que entre estes e os administradores se estabelece”¹⁵⁸.

VÂNIA MAGALHÃES, por sua vez, defende que “é a especial relação de confiança, de *fiducia*, e não a boa fé, que justifica o dever de lealdade na relação de

¹⁵¹ E neste sentido, o Ac. STJ de 31-03-2011, proferido no processo 242/09.3YRLSB.S1, Relator Serra Baptista, lembra que “O dever de lealdade – agora elencado na al. b) do n.º 1 do art. 64.º do CSC (DL 76-A/2006, de 29 de Março) – que antes não estava autonomizado do dever de diligência, costuma estar associado à obrigação de não concorrência, de não se aproveitar em benefício próprio eventuais oportunidades de negócio, de não actuação em conflito de interesses com a sociedade protegida”.

¹⁵² Neste sentido, vide ADELAIDE MENEZES LEITÃO, «Responsabilidade dos ..., op. cit., 39: “A boa fé e o princípio da tutela da confiança justificam deveres de lealdade acrescidos na vida societária.”

¹⁵³ Cfr. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva ...*, op. cit., 853, nota 2643.

¹⁵⁴ Neste sentido, vide António MENEZES CORDEIRO, *Código das ..., op. cit., 274*.

¹⁵⁵ Cfr. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva ...*, op. cit., 870.

¹⁵⁶ Cfr. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva ...*, op. cit., 871.

¹⁵⁷ É aqui que este Autor faz referência à gestão *uberrimae fidei*, para exemplificar que um gestor pode ter praticado um acto de boa gestão, e mesmo assim, ser desleal, Cfr. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva ...*, op. cit., 872 e ss.

¹⁵⁸ Cfr. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva ...*, op. cit., 878.

administração”¹⁵⁹. Aqui, o dever de lealdade é reconduzido, unicamente, à confiança estabelecida entre administrador e sociedade. Esta não é a posição correta, por tudo o já afirmado. Não nos parece possível que possa haver uma relação de confiança sem que se aja com lisura e correção, como pressupõe a atuação com boa-fé¹⁶⁰.

O dever de lealdade tem de ser entendido em relação à sociedade, ou seja, lealdade para com a sociedade, e não para com os acionistas ou outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade. A esses, quanto muito, é-lhes devido um dever de cuidado. Contudo, houve alguma confusão por parte do legislador, ao inverter os conceitos.

Pode concluir-se que o dever de lealdade é um verdadeiro dever jurídico, e não somente uma regra ética¹⁶¹.

7.5 O interesse da sociedade, dos sócios e dos trabalhadores

A redação original do artigo 64.º assemelha-se ao artigo 17.º, n.º 1, do Decreto-Lei n.º 49381, de 15 de novembro. No entanto, aquando da publicação do Código das Sociedades Comerciais de 1986, o preceito foi retirado da parte respeitante à responsabilidade civil e foi acrescentado “no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos accionistas e dos trabalhadores.”¹⁶².

MENEZES CORDEIRO acrescenta que “a referência aos interesses (da sociedade, dos sócios e dos trabalhadores) surge como um corpo estranho”¹⁶³. Aliás, o artigo

¹⁵⁹ VÂNIA PATRÍCIA FILIPE MAGALHÃES, «A conduta dos administradores ...», *op. cit.*, 398.

¹⁶⁰ O dever de lealdade constitui, muitas vezes, uma obrigação de *non facere*, como são os casos dos artigos 398.º, número 1 e 3, 410.º, número 6, 414.º-A, número 1, alíneas b) e c), 425.º, número 6, 449.º. mas também há casos em que se trata de um dever de atuar em determinado sentido, como é o caso do artigo 447.º.

¹⁶¹ A propósito do dever de lealdade e do princípio da confiança que tem de estar subjacente à atuação societária, o Ac. STJ, de 30-09-2014, proferido no processo 1195/08.0TYLSB.L1.S1, Relator Fonseca Ramos, enuncia que “o dever de lealdade é indissociável do princípio de confiança, quer seja perante a sociedade, quer perante os sócios, quer perante terceiros. O acautelar do interesse social não se confina apenas ao interesse societário *tout court*, ou seja, a uma actividade que vise lucros. A eticização do direito e da vida societária impõem uma actuação honesta, criteriosa e transparente compaginável com a tutela de terceiros que possam ser prejudicados pela actuação do ente societário através da actuação de quem delinea a sua estratégia e é responsável pela actuação da sociedade, o que convoca os princípios da actuação de boa fé, da confiança e a da proibição do abuso do direito”.

¹⁶² Sabe-se, hoje, pelo próprio, que esta foi uma iniciativa de BRITO CORREIO. Vide LUÍS BRITO CORREIA, *Os Administradores ...*, *op. cit.*, 602, nota 17, e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «*Os deveres fundamentais ...*», *op. cit.*.

¹⁶³ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «*Os deveres fundamentais ...*», *op. cit.*.

64.º, n.º 1, é uma disposição legal que “não corresponde a quaisquer desenvolvimentos nacionais: nem doutrinários, nem jurisprudenciais”¹⁶⁴. É um preceito derivado de fontes externas, que aparece no nosso ordenamento jurídico desinserido dos sistemas em que tem origem¹⁶⁵. Contudo, o mesmo Autor acaba por afirmar que caberá aos juristas nacionais dar um novo sentido e inserir estes preceitos de forma coerente no ordenamento jurídico nacional¹⁶⁶.

É certo que não existe nenhuma definição legal de interesse, mas MENEZES CORDEIRO explica-o bem: “em sentido subjectivo, o interesse traduz uma relação de apetência entre o sujeito considerado e as realidades que ele entenda aptas para satisfazer as suas necessidades ou os seus desejos. Em sentido objectivo, o interesse traduz a relação entre o sujeito com necessidades e os bens aptos a satisfazê-las”¹⁶⁷.

Neste caso, o interesse da sociedade não se pode deixar de reconduzir à natureza jurídica do seu próprio ato constitutivo.

No domínio do “interesse social” surgem, tradicionalmente, duas teorias em confronto: as *teorias contratualistas*, e as *teorias institucionalistas*. Quanto às primeiras, essencialmente, “o interesse da sociedade é o *interesse comum dos sócios enquanto tais*”¹⁶⁸. No que respeita às teorias institucionalistas, “o interesse social vem a ser o *interesse comum, não apenas aos sócios mas também a outros sujeitos*, nomeadamente os trabalhadores (empregados da sociedade), os credores sociais e até a colectividade nacional”¹⁶⁹.

BRITO CORREIA abraçou a tese contratualista, defendendo que “o art. 64º acentua que o interesse da sociedade é definido tendo em conta os interesses dos sócios; e poderia até ter dito o “interesse comum dos sócios como tais”, para ser mais rigoroso.”¹⁷⁰.

¹⁶⁴ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedade I*, ..., *op. cit.*, 854.

¹⁶⁵ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedade I*, ..., *op. cit.*, 854.

¹⁶⁶ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedade I*, ..., *op. cit.*, 854.

¹⁶⁷ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «*Os deveres fundamentais ...*, *op. cit.*».

¹⁶⁸ Cfr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de ...*, *op. cit.*, 291.

¹⁶⁹ Cfr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de ...*, *op. cit.*, 291.

¹⁷⁰ Cfr. LUÍS BRITO CORREIA, *Os Administradores ...*, *op. cit.*, 602.

Outros Autores há que identificam o interesse da sociedade com o interesse dos sócios, como COUTINHO DE ABREU¹⁷¹ e MENEZES CORDEIRO¹⁷².

Contudo, COUTINHO DE ABREU apresenta alguma relutância quanto à tese contratualista¹⁷³. O Autor é da opinião que houve uma mudança de paradigma após a publicação, em 1986, do Código das Sociedades Comerciais, dizendo que “não se podia continuar tranquilamente a sustentar a concepção contratualista de interesse social como critério de comportamento dos administradores”¹⁷⁴. Admite-se, assim, um institucionalismo, mesmo que moderado, porque o interesse dos trabalhadores, por exemplo, tinha de ser tido em conta. Esta mudança continuou com a publicação do Decreto-Lei 76-A/2006¹⁷⁵.

O interesse social, como interesse comum dos sócios, não é qualquer comunidade de interesses, mas apenas aqueles que se liguem “à *causa comum do acto constituinte* da sociedade – que é, em regra (sabemos já) o *escopo lucrativo* (todo e qualquer sócio pretende lucrar participando na sociedade); qualquer outro interesse colectivo ou comum de que sejam titulares os sócios já não merece tal qualificação”¹⁷⁶.

O interesse social é plúrimo¹⁷⁷, porque existem vários interesses comuns a todos os sócios. No caso do interesse social, poderemos socorrer-nos das palavras de COUTINHO DE ABREU: uma “relação entre uma necessidade – (em regra) a obtenção de lucro por parte de todos e cada um dos sócios – e um ou mais bens determinados (sendo o caso) em cada deliberação (no exemplo de que nos servimos, o lucro pode

¹⁷¹ Cfr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de ...*, op. cit., 293: “O interesse social concebido como interesse comum dos sócios enquanto tais é critério delimitador ou balizador de *situações e comportamentos vários dos sócios* no âmbito societário.”. Mas o Autor alerta para as divergências do interesse dos sócios entendidos singularmente, contudo, não é esse o interesse social. O interesse social “é feito, sim, da comunidade de interesses dos sócios”, IBIDEM, 296.

¹⁷² Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades Comerciais ...*, op. cit., 871: “O papel útil da referência a interesses da sociedade cifra-se, como vimos, em determinar que os administradores, ao agir no âmbito das suas funções, o façam em prol dos sócios: mas em modo coletivo.”.

¹⁷³ Cfr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de ...*, op. cit., 295.

¹⁷⁴ Cfr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de ...*, op. cit., 295.

¹⁷⁵ Cfr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de ...*, op. cit., 295 e 296.

¹⁷⁶ Cfr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de ...*, op. cit., 296.

¹⁷⁷ DIOGO COSTA GONÇALVES encara o interesse social como sendo um “conceito polissémico”. Cfr. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva ...*, op. cit., 878.

ser alcançado, mais ou menos a curto prazo, tanto pelo bem afectação a reservas como pelo bem distribuição)”¹⁷⁸.

Pode, então, nas deliberações sociais haver interesses sociais distintos em confronto, cabendo a escolha à maioria dos votos¹⁷⁹. Não pode, no entanto, haver confusão entre o interesse social e o interesse da maioria dos sócios. São duas definições absolutamente distintas. É à maioria dos sócios que cabe a escolha, mas sempre de entre interesses comuns a todos os sócios¹⁸⁰.

Os administradores não estão, portanto, ao serviço de qualquer interesse, mas só, objetivamente, dos “interesses que os sócios sujeitaram à específica forma da estruturação coletiva”¹⁸¹.

DIOGO COSTA GONÇALVES atribui à objetivação do interesse social três dimensões: (1) “é a partir da própria *dimensão material* da administração que se recorta o interesse da sociedade”¹⁸²; (2) “é tendencialmente a administração que concretiza o interesse social”¹⁸³; (3) “o interesse social implica a conservação da própria estrutura jurídica de propriedade, facultada pela personificação”¹⁸⁴.

O administrador deve, assim, lealdade aos sócios, “mas na satisfação dos seus interesses objetivados na estrutura jurídica de propriedade facultada pela pessoa coletiva. Fora esta estrutura, ou para além dessa estrutura, não cabe aplicação dos deveres de lealdade do art. 64.^o”¹⁸⁵.

¹⁷⁸ Cfr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de ...*, *op. cit.*, 297.

¹⁷⁹ Mesmo quando há interesses conflitantes, o interesse social será sempre o interesse de todos os sócios, incluindo os que possam ter um interesse diverso. Esta ideia foi já aflorada por JAEGER: “*L’interesse sociale (...) non può essere altro che l’interesse di tutti i membri del gruppo sociale (compresi, è inutile dirlo, il socio o i soci cui appartiene l’interesse in conflitto con esso)*”, Cfr. PIER GIUSTO JAEGER, *L’interesse sociale*, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1972, 212.

¹⁸⁰ Cfr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de ...*, *op. cit.*, 298.

¹⁸¹ DIOGO COSTA GONÇALVES encara o interesse social como sendo um “conceito polissémico”. Cfr. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva ...*, *op. cit.*, 879.

¹⁸² O Autor entende que a lealdade devida à sociedade é, em bom rigor, devida aos sócios enquanto tal, já que não se pode ser leal a alguma coisa, mas só a alguém. Esta lealdade é, contudo, circunscrita à estrutura social. DIOGO COSTA GONÇALVES encara o interesse social como sendo um “conceito polissémico”, Cfr. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva ...*, *op. cit.*, 879.

¹⁸³ Os administradores atuam em posição alheia, e essa atuação é reconduzida à prossecução de um interesse. É, por isso, importante ponderar os interesses a prosseguir, DIOGO COSTA GONÇALVES encara o interesse social como sendo um “conceito polissémico”. Cfr. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva ...*, *op. cit.*, 879.

¹⁸⁴ Cfr. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva ...*, *op. cit.*, 879.

¹⁸⁵ Cfr. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva ...*, *op. cit.*, 881.

Esta lealdade aos sócios, entenda-se, é a lealdade à sociedade. Os administradores devem lealdade à sociedade, todavia, em função da “personificação e da recondução do dever de administrar à dogmática da personalidade coletiva”¹⁸⁶, a lealdade devida à sociedade, é devida aos sócios porque é com estes que se estabelece a relação de confiança¹⁸⁷.

Quanto ao interesse dos sócios, BRITO CORREIA¹⁸⁸ e RAÚL VENTURA¹⁸⁹ entendem que este é a concretização do próprio interesse social, o que no fundo é voltar à ideia de que o interesse social é o interesse comum dos sócios.

Esta posição foi fortemente criticada porque levaria a uma redundância. Tal facto leva CAETANO NUNES¹⁹⁰ a defender que o interesse dos sócios só pode identificar-se com o interesse individual de cada sócio, que não se identifica com o interesse da sociedade, caso contrário, haveria uma repetição do interesse social.

No que concerne ao interesse dos trabalhadores, BRITO CORREIA entendia que “a lei pretendeu dar relevo aos interesses destes no próprio momento em que se define a orientação a seguir pela sociedade.”¹⁹¹. Este entendimento também não foi pacificamente aceite. RAÚL VENTURA¹⁹² defende que há uma proteção externa à sociedade dos interesses dos trabalhadores, pelo que o “interesse dos trabalhadores” aqui a florado é estéril.

CARNEIRO DA FRADA subscreve a posição que o artigo 64.º pode ser, se bem com alguma dificuldade de concretização, uma norma de proteção dos trabalhadores, cuja violação pode dar origem à responsabilidade civil nos termos do artigo 483.º, n.º 1, do Código Civil¹⁹³.

Quanto ao interesse dos trabalhadores, COUTINHO DE ABREU afirma que o mesmo se refere à conservação dos postos de trabalho, a remunerações e condições de trabalho adequadas, e a gratificações no final do ano¹⁹⁴. Contudo, refere, ainda,

¹⁸⁶ Cfr. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva ...*, op. cit., 891.

¹⁸⁷ Cfr. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva ...*, op. cit., 891 e 892.

¹⁸⁸ Cfr. LUÍS BRITO CORREIA, *Os Administradores ...*, op. cit., 602.

¹⁸⁹ Cfr. RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas ...*, op. cit., 151.

¹⁹⁰ Cfr. PEDRO CAETANO NUNES, *Responsabilidade Civil dos Administradores perante os Accionistas*, Coimbra, Almedina, 2001, 85.

¹⁹¹ Cfr. LUÍS BRITO CORREIA, *Os Administradores ...*, op. cit., 602.

¹⁹² Cfr. RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas ...*, op. cit., 151.

¹⁹³ Cfr. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *«A business judgment ...*, op. cit., 224.

¹⁹⁴ Cfr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito ...*, op. cit., 303.

que esta é “uma norma de *conteúdo positivo quase nulo*”¹⁹⁵, dado que no nosso sistema jurídico não existe relevância da participação dos trabalhadores na gestão social.

COUTINHO DE ABREU acaba por inferir que “na determinação do interesse social a prosseguir, devem os administradores atender aos interesses dos sócios e ainda ponderar os interesses de outros sujeitos”¹⁹⁶, porém não conclui que a norma do artigo 64.º, n.º 1, b) seja uma norma de proteção dos trabalhadores¹⁹⁷, já que os deveres de lealdade, e também os deveres de cuidado, operam para com a sociedade, e não para com os trabalhadores, credores ou clientes¹⁹⁸. O institucionalismo que se encontra perspetivado no artigo 64.º, é “um *institucionalismo moderado e inconsequente*”¹⁹⁹, dado que não há sanção prevista para quando a atuação dos administradores não leva em conta o interesse dos não sócios²⁰⁰.

Neste ponto, CARNEIRO DA FRADA preconiza que o dever do administrador é “maximizar a realização do interesse social”²⁰¹, tendo obrigação de, nessa atividade, ponderar outros interesses, podendo, inclusivamente ser responsabilizado, nos termos dos artigos 78.º²⁰² e 79.º, se não o fizer. Trata-se, neste ponto, de interesses de terceiros que são atendíveis, e não terceiros a quem é devida lealdade, que é devida à sociedade, pelo que, quando ponderados, mesmo com sacrifício dos interesses dos terceiros, a lealdade à sociedade deve sempre prevalecer²⁰³.

Acreditamos ser esta a posição preferível. Não se partilha a posição de COUTINHO DE ABREU de que não há praticamente sanção para quando o administrador não toma em conta o interesse de terceiros. As sanções existem e estão previstas nos

¹⁹⁵ Cfr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito ...*, *op. cit.*, 304.

¹⁹⁶ Cfr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito ...*, *op. cit.*, 306.

¹⁹⁷ Será, no entanto, uma norma de proteção da sociedade, Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, «*Responsabilidade dos ...*», *op. cit.*, 19 e ss.

¹⁹⁸ Cfr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito ...*, *op. cit.*, 308 e 309.

¹⁹⁹ Cfr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito ...*, *op. cit.*, 309 e 310.

²⁰⁰ Cfr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito ...*, *op. cit.*, 310.

²⁰¹ Cfr. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, «*A business judgment ...*», *op. cit.*, 222.

²⁰² Por exemplo, “se a conduta culposa do administrador tiver conduzido a um estado de insuficiência do património social, haverá responsabilidade para com a sociedade se ela for integrada por actos que violem os deveres legais ou estatutários, mas não haverá responsabilidade para com os credores sociais, se esses actos, preterindo embora deveres legais ou estatutários, não preterirem aqueles preceitos – legais ou estatutários – especificamente destinados à protecção daqueles [credores sociais]”, referido no Ac. TRL, de 13-01-2011, proferido no processo 26108/09.9T2SNT-A.L1-2, Relator Ezagüy Martins, consultado em www.dgsi.pt.

²⁰³ Cfr. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, «*A business judgment ...*», *op. cit.*, 222.

artigos 78.º e 79.º. Porventura, não existe uma suficiente sindicabilidade das opções tomadas pelo administrador em desrespeito pelos interesses desses terceiros (trabalhadores, clientes e credores). No entanto, não pode haver uma absolutização do interesse porque, caso este devesse imperar sempre, o dispositivo legal não previa outros interesses.

Segundo o CARNEIRO DA FRADA, “se a lei consente ao administrador atender e ponderar outros interesses para além do interesse da sociedade, tal significa necessariamente que uma gestão que não tenha orientado estritamente para a maximização do lucro gerado pela empresa não conduz necessariamente a responsabilidade”²⁰⁴. Existe, assim, uma especial atenção à responsabilidade social da atividade societária²⁰⁵.

Resumindo, os interesses, que não o interesse social, devem ser atendidos, na medida em que funcionam como um limite externo da atuação da administração. Sempre que existam várias alternativas para se atingir o interesse social, deve atender-se aos restantes interesses conflitantes. Porém, existindo uma única alternativa para a consecução do interesse social, deve este, e apenas este, ser tomado em conta.

7.6 O dever de cuidado

A nova redação dada ao art.º 64.º, no DL n.º 76-A, de 29 de março, veio trazer um novo nível do dever de cuidado, tendo este ido buscar inspiração ao direito da *Common Law*. Pode considerar-se que é o Estado de Delaware, nos Estados Unidos da América, que “tem as normas jurídicas mais significativas quanto ao âmbito de aplicação subjectivo e objectivo, no ramo do direito das sociedades norte-americano”²⁰⁶.

Na doutrina e jurisprudência do estado de Delaware o dever de cuidado está diretamente relacionado com a *business judgement rule*.

²⁰⁴ Cfr. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, «*A business judgment ...*, op. cit., 223.

²⁰⁵ Cfr. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, «*A business judgment ...*, op. cit., 223.

²⁰⁶ Cfr. FÁTIMA GOMES, «*Reflexões em torno ...*, op. cit., 554.

Numa primeira abordagem, o dever de cuidado corresponde à necessidade de se guiar por padrões mínimos de atenção e prudência²⁰⁷, como critérios decisores, e da adequação das decisões dos membros dos órgãos de administração, através do exercício das suas funções, pautados por elevados padrões de competência²⁰⁸. De acordo com os tribunais de Delaware, o apuramento da conformidade do comportamento é feito em face da negligência grosseira e não da negligência ordinária²⁰⁹.

DIOGO COSTA GONÇALVES considera que não há uma verdadeira inovação normativa, “o intérprete-aplicador tem diante dos seus olhos a mesma normatividade essencial do já conhecido *dever de diligência dos administradores*”²¹⁰.

Este Autor considera que o preceituado no artigo 64.º, n.º1, al. a), está relacionado com “o elevado padrão de profissionalismo exigido aos administradores”²¹¹. Trata-se de um preceito que está dirigido aos administradores profissionais, em que há uma completa dissociação da administração da detenção do capital. Por esse motivo, se lhes exige, a título exemplificativo, “(...) cuidado, *disponibilidade, competência técnica e conhecimento da atividade da sociedade.*”²¹².

O dever de cuidado é, portanto, “a dimensão qualitativa²¹³ da obrigação de administrar”²¹⁴, sendo que os administradores “estão obrigados a um dever de boa administração ou de boa gestão”²¹⁵.

²⁰⁷ O Ac. STJ, de 01-04-2014, proferido no âmbito do processo 8717/06.0TBVFR.P1.S1, Relator Fonseca Ramos, define o dever de cuidado como um verdadeiro poder-dever “dos gerentes ou administradores baseados numa relação de confiança (fidúcia) que se estabelece entre a sociedade e quem a gere”. Este dever está “ínsito na actuação do “gestor criterioso e ordenado” e no grau de diligência que esse *standard postula*”.

²⁰⁸ Cfr. JEFFREY HASS, «*Directorial Fiduciary duties in a tracking stock equity structure: a need for a duty of fairness*», in Michigan Law Review, vol. 94 (1995-1996), 2144, referido por FÁTIMA GOMES, «*Reflexões em torno ...*, op. cit., 554 e 555, nota 9.

²⁰⁹ Cfr. FÁTIMA GOMES, «*Reflexões em torno ...*, op. cit., 555.

²¹⁰ Cfr. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva ...*, op. cit., 857.

²¹¹ Cfr. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva ...*, op. cit., 857.

²¹² Cfr. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva ...*, op. cit., 857.

²¹³ Vide Ac. STJ, de 27-03-2014, processo 9836/09.6TBMAI.P1.S1, Relator Fernando Bento, consultado em www.dgsi.pt, que sobre o dever de cuidado determina que “o dever de cuidado que os administradores das sociedades devem observar pressupõe o controle organizativo-funcional da sociedade e este, por sua vez, o conhecimento da organização da sociedade e da repartição interna de competências entre os respectivos órgãos bem como dos respectivos limites legais de actuação e o dever de actuação procedimentalmente correcto implica a obrigação de preparar adequadamente as decisões, nomeadamente recolhendo e tratando a informação disponível sobre o assunto”.

²¹⁴ Cfr. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva ...*, op. cit., 858.

²¹⁵ Cfr. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva ...*, op. cit., 858.

Quanto à avaliação de administrar de um modo cuidado, essa ponderação terá de ser feita caso a caso, mas é certo que a norma em questão permitiu a juridificação do *corporate governance*²¹⁶ no nosso ordenamento jurídico.

CARNEIRO DA FRADA, por sua vez, considera que os deveres dos administradores consubstanciam-se no dever de administrar. Assim, “o cuidado é, ordinariamente, apenas um modo-de-conduta”²¹⁷, mas não a própria conduta em si, porque essa é administrar.

Nas palavras deste Autor, mais do que um dever de cuidado, o administrador tem “um dever de *cuidar* da sociedade”²¹⁸, porque há uma diferença significativa entre a “mera *duty of care* e a autêntica *duty to take care*”.

Estamos, assim, perante uma obrigação de agir de acordo com as boas práticas de administração, com disponibilidade, competência técnica e conhecimento da atividade da sociedade, de forma adequada às funções de administrar²¹⁹. São verdadeiramente comportamentos exigíveis ao administrador e não “deveres de cuidado de direcção meramente negativa”²²⁰.

O dever de cuidado encontra-se subdividido em quatro outros deveres: (1) o dever de vigilância; (2) o dever de investigar; (3) o dever de, na tomada da decisão, comportar-se de forma razoável e se informar para que as decisões sejam tomadas conscienciosamente; (4) o dever de tomar e executar decisões razoáveis, equitativas e ponderadas²²¹.

Nestes deveres de cuidado deve o administrador empregar a diligência de um gestor criterioso e ordenado.

Agir de acordo com a bitola do gestor criterioso e ordenado não pode reconduzir-se simplesmente à atuação de acordo com o padrão do “bom pai de família”. Trata-se, aqui, de agir com responsabilidade, com o conhecimento adequado às funções desempenhadas e à atividade desenvolvida pela empresa, de

²¹⁶ Cfr. DIOGO COSTA GONÇALVES, *Pessoa Coletiva ...*, op. cit., 859.

²¹⁷ Cfr. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, «*A business judgment rule ...*», op. cit., 213.

²¹⁸ Cfr. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, «*A business judgment rule ...*», op. cit., 214.

²¹⁹ Cfr. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, «*A business judgment rule ...*», op. cit., 214.

²²⁰ Cfr. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, «*A business judgment rule ...*», op. cit., 214.

²²¹ VÂNIA PATRÍCIA FILIPE MAGALHÃES, «*A conduta dos administradores ...*», op. cit., 390.

forma atenta, ponderada e razoável. Trata-se de uma atuação mediante o dever de cuidado.

Na verdade, tendo este preceito legal sido inspirado na lei alemã, apesar da origem anglo-saxônica dos *duty of care*, na versão original, o *Aktiengesetz* de 1967, § 93, cuja epígrafe é “*Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder*”²²², dispunha que “(1) *Die Vorstandsmitglieder haben bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden*”²²³. Ora, o § 93 trata do dever de cuidado e da responsabilidade dos membros do conselho de administração²²⁴.

Aquando da transposição desta norma para o nosso ordenamento, a expressão *Sorgfalt* foi traduzida para diligência, e não para cuidado. A interpretação da norma do artigo 64.º, n.º1, a), pressupõe uma redundância, já que diligência e cuidado podem ter o mesmo significado. No que concerne a criterioso e ordenado, são duas qualidades objetivas, que integram o conceito de cuidado.

Coutinho de Abreu considera que as manifestações do dever de cuidado contidas na alínea a) do n.º 1 do artigo 64.º são imperfeitas, “quer porque existem outras manifestações, tão ou mais importantes do que as mencionadas, quer porque a norma, após algumas precisões, acaba por remeter para a “diligência de um gestor criterioso e ordenado”, que é formulação das mais genéricas do dever de cuidado e abrangente daquelas precisões”²²⁵.

Coutinho de Abreu dá, por isso, preferência à designação norte-americana, que compreende (1) o dever de controlo ou vigilância organizativo-funcional, (2) o dever de atuação procedimentalmente correta na tomada de decisões e (3) o dever de tomar decisões substancialmente razoáveis^{226 227}.

²²² “Dever de cuidado e responsabilidade dos membros do conselho”, tradução nossa. Consultado em <https://dejure.org/gesetze/AktG/93.html>.

²²³ “(1) Os membros do conselho têm de aplicar na sua gestão o cuidado de um gestor prudente e consciencioso.”, tradução nossa.

²²⁴ Cfr. VÂNIA PATRÍCIA FILIPE MAGALHÃES, «A conduta dos administradores ...», *op. cit.*, 391.

²²⁵ Cfr. J. M. COUTINHO DE ABREU, «*Responsabilidade civil ...*», *op. cit.*, 133.

²²⁶ Cfr. J. M. COUTINHO DE ABREU, «*Responsabilidade civil ...*», *op. cit.*, 133 e 134.

²²⁷ Para este Autor, o dever de controlo corresponde à “*atenção à evolução económico-financeira da sociedade e ao desempenho de quem gere*”, o dever de atuação procedimentalmente correta manifesta-se na preparação adequada das decisões, e o dever de tomar decisões substancialmente

Torna-se relevante a competência técnica, devendo o administrador possuir os conhecimentos adequados, sabendo aplicá-los, quando necessário²²⁸.

O artigo 64.º, n.º 1, a), releva, por si só, em sede de licitude/ilicitude e de culpa, sendo ilícitos os factos que desrespeitem os deveres de cuidado, e culposa a falta de diligência²²⁹.

7.7 O dever de diligência do gestor criterioso e ordenado

Atualmente, os deveres dos administradores que visam a proteção da sociedade estão relacionados com a ilicitude, ao passo que “a diligência do gestor criterioso e ordenado deve inserir-se na culpa como sistema de imputação da responsabilidade dos administradores”²³⁰.

A culpa é, assim, reconduzida à censurabilidade, sendo a ilicitude relacionada com a desconformidade com o ordenamento²³¹.

O artigo 64.º remete-nos para estes dois conceitos, sendo relevante tanto para aferir da culpa, como da ilicitude. O artigo 72.º, n.º 1, é mais exigente que o artigo 487.º, número 2, do Código Civil, pressupondo o primeiro que o administrador aja com culpa²³² para que surja a obrigação de indemnizar²³³.

A culpa refere-se à violação do dever, “bastando assim a mera previsibilidade e evitabilidade”²³⁴, configurando-se o tipo normativo do artigo 64.º como uma disposição de perigo em abstrato, uma vez que daí não resulta nenhum resultado²³⁵

razoáveis consubstancia-se, nomeadamente, em “(a) não dissipar (ou esbanjar) o património social; (b) evitar riscos desmedidos”, em J. M. COUTINHO DE ABREU, «Responsabilidade civil ...», *op. cit.*, 134 e 135.

²²⁸ Cfr. J. M. COUTINHO DE ABREU, «Responsabilidade civil ...», *op. cit.*, 136.

²²⁹ No mesmo sentido, J. M. COUTINHO DE ABREU, «Responsabilidade civil ...», *op. cit.*, 136. O Autor refere, ainda, que é culpa em abstrato.

²³⁰ Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, «Responsabilidade dos administradores ...», *op. cit.*, 40.

²³¹ Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, Teses de Doutoramento, Coimbra, Almedina, 2009, 670.

²³² São duas as modalidades da culpa: o dolo e a negligência, correspondendo o dolo à vontade do agente praticar o facto e a negligência à falta de diligência do agente, Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de Protecção ...*, *op. cit.*, 670.

²³³ Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, «Responsabilidade dos administradores ...», *op. cit.*, 41.

²³⁴ Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, «Responsabilidade dos administradores ...», *op. cit.*, 41.

²³⁵ “Em delitos de colocação em perigo abstracto, proibindo certos tipos de comportamento independentemente do resultado, a culpa é de pressupor só relativamente ao comportamento que põe em perigo. O tipo legal não exige mais.”, Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de Protecção ...*, *op. cit.*, 673.

ou perigo de resultado. Tal facto faz com que a culpa se assuma como o cuidado interior, sendo a ilicitude reconduzida para o cuidado exterior^{236 237}.

Não são os critérios de Direito Civil que modelam a culpa do administrador, mas sim os critérios mais rigorosos do artigo 72.º, n.º 1²³⁸. Há, no entanto, uma aproximação ao artigo 483.º, n.º 1, 2.ª parte CC, já que o artigo 72.º, n.º 1, não dispensa a violação culposa dos deveres a que o administrador está adstrito, para a constituição da obrigação de indemnizar a sociedade²³⁹.

Está em causa a bitola do gestor criterioso e ordenado, mais exigente que a do *bonus pater familiae*²⁴⁰ do Direito Civil²⁴¹. Neste sentido, a diligência do gestor criterioso e ordenado, segundo ADELAIDE MENEZES LEITÃO, remete-nos para o cuidado interior do administrador, “correspondendo ao conhecimento e ao evitar da violação do dever de cuidado e de lealdade pela sua parte”²⁴². Em sentido contrário, CARNEIRO DA FRADA entende que a bitola do gestor criterioso e ordenado apenas se aplica aos deveres de cuidado. Não nos parece que assim seja. Concordamos, por isso, com ADELAIDE MENEZES LEITÃO²⁴³. Se assim fosse, a medida da culpa para a apreciação da violação dos deveres de lealdade seria a do *bonus pater familias*, o que tornaria essa avaliação muito vaga e incerta ao nível da censurabilidade, “pelo que o critério legal do gestor criterioso e ordenado deve impor-se igualmente (directa ou indirectamente) em relação aos deveres de lealdade”²⁴⁴.

²³⁶ Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de Protecção ...*, *op. cit.*, 673.

²³⁷ Cabe ao lesado a prova da violação do cuidado externo, ao passo que passou a presumir-se a culpa do cuidado interno quando está em causa uma norma de prevenção do perigo. Oscila-se, assim, entre a prova *prima facie* e a inversão do ónus da prova, Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de Protecção ...*, *op. cit.*, 675.

²³⁸ Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, «*Responsabilidade dos ...*», 2011, 41.

²³⁹ Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, «*Responsabilidade dos administradores ...*», *op. cit.*, 41.

²⁴⁰ Neste sentido, *vide* Ac. STJ, de 05-11-2001, proferido no processo 02B1152, Relator Abel Freire, que postula que o “dever de diligência, a apreciar em cada caso concreto, se situa acima da exigência prevista para o *bonus pater familias*”, consultado em www.dgsi.pt. O Ac. TRL, de 16-06-2011, proferido no processo 6083/09.0TVLSB.L1-6, Relator Fátima Galante, consultado em www.dgsi.pt, refere que a apreciação da responsabilidade do administrador não se faz recorrendo a critérios de culpa em concreto, mas sim perante um padrão objectivo, que não se coaduna com a do “bom pai de família”, mas sim com “um gestor dotado de certas qualidades”. O Ac. TRL, de 06-12-2012, proferido no processo 1394/11.8TYLSB.L1-8, Relator Carla Mendes, rejeita totalmente “o critério da culpa do *bonus pater familiae*”, consultado em www.dgsi.pt.

²⁴¹ Para FÁTIMA GOMES, um gestor criterioso e ordenado reconduz-se ao “modelo de um comerciante experiente e não apenas segundo o padrão geral adoptado pela ordem jurídica do *bonus pater familiae*”, Cfr. FÁTIMA GOMES, «*Reflexões em torno ...*», *op. cit.*, 563.

²⁴² Cfr. FÁTIMA GOMES, «*Reflexões em torno ...*», *op. cit.*, 563.

²⁴³ Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, «*Responsabilidade dos administradores ...*», *op. cit.*, 41 e 42.

²⁴⁴ Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, «*Responsabilidade dos administradores ...*», *op. cit.*, 42.

Concorda-se com a Autora no que toca à simbiose que tem de existir entre o critério do gestor criterioso e ordenado e o artigo 72.º, n.º1, já que “a violação do cuidado exterior indica a violação do cuidado interior”²⁴⁵. Neste sentido, caberá aos administradores o ónus de provar que agiram sem culpa²⁴⁶.

7.8 O dever de legalidade: um “novo” dever não escrito

Neste ponto, debater-nos-emos sobre o estudo feito por CARNEIRO DA FRADA sobre a temática de um pretense dever de legalidade por parte dos administradores.

Não resta dúvida que os administradores têm de agir de acordo com a lei. Não sendo este um dever legalmente consagrado, a par do dever de cuidado e lealdade, é indubitável a sua importância.

CANEIRO DA FRADA refere-se ao “dever de legalidade dos administradores”²⁴⁷.

Este dever de legalidade não é autonomizado. No entanto, não se pode questionar a necessidade dos administradores regerem a sua atuação por normas prescritivas e sujeitarem-se a normas proibitivas²⁴⁸.

Este dever de legalidade pode, também, surgir na medida em que são exigíveis, ou proibidos, aos administradores, certo tipo de comportamentos. Não há, neste ponto, um acentuar de deveres por parte dos administradores. Na verdade, o dever de legalidade dos administradores está presente, não só na legislação comercial, como no Código de Insolvência e da Recuperação de Empresas²⁴⁹.

O Autor defende que o dever de legalidade é um conceito-quadro ou um conceito-resumo²⁵⁰.

As imposições legais feitas aos administradores são variadas e dispersas por legislação diversa, pelo que talvez fizesse sentido existir uma alínea c) no n.º 1 do

²⁴⁵ Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, «Responsabilidade dos administradores ...», *op. cit.*, 42.

²⁴⁶ Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, «Responsabilidade dos administradores ...», *op. cit.*, 43.

²⁴⁷ Cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «O dever de legalidade: um novo (e não escrito?) dever fundamental dos administradores», in *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 4, Vol 8 – Semestral, 2012, Coimbra, Almedina, 64.

²⁴⁸ Cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «O dever de legalidade ...», *op. cit.*, 65.

²⁴⁹ Cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «O dever de legalidade ...», *op. cit.*, 66. CARNEIRO DA FRADA refere o artigo 186.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas.

²⁵⁰ Cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «O dever de legalidade ...», *op. cit.*, 66.

artigo 64.º, subordinada “ao dever de cumprimento de todas as (demais) adstrições que a lei (ou a ordem jurídica) faça impender sobre os administradores”²⁵¹. CARNEIRO DA FRADA enuncia como argumento contrário à tese por si apresentada o facto de se poder dizer que o dever de legalidade está compreendido no dever de cuidado. O Autor rebate este argumento, defendendo que o dever de legalidade não está configurado no mesmo sentido do dever de cuidado, dado que não visa, primeiramente, o interesse da sociedade²⁵².

Há, no entanto, a possibilidade de um outro entendimento do dever de legalidade dos administradores, já que quem age no tráfico jurídico é a sociedade, encontrando-se ela própria submetida a um dever de legalidade²⁵³. Pode colocar-se a questão de saber se os administradores não são titulares um dever derivado, secundário ou acessório, de “promover ou assegurar a observância dos ditames que impendem sobre a sociedade”²⁵⁴.

Será que este dever que recai sobre o administrador de assegurar o cumprimento por parte da sociedade dos deveres a que está adstrita, não estará já compreendido no artigo 64.º, n.º 1, alínea a), na dimensão do gestor criterioso e ordenado, ou mesmo na alínea b)²⁵⁵?

É obrigação do administrador diligenciar no sentido de a sociedade cumprir o dever de legalidade. As imposições legais que sobre a sociedade impendem são um confinamento à discricionariedade e liberdade de atuação do administrador, e nesse sentido, o administrador responde pelo ente coletivo, quando incumprir as normas legais a que está vinculado²⁵⁶.

CARNEIRO DA FRADA dá uma resposta positiva a esta questão: “os administradores responderão, certamente, pela infração, por parte da sociedade, dos deveres legais que sobre ela impendem. E respondem igualmente pelo desrespeito das proibições que impendem sobre a sociedade”²⁵⁷. Como lembra o Autor, não há nenhuma responsabilidade externa do administrador, a

²⁵¹ Cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «*O dever de legalidade ...*, op. cit., 68.

²⁵² Cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «*O dever de legalidade ...*, op. cit., 68.

²⁵³ Cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «*O dever de legalidade ...*, op. cit., 68.

²⁵⁴ Cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «*O dever de legalidade ...*, op. cit., 68.

²⁵⁵ Cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «*O dever de legalidade ...*, op. cit., 69.

²⁵⁶ Cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «*O dever de legalidade ...*, op. cit., 69.

²⁵⁷ Cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «*O dever de legalidade ...*, op. cit., 69.

responsabilidade é só interna, perante a sociedade, nos termos do artigo 72.º, n.º 1²⁵⁸.

Outra questão levantada por este Autor respeita ao facto de o dever de legalidade dos administradores estar intimamente relacionado com a *compliance*, correspondendo esta “ao conjunto de medidas e disposições que se destinam a assegurar o respeito pelas disposições da ordem jurídica na actividade da empresa, estendendo-se, por conseguinte, a todos os seus órgãos, trabalhadores e colaboradores”²⁵⁹.

CARNEIRO DA FRADA acaba por concluir que o dever de legalidade, no que concerne à *compliance*, é um dever de controlar a legalidade, que se desdobra num dever de organização e supervisão da vida societária²⁶⁰.

O dever de legalidade é transversal à sociedade e a todos os membros do órgão de administração, o que faz com que este dever pertença “ao coração do governo das sociedades”²⁶¹.

Concordamos com o Autor na existência de um dever de legalidade, quer por parte dos administradores, quer por parte da sociedade. É inegável que sobre os membros do órgão de administração impendem normas legais que estes têm de respeitar, e que a sua atuação está sob a égide de um “conjunto das adstrições que têm os administradores como destinatários de tais normas”²⁶².

Parece-nos, contudo, excessivo que insira o dever de legalidade no artigo 64.º, já que o mesmo decorre, mesmo que implicitamente, do seu conteúdo. Entendemos, no entanto, que o dever de legalidade decorre do dever de lealdade, e não do padrão do gestor criterioso e ordenado, dado que este último se deve reconduzir à culpa. Afinal, sendo aos administradores que cabe a representação e gestão da sociedade, age com falta de lealdade aquele que, quando age em nome da

²⁵⁸ Cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «*O dever de legalidade ...*, op. cit., 70. CARNEIRO DA FRADA admite, contudo, que esta é uma regra que pode comportar exceções.

²⁵⁹ Cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «*O dever de legalidade ...*, op. cit., 72.

²⁶⁰ Cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «*O dever de legalidade ...*, op. cit., 73.

²⁶¹ Cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «*O dever de legalidade ...*, op. cit., 73.

²⁶² Cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, «*O dever de legalidade ...*, op. cit., 66.

sociedade, não cumpre as normas legais a que o ente societário está vinculado. Esta situação pode, logicamente, ser comprometedora dos interesses sociais.

8. Concretização dos deveres de cuidado e lealdade dos fiscalizadores

A responsabilidade civil dos membros dos órgãos de fiscalização assenta nos mesmos pressupostos da responsabilidade civil dos administradores. Desta forma, serão responsáveis sempre que se verifique a violação dos deveres que lhes caibam respeitar, de forma culposa ou negligente, e que da sua conduta ilícita e culposa resultem *danos*²⁶³.

Assim, as normas específicas de responsabilidade de membros de órgãos de fiscalização, não afastam a aplicação dos pressupostos da responsabilidade civil, o que nos leva a concluir que “a responsabilidade civil dos fiscalizadores (tal como a dos administradores) apresenta apenas a especificidade resultante dos particulares deveres que sobre eles recaem e que concretizam e delimitam a ilicitude das respectivas condutas”²⁶⁴.

O artigo 64.º autonomiza os deveres de cuidado e lealdade dos administradores, respetivamente, nas alíneas a) e b) do n.º 1.

Quanto aos deveres de cuidado e lealdade previstos para os membros dos órgãos de fiscalização, o n.º 3 do artigo 64.º dispõe que “os titulares de órgãos sociais com funções de fiscalização devem observar deveres de cuidado, empregando para o efeito elevados padrões de diligência profissional e deveres de lealdade, no interesse da sociedade”. Apesar de parecerem iguais, estes deveres são distintos.

Há uma subalternização entre o dever de lealdade dos fiscalizadores em relação ao dever de cuidado²⁶⁵, ao contrário do dever de lealdade que é exigido aos administradores, autónomo e com a mesma dignidade do dever de cuidado.

²⁶³ Cfr. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «*Estruturas de fiscalização ...*, *op. cit.*, 815.

²⁶⁴ Cfr. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «*Estruturas de fiscalização ...*, *op. cit.*, 816.

²⁶⁵ Neste sentido, *vide* GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “(...) para os membros dos órgãos de fiscalização, os deveres de lealdade aparecem subalternizados em relação aos deveres de cuidado, constituindo aqueles, segundo a fórmula legal, um simples meio de cumprimento destes últimos.”, Cfr. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «*Estruturas de fiscalização ...*, *op. cit.*, 816.

O dever de lealdade aparece como um meio para a realização do dever de cuidado, no caso dos fiscalizadores.

Na base da relação do administrador com a sociedade tem de estar a fidúcia²⁶⁶, pelo que o dever de lealdade do administrador para com a sociedade é um dos pilares em que assenta essa relação. Não se compreende a razão da configuração da relação dos fiscalizadores ser diferente. Aliás, o dever de lealdade para os administradores é um verdadeiro padrão de comportamento e aparece configurado como uma imposição ética, a dirimir o interesse social e os riscos necessários à atividade de administrar²⁶⁷.

Neste sentido, o alcance dos deveres de cuidado e lealdade surge na avaliação das funções dos membros dos diferentes órgãos de fiscalização: do conselho fiscal, da comissão de auditoria, do conselho geral e de supervisão e do ROC.

A ilicitude da conduta dos membros dos órgãos de fiscalização deverá ser aferida pela atuação desrespeitosa dos deveres de cuidado, “nomeadamente pela inobservância de um padrão de diligência aferido pelo cumprimento dos especiais deveres e funções consagrados para cada um dos órgãos de fiscalização ou pelo exercício da fiscalização com outro sentido que não o de servir o interesse social”²⁶⁸.

Quanto ao dever de lealdade, importa realçar o facto de que este deve ter uma configuração diferente para os membros dos órgãos de fiscalização, daquela que tem para os membros do órgão de administração. Os membros dos órgãos de fiscalização parecem estar só adstritos aos deveres de lealdade para com a sociedade, não tendo de atender aos demais interesses compreendidos no artigo 64.º, n.º 1, alínea b).

FÁTIMA GOMES considera que compreende a intenção do legislador, “coerente com as atribuições e competências dos órgãos de fiscalização”²⁶⁹, mas não está certa “que estes sujeitos não devam também ponderar interesses dos sócios, de trabalhadores, de credores, o que poderá fazer sentido quando emitem pareceres sobre determinadas operações sociais”.

²⁶⁶ “Fiduciary duty”.

²⁶⁷ Cfr. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «Estruturas de fiscalização ...», *op. cit.*, 817.

²⁶⁸ Cfr. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «Estruturas de fiscalização ...», *op. cit.*, 818.

²⁶⁹ Cfr. FÁTIMA GOMES, «Reflexões em torno ...», *op. cit.*, 569.

Não podemos deixar de concordar com a Autora. Aliás, a letra da lei, não o prevendo expressamente, não o proíbe. Com efeito, a redação de que “os titulares de órgãos sociais com funções de fiscalização devem observar (...) deveres de lealdade, no interesse da sociedade”, não impede que o interesse da sociedade não esteja ligado à ponderação dos “interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade”. Se os membros dos órgãos de fiscalização devem atender aos interesses da sociedade na sua atuação, o interesse social pode sopesar interesses de terceiros.

Desta forma, o interesse social permite que os titulares dos órgãos sociais com funções de fiscalização tenham em conta o interesse de terceiros, aquando da emissão de pareceres sobre determinadas matérias, sempre respeitando os limites anteriormente definidos. Assim, quando para a consecução do interesse social se apresentem várias alternativas, os restantes interesses devem ser atendidos. Não será, porém, assim quando, para a concretização do interesse social, exista apenas uma possibilidade.

CAPÍTULO III – A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES E FISCALIZADORES

9. A responsabilidade dos administradores para com a sociedade

A responsabilidade civil²⁷⁰ pode ser tanto aquiliana²⁷¹, como obrigacional²⁷². A responsabilidade aquiliana surge como uma realidade autónoma, valendo por si. Quanto à responsabilidade obrigacional, está em causa o não cumprimento de uma obrigação, independentemente da sua fonte. Isto traduz-se no facto de, inicialmente, existir um dever de prestar que não foi cumprido e, por conseguinte, originou o dever de indemnizar²⁷³.

Na responsabilidade obrigacional está presente a “*faute*”, que abrange tanto a culpa como a ilicitude e deriva da violação de deveres específicos. A responsabilidade civil, como postula MENEZES CORDEIRO, “pode ocorrer por facto ilícito, (...) quando a lei o repercute numa esfera jurídica diversa da que sofra inicialmente o dano e pelo sacrifício ou acto ilícito, ao qual a lei associe o dever de indemnizar”²⁷⁴.

²⁷⁰ RUI ATAÍDE entende a responsabilidade civil como “um complexo articulado de normas e princípios que permite a formação típica de modelos de decisão”, que só ganhou contornos semelhantes aos que hoje conhecemos a partir do século XVIII quando a ideia de liberdade individual “ganhou os favores do pensamento jurídico”. Cfr. RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Coimbra, Almedina, 2015, 61. ALMEIDA COSTA defende que “está subjacente à responsabilidade civil a ideia de reparação patrimonial de um dano privado, pois o dever jurídico infringido foi estabelecido directamente no interesse da pessoa lesada.”, Cfr. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 5.ª Edição, Coimbra, Almedina, 1991, 418.

²⁷¹ A responsabilidade aquiliana não tem intervenção na tutela de posições jurídicas atribuídas ao lesado por um vínculo creditício. A responsabilidade aquiliana regula o ressarcimento dos danos fora do contexto obrigacional. No caso da responsabilidade obrigacional, a situação jurídica a tutelar existe graças à prévia existência de um vínculo jurídico. Cfr. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 2007, 276.

²⁷² MENEZES CORDEIRO entende que a responsabilidade obrigacional deveria respeitar ao Direito das obrigações, ao passo que a responsabilidade aquiliana, em bom rigor, é “um instituo jurídico de ordem geral”, Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações*, Tomo III, Coimbra, Almedina, 2010, 398.

²⁷³ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de ...*, *op. cit.*, 387.

²⁷⁴ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das ...*, *op. cit.*, 272.

A responsabilidade dos administradores é obrigacional²⁷⁵, pela violação das obrigações funcionais que lhe competem, sendo uma variante da responsabilidade civil, pelo que importa ter presente os seus vetores.

Assim sendo, os fins da responsabilidade civil são prevenir futuros danos e retribuir o mal que foi feito. A ilicitude²⁷⁶ está também presente e entende-se como a violação de normas de conduta que sustentam valores indeterminados. A culpa divide-se, aqui, em dolo e negligência. O nexo causal deve ser compreendido como causalidade normativa, ou seja, “vai ser imputado ao facto o dano correspondente à supressão das vantagens asseguradas pela norma jurídica violada pelo facto em causa”²⁷⁷, permitindo, assim, isolar danos que sejam imputáveis. O dano²⁷⁸ equivale à supressão de uma vantagem que é criada pelo Direito. Tudo isto conduz a uma indemnização que visa cobrir o dano.

²⁷⁵ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das ...*, op. cit., 279. O Ac. STJ, de 28-04-2009, proferido no processo 09A0346, Relator Moreira Alves, afirma que a questão da responsabilidade civil dos administradores é do domínio obrigacional, consultado em www.dgsi.pt. Ainda o AC. STJ, de 03-02-2009, proferido no processo 08A3991, Relator Paulo Sá, define como obrigacional a “responsabilidade civil dos gerentes para com a sociedade relativamente a danos causados a esta por factos próprios e violadores de deveres legais e/ou contratuais, prevista no art. 72.º, n.ºs 1 e 2”. Também o Ac. TRP, de 13-05-2008, proferido no processo 0721243, Relator Marques de Castilho, consultado em www.dgsi.pt, classifica como obrigacional a responsabilidade dos administradores quando não estejam em causa direitos dos acionistas. Neste sentido, vide, ainda, o Ac. TRL, de 28-06-2012, processo 2542/07.8TBOER.L1-8, Relator Carla Mendes, consultado em www.dgsi.pt, que determina, para que o administrador incorra em responsabilidade civil, a necessidade do ato por ele cometido ser considerado pelo direito como ilícito, aqui se abrangendo a ilicitude civil obrigacional como a ilicitude delitual.

²⁷⁶ “A ilicitude acarreta um desvalor jurídico em relação à ordem jurídica”, Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de Protecção ...*, op. cit. 648. MENEZES CORDEIRO, no campo da ilicitude, distingue a responsabilidade por violação de um dever subjetivo ou por inobservância de normas de protecção. Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito ...*, 406 e 407.

²⁷⁷ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código ...*, op. cit., 273.

²⁷⁸ “O dano não tem de ser abrangido pela culpa (...) uma vez que ela não pertence à causalidade que provoca a responsabilidade, mas à que preenche a responsabilidade e pressupõe só imputabilidade objectiva.”, Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de Protecção ...*, op. cit. 672.

A responsabilidade dos administradores para com a sociedade é, também, subjetiva dado que se baseia na culpa²⁷⁹, ainda que esta se presume²⁸⁰, constando essa presunção do artigo 72.º, n.º1, presunção essa que pode ser ilidida através dos n.º 2 do mesmo artigo, que reflete a transposição da *business judgment rule*²⁸¹ para o nosso ordenamento jurídico.

Considerando o administrador um devedor da sociedade, cabe-lhe o dever de executar a prestação principal. A prestação principal, neste caso, é administrar de forma diligente, observando os deveres de cuidado e lealdade. Não cumprindo o devedor esta obrigação, frustra com a sua conduta, o valor que o Direito atribuía ao credor, neste caso, a sociedade.

Portanto, o administrador que, no exercício das suas funções, não cumpra os seus deveres e, com isso, ocasione danos, é, civilmente, responsável^{282 283}.

Neste contexto, determina o artigo 72.º, n.º 1, que seja uma responsabilidade individualizada. Os responsáveis são os titulares do órgão de administração e não o

²⁷⁹ Neste sentido, também, o Ac. STJ, de 19-11-1987, proferido no processo 075021, Relator Meneres Pimentel: “a responsabilidade civil dos administradores (e gerentes) face a sociedade baseia-se na culpa - responsabilidade subjectiva -, como se deduz do artigo 17, n. 2, do Decreto-Lei n. 49381, onde se admite que os administradores deixem de responder para com a sociedade se provarem que procederam sem culpa”, e o Ac. TRL, de 02-10-2008, proferido no âmbito do processo 2254/2008-2, Relator Sousa Pinto, considerando que têm de estar preenchidos os requisitos da responsabilidade subjetiva: “facto ilícito, culpabilidade, prejuízo e nexó de causalidade”.

²⁸⁰ Esta presunção de culpa abarca, também, a presunção de ilicitude. A presunção de ilicitude não dispensa o interessado de fazer prova do não cumprimento do dever em causa. Neste sentido, Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das ...*, op. cit., 279.

²⁸¹ “O *business judgement rule* constitui uma específica via de exclusão da culpa.”, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades Comerciais I*, ..., op. cit., 982.

²⁸² “Exclui-se a responsabilidade dos administradores para com a sociedade quando o acto ou omissão assentar em deliberações dos sócios, ainda que anulável (art. 72.º, 4)”, Cfr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU e ELISABETE RAMOS, «Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores», in *Miscelâneas do IDET*, n.º 3 da Coleção, Coimbra, Almedina, 2004,15.

²⁸³ Em referência à responsabilidade dos administradores, o Ac. STJ, de 31-03-2011, proferido no processo 242/09.3YRLSB.S1, Relator Serra Baptista, consultado em www.dgsi.pt refere que “para que o administrador seja civilmente responsável para com a sociedade é necessário que o acto por ele cometido seja considerado pelo direito como ilícito, aqui se abrangendo tanto a ilicitude civil obrigacional, como a ilicitude delitual.”. Quanto à responsabilidade delitual dos administradores, deixamos a breve nota que ocorre, por exemplo, em relação aos acionistas, como refere o Ac., de 29-01-2014, proferido no processo 548/06.3TBARC.P1.S1, Relator Fernandes do Vale, consultado em www.dgsi.pt: “a responsabilidade dos administradores das sociedades anónimas perante os accionistas é necessariamente uma responsabilidade delitual, dada a interposição (da personalidade jurídica) da sociedade”. Tal facto decorre do artigo 79.º, n.º 1, onde se consagra o critério da incidência do dano, “determinando que apenas são imputáveis aos administradores os danos que directamente causarem na esfera jurídica dos accionistas”. A responsabilidade delitual é vista como contendo, simultaneamente, elementos atinentes à culpa e à ilicitude. Vide RUI PAULO COUTINHO DE MASCARENHAS ATAÍDE, *Responsabilidade Civil ...*, op. cit., 45.

próprio órgão. Este aspeto é especialmente relevante nas sociedades que têm administração pluripessoal: é manifesto que o facto de determinada pessoa pertencer ao órgão administrativo não é suficiente para a sua responsabilização.

O artigo 73.º, n.º 1 prevê que a responsabilidade dos administradores seja solidária. Tal não significa que os administradores sejam responsáveis por facto e culpa de outrem. A solidariedade só abrange os sujeitos responsáveis por facto e culpa próprios. É necessário aferir, primeiramente, a responsabilidade de todos os administradores, para que haja responsabilidade solidária²⁸⁴.

Depois de analisada a responsabilidade, cabe analisar a responsabilidade dos administradores em relação à sociedade, tendo em conta que há administradores executivos e não executivos.

9.1 Administradores executivos

O artigo 407.º, n.º 3 prevê a possibilidade de, nas sociedades anónimas com estrutura organizatória clássica, o estatuto social poder autorizar o conselho de administração a delegar em um ou mais administradores ou numa comissão executiva a gestão corrente da sociedade. Assim, sempre que o estatuto autorizar a delegação de poderes, a deliberação do conselho que defina a delegação também “deve fixar os respetivos limites, havendo certas matérias que não podem ser objeto de delegação, casos da aprovação (interna) das contas, prestação de garantias e atos de competência excepcional deste órgão, como são a mudança de sede e o aumento de capital, quando autorizados”²⁸⁵ e, quando se crie uma comissão, deve também ser estabelecida a sua composição e o seu modo de funcionamento²⁸⁶. O estatuto social pode, também, como consta do artigo 408.º, n.º 2, definir que a sociedade fica

²⁸⁴ Neste sentido, *vide* J. M. COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, *Código das ...*, *op. cit.*, 858 e 859.

²⁸⁵ Cfr. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades ...*, *op. cit.*, 706.

²⁸⁶ “Tendo em conta a competência exclusiva do conselho em matéria de gestão (cfr. Art. 373.º, n.º3), não se nos afigura admissível que seja a assembleia geral a designar o administrador delegado e a estabelecer o quadro da delegação de poderes, nem interferir com a atribuição de poderes executivos”, Cfr. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades ...*, *op. cit.*, 707.

“vinculada pelos negócios celebrados por um ou mais administradores-delegados, dentro dos limites da delegação do conselho”²⁸⁷.

A delegação de poderes não exclui a normal competência dos administradores delegantes, nem a sua responsabilidade nos termos da lei.

Ao conselho de administração caberá definir de que forma se operará a delegação, podendo tratar-se de uma distribuição de pelouros, ou de uma delegação mais restritiva, delegando apenas a prática de certos atos em algum ou alguns administradores²⁸⁸.

Neste ponto, é necessário distinguir entre a delegação propriamente dita e a delegação imprópria, já que caberá ao conselho de administração tomar a solução que melhor se molde às situações do caso concreto, podendo optar pelo modelo do encargo especial ou delegação imprópria, ou pela delegação da gestão corrente da sociedade.

9.2 Delegação imprópria

Podemos encontrar a delegação imprópria no artigo 407.º, n.º 1 e n.º 2. Trata-se da atribuição de um encargo especial a algum ou alguns dos administradores, e não de uma verdadeira delegação de poderes. Nas palavras de CALVÃO DA SILVA, “trata-se de mera distribuição interna de tarefas”²⁸⁹, mantendo os administradores que não têm tarefas específicas os mesmos poderes e deveres de gestão da sociedade que aqueles que estão incumbidos de assuntos específicos, assim como a normal responsabilidade dos administradores que não estão encarregados de matérias específicas se mantém. Também o dever de gerir a sociedade colegialmente fica inalterado, sendo a sua responsabilidade sempre solidária (artigo

²⁸⁷ Se os administradores ultrapassarem os limites da delegação, a sociedade fica vinculada na mesma, visto que as limitações constam do estatuto social, pelo que só têm eficácia interna, não externa.

²⁸⁸ JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização ...*, *op. cit.*, 164.

²⁸⁹ Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, «Responsabilidade civil dos administradores de sociedade: os deveres gerais e a *corporate governance*», in ROA, Ano 67 – Volume I, Janeiro 2007, [em linha], [consult. 13 de outubro 2016], disponível em www.oa.pt.

73.º, n.º 1), pelo que só nas relações entre administradores, por causa do direito de regresso²⁹⁰, tem sentido falar na divisão de facto das matérias.

Verifica-se, então, que no caso da atribuição de encargos, não há desresponsabilização dos administradores nas relações externas, mantendo-se o regime de responsabilidade solidária, sendo este regime (artigo 407.º, n.º 2) protetor da sociedade, dos sócios, dos credores e de terceiros²⁹¹.

JOSÉ FERREIRA GOMES aproxima o encargo especial da verdadeira delegação²⁹². Acolhe-se esta posição, na medida em que quanto maior e mais complexa a estrutura societária, maior será o alheamento dos demais administradores não “encarregados”. O conselho de administração, nestas situações, terá um papel quase exclusivo de coordenação e vigilância, não sendo expectável (nem aconselhável) os demais administradores imiscuírem-se “*permanentemente* na prática dos atos subjacentes”²⁹³.

Pode concluir-se, como faz o Autor, que a exigência de autorização estatutária para a delegação prevista no artigo 407.º, n.º 3, enquanto para o n.º 1 desse mesmo artigo não é necessária essa autorização, se prende com a extensão de delegação de poderes²⁹⁴.

9.3 Verdadeira delegação

Podemos encontrar a verdadeira delegação de poderes no artigo 407.º, n.ºs 3, 4 e 8. O conselho de administração só pode delegar a gestão corrente da sociedade em algum ou alguns administradores se o contrato o permitir, “devendo fixar na deliberação os limites da delegação de poderes”²⁹⁵, sendo que as matérias constantes das alíneas a) a d), f), l) e m) do artigo 406.º estão fora desta possibilidade

²⁹⁰ Direito de regresso na medida das respetivas culpas e das consequências que trouxeram: art.º 73.º, n.º 2 do CSC, 497.º, n.º 2 e 516.º do CC.

²⁹¹ “O regime da responsabilidade dos restantes membros do conselho de administração não sofre qualquer alteração quando o conselho de administração encarrega algum dos seus membros de certas matérias de administração”, Cfr. PEDRO MAIA, *Studia Iuridica* 62 – *Função e Funcionamento do Conselho de Administração da Sociedade Anónima*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002, 235.

²⁹² Cfr. JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização ...*, *op. cit.*, 166 e ss.

²⁹³ Cfr. JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização ...*, *op. cit.*, 168.

²⁹⁴ Cfr. JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização ...*, *op. cit.*, 171.

²⁹⁵ Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, «*Responsabilidade Civil ...*», *op. cit.*.

de delegação. A delegação não exclui a possibilidade de o conselho deliberar sobre as matérias delegadas, conforme o disposto no n.º 8, 1ª parte do artigo 407.º. Aliás, como afirma CALVÃO DA SILVA, o conselho de administração tem mesmo a obrigação de intervir quando tenha “conhecimento de atos ou omissões prejudiciais ou do propósito de administrador delegado/comissão executiva os praticar”²⁹⁶.

Existem algumas diferenças entre a delegação e a delegação imprópria. A verdadeira delegação tem sempre uma autorização do estatuto da sociedade, enquanto a entrega de matérias “não tem de estar prevista nos estatutos”²⁹⁷, apenas não pode estar expressamente proibido no contrato de sociedade, como decorre do n.º 1 do artigo 407.º. Os administradores delegados “têm poderes de *representação* da sociedade quando o estatuto social o preveja (art.º 408.º, 2)”²⁹⁸, enquanto que os administradores encarregados de alguma matéria em especial, não podem ver esses poderes reconhecidos nos estatutos. Na delegação imprópria, o administrador é encarregado de certas matérias, na verdadeira delegação “ao(s) administrador(es) delegado(s) ou à comissão executiva é atribuída a “gestão corrente” da sociedade”²⁹⁹³⁰⁰. A delegação imprópria não exclui a normal responsabilidade dos outros administradores, ao passo que na verdadeira delegação os administradores não delegados não têm o dever de participar ativamente na administração da sociedade. Por último, referimos um dos aspetos mais importantes que nos mostram a diferença da delegação e da delegação imprópria. É que no caso da primeira, “os administradores não delegados responderiam, em suma, somente por deficiente ou ausente vigilância da atuação (danosa) dos delegados”³⁰¹, já no caso da segunda, todos os administradores respondem nos termos gerais da lei.

²⁹⁶ Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, «*Responsabilidade Civil ...*, *op. cit.*»

²⁹⁷ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das ...*, *op. cit.*, 1077.

²⁹⁸ Cfr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Governança das ...*, *op. cit.*, 101.

²⁹⁹ Cfr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Governança das ...*, *op. cit.*, 102.

³⁰⁰ Neste sentido, *vide* PEDRO MAIA, *Boletim da Faculdade ...*, *op. cit.*, 249: “Da letra do art. 407.º resulta que o traço diferenciador das duas formas de delegação de poderes consiste no facto de, na primeira, os administradores manterem a sua “competência normal” – assim como o conselho de administração a mantém –, ao passo que, com respeito à outra forma de delegação, se alude unicamente à competência de que o conselho continua a dispor para deliberar sobre os assuntos objecto de delegação”.

³⁰¹ Cfr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Governança das ...*, *op. cit.* 102 e 103.

Importa também saber que os administradores executivos, e só estes, respondem por atos ilícitos, culposos e causadores de danos à sociedade, sendo a responsabilidade solidária e presumindo-se esta responsabilidade igual. Há, porém, que ter em conta o facto que os administradores que não estavam presentes na reunião do conselho, ou que votaram de vencido e lavraram o seu dissenso se isentam da responsabilidade (artigo 72.º, n.º 3 e 4).

Quando a sociedade, em vez de ter administradores delegados, opta por uma comissão executiva, esta deve ter no mínimo dois elementos, conforme o artigo 395.º, n.ºs 3 e 4, *ex vi* artigo 427.º, n.º 2. O agora exposto é confirmado por SOVERAL MARTINS: “poderemos ter delegação de poderes de gestão corrente numa comissão executiva ou em administradores-delegados nos casos em que a sociedade anónima tem simplesmente conselho de administração. Porém, o número de membros do conselho de administração pode, em concreto, afastar a possibilidade de delegar numa comissão executiva”³⁰².

9.4 Administradores não executivos e conselho de administração

Com a possibilidade de delegar a gestão corrente da sociedade em alguns administradores-delegados ou numa comissão executiva, surge a figura do administrador não executivo, devendo o conselho de administração “incluir um equilíbrio entre o número de administradores executivos e não executivos”³⁰³.

Ora, “a delegação implica, ela própria, uma alteração do regime de responsabilidade de cada um dos administradores”³⁰⁴, visto que afasta da gestão corrente da sociedade os administradores não delegados, fazendo com que sobre eles impenda um dever de controlo ou vigilância geral da atuação dos administradores executivos ou da comissão executiva³⁰⁵. Importa esclarecer que o conselho de administração mantém, de acordo com o n.º 8 do artigo 407.º, o poder

³⁰² Cfr. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *Administradores Delegados e Comissões Executivas – Algumas Considerações – N.º 7 da Coleção*, Coimbra, Almedina, 2011, 11.

³⁰³ Cfr. MARÍLIA A. FERREIRA FRIAS, *Corporate Governance ...*, *op. cit.*, 7.

³⁰⁴ Cfr. PEDRO MAIA, *Função e funcionamento ...*, *op. cit.*, 355.

³⁰⁵ Podemos verificar uma grande diferença entre a delegação e a atribuição de encargo especial, já que no primeiro caso, há uma diminuição da responsabilidade dos administradores não executivos, ao passo que no segundo, as responsabilidades mantêm-se inalteradas.

de deliberar sobre as matérias objeto da delegação³⁰⁶, mas deixa de ter esse dever³⁰⁷. Os poderes dos administradores não executivos não sofrem alterações com a delegação, apenas há um aligeiramento das suas responsabilidades, visto que os administradores delegados estão “encarregues” da gestão corrente da sociedade.

Não se pense que o conselho de administração deixa de ter uma participação ativa nas matérias delegadas. Os administradores delegados não são investidos de novos poderes porque, na verdade, já os tinham, enquanto membros do órgão coletivo. Há uma modelação do seu dever de administrar de forma diligente a sociedade, passando a agir como administradores delegados, e não apenas como parte do conselho de administração. Na verdade, a participação do conselho de administração nas matérias delegadas passa a ser subsidiária, tendo o conselho de administração um verdadeiro dever de atuar sempre que os administradores delegados ou a comissão executiva não estejam a atuar de forma suficiente e adequada³⁰⁸. Este dever de atuação traduz-se na obrigação de vigilância, que “por sua vez, decorre da obrigação de administração diligente da sociedade”³⁰⁹.

Os administradores não executivos ficam livres do dever de intervir de forma ativa na gestão corrente da sociedade, deixando de ser responsáveis pelos atos ou omissões dos administradores executivos no exercício das funções delegadas.

Existem situações em que os administradores não delegados podem responder solidariamente por culpa própria, quando incorrem em culpa *in vigilando* da atuação do administrador ou administradores delegados ou da comissão executiva e quando incorrem em culpa *in vigilando* na situação em que são informados por parte do presidente do comissão executiva ou dos administradores delegados de atos ou omissões prejudiciais, ou mesmo não sendo informados, sabem do propósito da sua prática e não tomando as medidas necessárias para

³⁰⁶ Surge uma competência concorrente entre o conselho de administração e os administradores executivos, já que podem, ambos, deliberar sobre as mesmas matérias.

³⁰⁷ Importa referir um aspeto interessante deste n.º 8 do artigo 407.º, que é o fato de nele aparecer disposto que “a delegação prevista nos n.ºs 3 e 4 não exclui a competência do conselho para tomar resoluções sobre os mesmos assuntos”, ou seja, não está disposto que o conselho de administração mantém a sua competência normal, o que abre caminho a que surja, aqui, uma competência concorrente, Cfr. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *Administradores Delegados ...*, op. cit., 14.

³⁰⁸ Cfr. JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização ...*, op. cit., 169.

³⁰⁹ Cfr. JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização ...*, op. cit., 169.

evitar ou atenuar os seus efeitos nefastos, incumprindo, desta forma, o seu dever de impedir a concretização de situações (quer por ações ou omissões) prejudiciais. Apenas nestas situações de violação do seu dever de intervenção e vigilância, é que os administradores não executivos respondem solidariamente por culpa própria.

Fora das referidas situações, cada administrador não executivo responde pelos seus atos ou omissões, não tendo de responder solidariamente por danos causados à sociedade pelos administradores executivos, decorrentes da violação de deveres legais ou contratuais.

Claro que nas matérias que não são objeto de delegação, “o conselho de administração funciona colegialmente na sua plenitude, sem qualquer distinção no estatuto de administradores”³¹⁰, e só a nível interno se analisará as culpas de cada administrador e as consequências que daí possam advir.

Em suma, a delegação não é uma verdadeira retirada de deveres aos administradores, mas apenas uma modelação do seu conteúdo, porquanto o dever de administrar de forma diligente a sociedade passa por uma obrigação específica de vigilância.

10. A responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização para com a sociedade

10.1 A relevância da fiscalização na vida da sociedade

A fiscalização das sociedades tem sido uma área em constante evolução e de crescente importância no seio das sociedades, logo, no Direito Societário.

A reforma do Código das Sociedades operada pelo DL n.º 76-A/2006, de 29 de março, teve como um dos seus objetivos rever o regime de fiscalização das sociedades anónimas, que se encontrava desatualizado e desajustado. Verificava-se, na prática, que o papel do conselho fiscal tinha sido relegado para mero órgão

³¹⁰ Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, «Responsabilidade Civil ..., op. cit..

revisor de contas, tendo o ROC o enfoque principal, mas sendo os restantes membros do conselho fiscal meros espectadores passivos³¹¹.

Por outro lado, o conselho fiscal era muitas vezes acusado de estar capturado pelos acionistas de referência, havendo demasiada aproximação entre fiscalizadores e fiscalizados, não se incentivando uma fiscalização eficaz.

A fiscalização compreende dois sentidos, um estrito e outro amplo, caracterizando-se o estrito pelo poder “de observar, de constatar e de acompanhar”³¹², e o amplo, por abranger, além desses poderes, o poder de direção e o de sanção.

No Direito Privado, a fiscalização transmite a ideia de acompanhar, verificar e observar o estado de certa coisa. É, por isso, uma fiscalização interna³¹³, correspondendo a um direito potestativo.

Nos três tipos de modelos organizativos de sociedades anónimas, os órgãos de fiscalização são: o conselho fiscal (no modelo tradicional), o conselho geral e de supervisão (no modelo dualista) e a comissão de auditoria (no modelo anglo-saxónico). Teoricamente, a fiscalização, no seio das sociedades que optem por qualquer um desses modelos, é feita por esse órgão. A par dos órgãos de fiscalização pode haver administradores não executivos que, tendo um dever geral de fiscalização, nem por isso deixam de ter poderes para “fiscalizar”.

Além disso, a fiscalização pode, em quase todos os tipos, ser feita por um ROC, que é um elemento externo e independente. Há casos em que a fiscalização é feita pelo Ministério Público (artigos 172.º e 173.º), ou pelas entidades reguladoras de determinado sector³¹⁴, como é o caso da Comissão de Valores Mobiliários, do Banco de Portugal, ou do Instituto de Seguros de Portugal.

Em 2011, MENEZES CORDEIRO levantava a questão: “o grande desafio lançado à fiscalização, nas suas diversas manifestações, é o seguinte: como assegurar que ela

³¹¹ No caso do fiscal único, este limitava-se a ser um certificador de contas, esquecendo, enquanto órgão de fiscalização, as suas outras competências e deveres.

³¹² Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades ...*, 2011, 1002.

³¹³ Caso fosse feita por uma entidade externa, isso remeter-nos-ia para o âmbito do Direito Público, e não é o que aqui se trata.

³¹⁴ Trata-se, aqui, de um supervisão, já que tendo em conta que são áreas sensíveis, pelo que só o estado pode assegurar a necessária confiança que o público tem de ter.

seja profunda, de modo a sossegar os mercados e prevenir escândalos tipo ENRON e, ao mesmo tempo, sem sufocar as empresas e a sua capacidade de criação.”³¹⁵.

Por este motivo, é tão importante o papel dos órgãos de fiscalização dentro das sociedades. Este papel tem sido muitas vezes relegado para segundo plano, dando-se todo o destaque à administração, mas é certo que só com a efetiva responsabilização no plano criminal e civil dos membros dos órgãos de fiscalização se vai conseguir prevenir situações semelhantes às que têm vindo a acontecer.

A administração de uma sociedade comporta riscos. Os mercados são incertos, e com o lucro como objetivo, “na ausência de um certo risco, não há ganhos extraordinários”³¹⁶. Será que os fiscalizadores se podem pautar pelos mesmos parâmetros, ou têm de proceder a uma fiscalização mais cautelosa e crítica do trabalho dos administradores?

10.2 Conselho fiscal, conselho geral e de supervisão e comissão de auditoria

O modelo monista pode ser dividido em monista simples, e monista reforçado. No primeiro caso, o conselho fiscal integra obrigatoriamente um ROC (ou nas situações em que é permitido, um fiscal único, sendo que este terá obrigatoriamente de ser um ROC): no segundo caso, o ROC é um elemento externo ao conselho fiscal.

Quanto ao modelo dualista, os órgãos responsáveis pela fiscalização são o conselho geral e de supervisão e o ROC. Ao conselho geral e de supervisão cabem as funções de fiscalização do conselho de administração executivo e do ROC (artigo 441.º, n.º 1, als. d), n) e o)).

O artigo 444.º abre a possibilidade de se criarem comissões no seio do conselho geral e de supervisão, sempre que seja conveniente. Existe a obrigatoriedade de criação de uma comissão para as matérias financeiras, sempre

³¹⁵ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades Comerciais I, ..., op. cit.*, 1014.

³¹⁶ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades Comerciais I, ..., op. cit.*, 1014.

que a sociedade seja emitente de valores mobiliários em mercado regulamentado, ou cumpra os critérios previstos na alínea a) do n.º 2, do artigo 413.º.

A comissão para os assuntos financeiros dedica-se, especificamente, à realização das atividades compreendidas entre a alínea f) e a alínea o) do artigo 441.º. A ela se aplica a disposição do artigo 414.º-A, n.º 1, alínea f), e deve incluir, pelo menos, um membro independente, com curso superior adequado ao exercício das funções e conhecimentos em auditoria ou contabilidade, tudo nos termos do artigo 414.º, n.º 5. No caso de a sociedade ser emitente de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado, a maioria dos membros da comissão deve ser independente, conforme dispõe o artigo 444.º, n.º 6.

A comissão para os assuntos financeiros é de carácter obrigatório, quando as sociedades tenham as características anteriormente enunciadas, e tem poderes próprios³¹⁷. O conselho geral e de supervisão não a pode suprimir nem arrogar-se dos seus poderes.

Pela forma como está configurada, trata-se de mais um órgão societário, mas o legislador não o consagrou como tal. Assim, ficou a “meio caminho”³¹⁸. Levanta-se a dúvida da responsabilização dos seus membros visto que poderemos estar perante uma delegação de poderes dentro de um órgão de fiscalização.

MENEZES CORDEIRO conclui que a comissão para as matérias financeiras está para o conselho geral e de supervisão como a comissão de auditoria está para o conselho de administração³¹⁹. A comissão de auditoria é um órgão obrigatório que integra o conselho de administração nas sociedades anónimas de modelo anglo-saxónico. Os seus membros continuam a ser administradores, mas é-lhes vedado o exercício de funções executivas, sendo, portanto, administradores não executivos e titulares do órgão de fiscalização simultaneamente. No modelo dualista, em certas situações, é obrigatória a criação de uma comissão para as matérias financeiras, que integra o conselho geral e de supervisão. Os membros dessa comissão têm poderes próprios, e também a sua responsabilidade será diferenciada.

³¹⁷ Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das ...*, op. cit., 1139.

³¹⁸ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das ...*, op. cit., 1139.

³¹⁹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das ...*, op. cit., 1139.

O artigo 444.º determina que a comissão para as matérias financeiras se dedique especificamente aos assuntos previstos nas alíneas f) a o) do artigo 441.º. Esta comissão não se dedica a mais nenhum dos assuntos previstos no artigo 441.º, que estão incumbidos, exclusivamente, aos restantes membros do conselho geral e de supervisão. Por outro lado, os membros do conselho geral e de supervisão também não estão incumbidos dos assuntos especificamente atribuídos à comissão para as matérias financeiras.

O artigo 73.º, aplicável *ex vi* n.º 1 do artigo 81.º, determina que a responsabilidade entre os titulares de órgãos de fiscalização é solidária. Assim, todos os membros do conselho geral e de supervisão são solidariamente responsáveis, incluindo os que compõem a comissão para as matérias financeiras.

Atualmente, os membros do conselho geral e de supervisão que não integrem a comissão para matérias financeiras serão solidariamente responsáveis com estes, pelo exercício de poderes que não lhes pertencem, que são exclusivos dessa comissão. Não se pode falar de uma delegação de poderes, porque os poderes compreendidos nas alíneas f) a o) do artigo 441.º não estão abrangidos pela delegação dos membros do conselho geral e de supervisão. É a própria lei que determina que esses poderes pertencem a uma comissão especialmente criada para os exercer. O conselho geral e de supervisão tem um dever geral de vigilância sobre a atuação dos membros da comissão para as matérias financeiras, apesar de não ter delegado nenhuma das suas competências nesta comissão. Essas competências não são próprias dessa comissão³²⁰.

Ao conselho geral e de supervisão está adstrita uma fiscalização repressiva e retrospectiva de eventos que já ocorreram e que foram postos à sua consideração, mas também uma fiscalização preventiva, de cooperação com o órgão executivo.

No modelo anglo-saxónico, a fiscalização fica a cargo da comissão de auditoria e de um ROC. A comissão de auditoria, que integra o conselho de administração, tem uma vantagem em relação aos demais modelos de governação, pois permite o autocontrolo. Os membros da comissão de auditoria, apesar de não

³²⁰ Tudo, tendo sempre presente que a obrigatoriedade de existência desta comissão se circunscreve à previsão legal do artigo 444.º, n.º 2.

poderem exercer funções executivas, estão a par da gestão feita pelos restantes administradores, dado que têm acesso à informação mais relevante.

Os membros da comissão de auditoria têm de ter “especiais cautelas de isenção e distanciamento”³²¹.

Verifica-se, porém, a possibilidade de haver uma sobreposição das funções do revisor oficial de contas com as da comissão de auditoria, atento ao conteúdo das alíneas c) a f) do n.º 1 do art.º 420.º, aplicável ao revisor oficial de contas, por remissão do art.º 446.º, n.º 3, e das als. c) a f) do art.º 423.º-F, que se refere às competências da comissão de auditoria. Como funções específicas do revisor oficial de contas restam a certificação e revisão de contas.

O mesmo se passa no modelo monista reforçado, em que o revisor oficial de contas exerce funções concorrentes com o conselho fiscal.

10.3 O ROC: a ambiguidade de funções

Em qualquer dos modelos organizativos possíveis para as sociedades anónimas, o revisor oficial de contas é obrigatório. No modelo monista simples, surge como elemento integrante do conselho fiscal; nos restantes, é um elemento exterior.

A pluralidade funcional do revisor oficial de contas determinou que este tivesse atribuições legais distintas, encontrando-se, como já foi referido, adstrito a um regime próprio, previsto no Estatuto da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas. Além do mais, por remissão do n.º 3 do artigo 446.^º³²², ao revisor oficial de contas cabem funções puramente técnicas, de revisão e certificação de contas.

O n.º 3 do artigo 446.º aplica-se ao revisor oficial de contas enquanto órgão externo ao conselho fiscal, à comissão de auditoria ou ao conselho geral e de supervisão. À partida, não se aplicará, portanto, ao revisor oficial de contas que

³²¹ Cfr. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «Estruturas de fiscalização de sociedades e responsabilidade civil», in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Volume I, Congresso Empresas e Sociedades, 2007, Coimbra, Coimbra Editora, 808.

³²² Que remete para as alíneas c), d), e) e f) do n.º 1, do art.º 420.º.

integre a estrutura do conselho fiscal no modelo monista simples. A este último, as funções atribuídas serão sempre compreendidas no seio do conselho fiscal, como manifestações comuns daquele órgão enquanto tal. Contudo, dispõe o n.º 4 do artigo 446.º que “o revisor oficial de contas tem, especialmente e sem prejuízo da atuação dos outros membros, o dever de proceder a todos os exames e verificações necessários à revisão e certificação legais das contas, nos termos previstos em lei especial, e bem assim os outros deveres especiais que esta lei lhe imponha”, portanto, mesmo integrado no seio do conselho fiscal, o revisor oficial de contas tem funções específicas distintas dos demais membros.

Destarte, o n.º 4 do artigo 420.º não é mais do que o enunciado genérico dos poderes do revisor oficial de contas enquanto técnico de revisão e certificação de contas, que, pela sua natureza, englobam, também, as alíneas c), d), e) e f) do n.º 1 do mesmo artigo. Para a concretização das funções específicas do revisor oficial de contas, contidas no n.º 4, é necessário que tenha poderes para concretizar as que vêm estipuladas nas referidas alíneas do n.º 1.

O revisor oficial de contas tem uma “posição bicéfala”³²³ no meio do conselho fiscal, cabendo-lhe tanto funções genéricas de fiscalização, como as específicas à sua qualidade. Portanto, como bem conclui GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “a norma remissiva do art. 446.º, n.º 3 do CSC aplicar-se-á então, por interpretação extensiva, ao revisor oficial de contas membro do conselho fiscal, cabendo-lhe assim igualmente as funções referidas nas als. c) a f) do n.º 1 do art. 420.º”^{324 325}.

Se o papel do revisor oficial de contas for exclusivamente o da certificação e revisão de contas, não restam dúvidas quanto à aplicação do artigo 82.º e do n.º 2 do artigo 64.º. Aliás, a expressão “elevados padrões de diligência profissional” encaixa na perfeição nas funções do revisor oficial de contas e no crivo a que este profissional (ou sociedades de revisores oficiais de contas) está submetido e, para

³²³ Cfr. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «Estruturas de fiscalização ..., op. cit., 812.

³²⁴ Cfr. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «Estruturas de fiscalização ..., op. cit., 812.

³²⁵ Existe um conflito positivo de competências entre o revisor oficial de contas e o conselho fiscal, já que, de acordo com o artigo 420.º-A e 420.º, n.º 1, alínea a), qualquer um dos órgãos deve “apreciar e reagir aos factos que ponham em causa a prossecução do objeto social”, embora o revisor só tenha o dever de reagir, a título individual, “quando os factos sejam reveladores de “graves dificuldades””, Cfr. JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização ..., op. cit., 433.*

além das normas constantes do CSC quanto às suas competências e funções, encontra-se sujeito ao Estatuto da Ordem dos Revisores Oficiais de Contas³²⁶.

Os revisores oficiais de contas ao prestarem serviços às sociedades, incorrem em responsabilidade profissional, sendo obrigacionalmente responsáveis por todas as tarefas que desempenhem³²⁷. No caso de haver incumprimento culposo por parte dos revisores oficiais de contas, respondem pelos danos que causarem nos termos dos artigos 798.º e 799.º CC, sendo essa culpa presumida³²⁸.

O artigo 82.º, n.º 1, remete para o artigo 73.º, pelo que há solidariedade na responsabilidade. *In casu*, terá de se apurar se essa solidariedade é com outros revisores oficiais de contas, como membros do órgão de fiscalização, com membros do conselho de administração, ou com todos³²⁹.

10.4 Qualificação da responsabilidade civil dos membros dos órgãos de fiscalização

Dada a natureza obrigacional do vínculo estabelecido entre a sociedade e os membros dos órgãos de fiscalização, é obrigacional a responsabilidade destes para com a sociedade. É com a violação desse vínculo que se origina a responsabilidade civil dos fiscalizadores para com a sociedade.

A responsabilidade obrigacional é independente da concreta existência ou não de um contrato³³⁰, dado apenas existir a obrigação de celebração de contrato em relação ao ROC, que decorre do seu Estatuto profissional. Assim, a qualidade de membro de órgão de fiscalização pode resultar de um contrato ou não, o que não afasta a responsabilidade obrigacional destes. Também PINTO FURTADO subscreve esta posição: “tradicionalmente, os titulares dos órgãos de fiscalização, quando não

³²⁶ Cfr. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «Estruturas de fiscalização ..., op. cit.», 19 e, da mesma Autora, «Controlo de Contas e Responsabilidade Civil dos ROC», in *Temas Societários*, N.º 2 da Coleção, Série Colóquios do IDET, 2006, Coimbra, Almedina, 182-186.

³²⁷ Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das ..., op. cit.*, 294.

³²⁸ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das ..., op. cit.*, 294.

³²⁹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das ..., op. cit.*, 294.

³³⁰ A tese do contratualismo puro vem sendo criticada, tanto em relação aos membros dos órgãos de fiscalização, como em relação aos administradores. Se é certo que tanto uns como outros podem ser designados no contrato social, também é certo que podem ser eleitos em assembleia geral, nomeados judicialmente ou pelo Estado ou outras entidades públicas, ou mesmo cooptados.

são designados no contrato de sociedade, são em regra eleitos em assembleia geral, e assim continua a ser após a reforma operada pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março”³³¹.

A responsabilidade obrigacional dos membros do órgão de fiscalização resulta, assim, do direito que a sociedade tem a uma determinada atuação: a que o membro do órgão de fiscalização atue em conformidade com o artigo 64.º, n.º 2, no cumprimento das suas funções, e envolve não só as situações em que se viola um contrato, mas também aquelas em que há violação da lei.

Simultaneamente ao que acontece na responsabilidade civil dos administradores, não está dispensada a demonstração da culpa³³² na avaliação da responsabilidade civil dos fiscalizadores. Tal enunciação decorre, desde logo, do estipulado pelo artigo 72.º, n.º 1, aplicável aos titulares dos órgãos de fiscalização *ex vi* artigo 81.º. Não basta, portanto, a demonstração da violação de deveres, caso contrário, a responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização seria objetiva.

Quanto à apreciação da culpa, não havendo disposição concreta para o efeito no CSC, teremos de nos socorrer do artigo 487.º CC. Assim, a apreciação da culpa deverá ser feita por critérios objetivos, nomeadamente, recorrendo ao final do n.º 2 do artigo 487.º, e não só ao do “*homem medianamente diligente e sagaz*”, para preencher o conceito do *bonus pater familias*, mas tem de ser aferida “em função das concretas exigências de rigor e diligência profissionais referidas à actividade de administração e fiscalização”³³³.

10.5 O âmbito de aplicação dos artigos 81.º e 82.º do CSC

A responsabilidade civil dos membros dos órgãos de fiscalização encontra-se prevista nos artigos 81.º e 82.º. O primeiro com a epígrafe “responsabilidade dos

³³¹ J. PINTO FURTADO, «Competência e funcionamento dos órgãos de fiscalização das sociedades comerciais», in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Volume I, Congresso Empresas e Sociedades, 2007, Coimbra, Coimbra Editora, 600.

³³² A culpa será o “juízo de reprovação que a conduta do agente suscita”, Cfr. JORGE F. SINDE MONTEIRO, *Estudos sobre a responsabilidade civil*, II, Coimbra, 1983, 346.

³³³ Cfr. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «Estruturas de fiscalização...», *op. cit.*, 826.

membros de órgãos de fiscalização”, o segundo, “responsabilidade dos revisores oficiais de contas”.

Quanto à responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização, o n.º 1 do artigo 81.º remete-nos para o regime da responsabilidade dos administradores. Por sua vez, o artigo 82.º, n.º 1, dispõe que o ROC responde para com a sociedade e os sócios, nos termos do artigo 73.º, pelos danos que lhe causar com a sua conduta culposa.

Desde logo, surge uma separação entre a responsabilidade civil dos revisores oficiais de contas da dos restantes membros dos órgãos de fiscalização.

No primeiro caso, a responsabilidade é subjetiva, depende da culpa, não sendo esta presumida. No segundo caso, a responsabilidade é, também, subjetiva, mas presumida, o que implica diferenças ao nível do ónus da prova. Assim, o membro do órgão de fiscalização terá de ilidir a presunção de culpa que sobre ele recai. Já quanto ao ROC, será à sociedade que caberá provar que este agiu com culpa.

A relação entre estas duas normas e o seu âmbito de aplicação revela-se “pantanososo”.

Como já dissemos anteriormente, o ROC é um verdadeiro órgão da estrutura societária, um órgão de fiscalização. Além disso, no modelo monista simples, pode haver um fiscal único, que será um ROC, ou um conselho fiscal que contenha um ROC.

No que concerne a esta temática, existe alguma incerteza quanto aos critérios que permitirão distinguir quando o ROC deve responder nos termos do artigo 81.º ou nos termos do artigo 82.º. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS alerta para o facto de que antes da Reforma de 2006 “a relação entre estas duas normas não era, pois, inequívoca, já que o ROC, enquanto membro do conselho fiscal, responde também e enquanto tal nos termos do art. 81.º. O art. 82.º estabelece, contudo, regras especiais e diferentes quanto à responsabilidade do ROC.”³³⁴.

A pedra de toque desta questão reside, precisamente, na atuação do ROC. Assim, quando o ROC aja como tal, ou seja, no exercício das funções que lhe são atribuídas devido à sua qualidade de ROC, isto é, as funções específicas e técnicas de

³³⁴ Cfr. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «Estruturas de fiscalização...», *op. cit.*, 813.

certificação e revisão de contas, aplicar-se-á a norma do artigo 82.º, n.º 1. Já no caso de o ROC estar a agir no âmbito dos poderes que lhe são conferidos pelas als. a) e g) a m) do n.º 1 do artigo 420.º, estará abrangido pelo disposto no artigo 81.º³³⁵.

Verificamos, pois, que, embora a epígrafe dos artigos em causa não seja a mais elucidativa, já que gera alguma confusão quanto à atuação do ROC e à sua categoria no âmbito da organização social³³⁶, a distinção funcional da sua atividade e, portanto, o âmbito de aplicação das duas normas é distinguível.

³³⁵ Neste sentido, *vide* GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «Estruturas de fiscalização...», *op. cit.*, 813 e 814.

³³⁶ No caso das sociedades de modelo monista reforçado, modelo anglo-saxónico e modelo germânico, em que o ROC é um órgão de fiscalização independente, a epígrafe do art.º 81.º poderia levar à conclusão errada de que o ROC não seria um verdadeiro órgão de fiscalização.

11. A *business judgment rule* como fator de não responsabilização de administradores e fiscalizadores

A partir do segundo quartel do século XIX começou a desenvolver-se nos Estados Unidos a *business judgment rule*³³⁷. Esta regra surgiu a propósito das decisões dos administradores violadoras dos deveres de cuidado³³⁸.

De acordo com a *business judgment rule* “não há violação de dever quando o membro da direcção, na base de informação adequada, devesse razoavelmente aceitar que, aquando da decisão empresarial, agia em prol da sociedade”³³⁹, pois “a gestão idónea só gera responsabilidade para com a sociedade quando implique a violação de específicos deveres legais, estatutários ou contratuais”³⁴⁰ ³⁴¹. Conquanto, a *business judgment rule* só pode operar nas relações com a sociedade.

O artigo 72.º, n.º 1, estabelece uma presunção de culpa dos gerentes e administradores, para com a sociedade, “pelos danos a esta causados por actos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais”³⁴². A *business*

³³⁷ (c) *A director or officer who makes a business judgment in good fulfills the duty under the director or officer:*

(1) *is not interested [§1.23] in the subject of the business judgment;*

(2) *is informed with respect to the subject of the business judgment to the extent the director or officer reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and*

(3) *rationally believes that the business judgement is in the best interests of the corporation.* Cit. por JOSÉ VASQUES, *Estruturas e Conflitos de Poderes nas Sociedades Anónimas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, 204.

³³⁸ Cfr. J. M. COUTINHO DE ABREU, «*Responsabilidade civil dos gerentes e ...*», *op. cit.*, 140.

³³⁹ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «*Os deveres fundamentais ...*», *op. cit.*.

³⁴⁰ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Responsabilidade ...*, *op. cit.*, 523.

³⁴¹ Neste sentido vai, também, o Ac. STJ, de 28-02-2013, proferido no processo 189/11.3TBCBR.C1.S1, Relator Granja da Fonseca, consultado em www.dgsi.pt, que estipula que “a responsabilidade civil dos administradores terá que decorrer da preterição de deveres contratuais e/ou legais, tendo que existir sempre uma desconformidade entre a conduta do administrador e aquela que lhe era normativamente exigível”. O acórdão continua dizendo que são várias as estipulações legais, nomeadamente o artigo 64.º, impondo que os administradores atuem de acordo com os parâmetros de um gestor criterioso e ordenado, mas, também, estão os administradores vinculados a outros deveres que impõem obrigações de conduta, como é o caso do dever de cuidado e lealdade. Logo, não bastará ao administrador provar a sua diligência e zelo, sendo indispensável que seja, simultaneamente, informado e competente. Assim, um administrador que tenha feito tudo o que estava ao seu alcance, poderá não afastar a sua responsabilidade, já que se se provar que não tinha as competências ou a disponibilidade necessárias para o exercício do cargo, ou a informação adequada, poderá daí resultar a sua responsabilização.

³⁴² De entre os deveres legais, encontramos os deveres legais específicos, que resultam diretamente da lei, e os deveres legais gerais, que se revelam de forma relativamente indeterminada, muitas das vezes, em cláusulas gerais. O CSC prevê alguns deveres legais específicos, como o dever de não ultrapassar o objeto social (artigo 6.º, n.º 4), o dever de não exercer por conta própria ou de outrem, atividade concorrente à da sociedade, sem autorização prévia (artigos 254.º, 398.º, n.ºs 3 e 5, 428.º), ou o de não executar deliberações nulas do órgão de administração (artigo 412.º, n.º 4, 433.º, n.º1), entre outros. Fora do CSC também encontramos deveres legais específicos, como é o caso do dever

judgement rule, que surge no n.º 2 do mesmo preceito legal, é uma regra que exclui a responsabilidade, mediante a observância de três requisitos. Assim, para que seja ilidida a presunção de culpa, o administrador ou gerente terá de provar que atuou de maneira informada, livre de qualquer interesse pessoal, e de acordo com critérios de racionalidade empresarial.

A *business judgement rule* pode atuar como um guia processual, mas também como uma regra de direito substantivo³⁴³.

Do ponto de vista processual, podemos definir a *business judgement rule* como “uma norma sobre repartição de ónus da prova, que estabelece uma presunção ilidível no sentido de a decisão dos dirigentes se considerar uma decisão esclarecida, de boa fé e tomada na honesta convicção de que prosseguiria o melhor interesse da sociedade”³⁴⁴.

A sociedade demandante terá de provar que os atos ou omissões ilícitos do administrador causaram prejuízos ao património social, para que haja direito a indemnização. Contudo, o administrador não poderá ser responsabilizado se provar que estão preenchidos os requisitos do n.º 2 do artigo 72.º.

Como regra de direito substantivo, atua de forma a proteger os administradores e gerentes na tomada de decisões, exceto se se provar que não agiram ao abrigo do dever de cuidado³⁴⁵.

Por conseguinte, a aplicação *business judgment rule* está excluída no caso da violação de normas legais ou estatutárias, ou quando as decisões sejam contrárias ao dever de lealdade³⁴⁶, cabendo apenas nos espaços em que seja permitido atuar no interesse da sociedade usando de autonomia e discricionariedade³⁴⁷. Pode-se, no

de apresentação à insolvência (artigos 18.º e 19.º CIRE), a título de exemplo. Os deveres legais gerais correspondem aos enunciados no artigo 64.º. Vide J. M. COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. I, Coord. JORGE M. COUTINHO DE ABREU, Coimbra, Almedina, 2010, 840 e ss.

³⁴³ Cfr. FÁTIMA GOMES, «*Reflexões em torno dos deveres fundamentais ...*», *op. cit.*, 556.

³⁴⁴ Cfr. FÁTIMA GOMES, «*Reflexões em torno dos deveres fundamentais ...*», *op. cit.*, 557.

³⁴⁵ Cfr. FÁTIMA GOMES, «*Reflexões em torno dos deveres fundamentais ...*», *op. cit.*, 557. A Autora entende que a atuação segundo deveres de cuidado “se destina a garantir que os dirigentes actuarão segundo um padrão mínimo de actuação e prudência”, vide FÁTIMA GOMES, «*Reflexões em torno dos deveres fundamentais ...*», *op. cit.*, 561.

³⁴⁶ Neste sentido, vide J. M. COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, *Código das Sociedades ...*, *op. cit.*, 846.

³⁴⁷ Cfr. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, «*A business judgment rule ...*», *op. cit.*, 228.

entanto, afirmar que o mérito das decisões pode ser sindicado, tendo como limite os termos do processo decisório e o cumprimento dos limites das alternativas normativamente admissíveis³⁴⁸.

No entanto, coloca-se a questão de saber se a *business judgment rule* é uma regra de conduta ou uma bitola de culpa. Esta temática assume-se relevante para aferir da *business judgment rule* como causa de exclusão da ilicitude ou da culpa.

11.1 A *business judgment rule*: padrão de exclusão de culpa ou de ilicitude?

A doutrina divide-se quanto à *business judgment rule* ser uma causa de exclusão da culpa ou da ilicitude.

Desde logo, há que assinalar uma inversão do *onus probandi* no acolhimento da *business judgment rule* no nosso ordenamento jurídico. No Direito português é sobre os administradores ou gerentes que recai o ónus de provar que a decisão sindicada foi tomada atendendo a critérios de racionalidade empresarial, livre de qualquer interesse, e com base em informação adequada.

O legislador português optou pela formulação de que todas as decisões são sindicáveis, e, portanto, suscetíveis de conduzir à responsabilização do administrador, mas em termos razoáveis, daí ter consagrado a *business judgment rule*. Trata-se, assim, de um espaço de discricionariedade³⁴⁹ dos administradores, em que a sua atuação se encontra livre de sindicância³⁵⁰.

³⁴⁸ Cfr. JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização ...*, op. cit., 913.

³⁴⁹ A propósito da discricionariedade dos administradores, o Ac. TRL. de 11-11-2014, proferido no processo 5314/06.3TVLSB.L1-7, Relator Roque Nogueira, refere-se à “discricionariedade empresarial”, para se referir ao poder que os administradores têm de escolher entre “várias alternativas razoáveis de decisão”.

³⁵⁰ Cfr. JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da administração à fiscalização das sociedades ...*, op. cit., 824.

Autores como CALVÃO DA SILVA³⁵¹, MENEZES CORDEIRO³⁵², JOSÉ VASQUES³⁵³ e ADELAIDE MENEZES LEITÃO³⁵⁴ entendem que estaremos perante uma regra de exclusão da culpa. Trata-se, aqui, de uma regra que não tem por objetivo a delimitação da responsabilidade, “pelo que melhor se insere em sede de causalidade, funcionando de forma paralela à relevância negativa da causa virtual”³⁵⁵. ADELAIDE MENEZES LEITÃO é, assim, da opinião que estamos perante uma regra do sistema de responsabilidade, e não perante uma regra que permita aferir da ilicitude do comportamento dos administradores³⁵⁶.

Já GABRIELA FIGUEIREDO DIAS apresenta a *business judgment rule* como causa de exclusão da ilicitude³⁵⁷. O principal argumento apontado é o facto de a questão da culpa já estar resolvida no n.º 1 do artigo 72.º, “com a presunção de culpa ali estabelecida e o ónus da prova da inexistência de culpa a correr por conta do administrador”³⁵⁸, pelo que o n.º 2 do mesmo preceito legal reporta-se às causas de exclusão da ilicitude.

ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA conclui que a *business judgment rule* é “uma regra de avaliação da responsabilidade dos administradores perante a sociedade – e não uma causa de justificação – contanto que não se verifique a violação de deveres específicos”³⁵⁹, sendo que os administradores se podem servir desta regra para “destruir a prova de ilicitude em caso de violação dos deveres”³⁶⁰.

³⁵¹ JOÃO CALVÃO DA SILVA, «Responsabilidade civil dos ..., op. cit.

³⁵² Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I*, ..., op. cit., 984. O Autor realça que a culpa deve ser entendida no sentido amplo, como *faute*.

³⁵³ Cfr. JOSÉ VASQUES, *Estruturas e conflitos* ..., op. cit., 207 e 208: “[...] afigura-se que o legislador consagrou a *business judgment rule* como causa de exclusão da culpa. É, desde logo, necessário recordar que a *business judgment rule* é originária do direito anglo-saxónico, onde não cabe discutir a sua classificação como causa de exclusão da culpa ou de justificação da ilicitude. Torna-se, assim, necessário conjugar a presunção de culpa com uma causa de exclusão, derivada da valorização subjectiva de determinada conduta que observe os requisitos expressamente previstos. Com esta formulação, o legislador manteve o regime próprio da responsabilidade civil contratual, mas obteve um efeito semelhante ao que resultaria de uma presunção de litude, isto é: colocou fora do alcance judicial as decisões de gestão que respeitemos critérios legalmente enunciados.”

³⁵⁴ Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, «Responsabilidade dos administradores ..., op. cit., 45.

³⁵⁵ Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, «Responsabilidade dos administradores ..., op. cit., 45.

³⁵⁶ Cfr. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, «Responsabilidade dos administradores ..., op. cit., 44.

³⁵⁷ Cfr. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «Estruturas de fiscalização de sociedade ..., op. cit., 829.

³⁵⁸ Cfr. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «Estruturas de fiscalização de sociedade ..., op. cit., 829.

³⁵⁹ Cfr. ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais* ..., op. cit., 286.

³⁶⁰ Cfr. ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais* ..., op. cit., 287.

MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA apresenta a *business judgment rule* como um “critério abstracto e genérico da conduta, de acordo com aquilo que é, segundo a ordem jurídica, em princípio exigível de quem administra”³⁶¹, portanto, é parâmetro de ilicitude, contribuindo para “determinar o critério geral do artigo 64”³⁶².

Similarmente, NUNO CALAIM LOURENÇO preconiza a *business judgment rule* como uma causa de exclusão da responsabilidade que opera ao nível da ilicitude e não da culpa³⁶³. O Autor entende que se fosse uma regra de exclusão da culpa, esta só poderia operar depois de ser feita prova da conduta ilícita, já que não há culpa sem ilicitude.

Estar-se-ia, portanto, perante uma norma que contribui para determinar a ilicitude. A *business judgment rule* só poderia ser entendida quando articulada com o n.º 1 do artigo 72.º, já que o legislador de 2006 pretendeu criar uma norma que permitisse proteger os interesses sociais contra os abusos decisórios dos administradores.

Assim, o artigo 72.º, n.º2, relevaria “para efeitos da censurabilidade ético-jurídica da conduta do devedor”³⁶⁴.

JOSÉ FERREIRA GOMES considera que o artigo 72.º, n.º 2, consubstancia-se na densificação da obrigação de administração e da obrigação de fiscalização, nas suas vertentes procedimentais³⁶⁵.

Concordamos com esta posição, e seguimos a análise feita pelo Autor quanto aos elementos da previsão normativa do artigo 72.º, n.º 2: atuação em termos informados, atuação livre de qualquer interesse pessoal e a atuação segundo critérios de racionalidade empresarial.

O dever de atuar em termos informados deve ser encarado como um dever principal, e em conjunto com o dever de avaliar a informação obtida e o dever de

³⁶¹ Cfr. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, «A business judgment rule ..., *op. cit.*, 236.

³⁶² Cfr. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, «A business judgment rule ..., *op. cit.*, 237.

³⁶³ NUNO CALAIM LOURENÇO, *O deveres de administração e a business judgment rule*, Coimbra, Edições Almedina, 2011, 43.

³⁶⁴ Cfr. JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização ..., op. cit.*, 902.

³⁶⁵ Cfr. JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização ..., op. cit.*, 902.

reagir aos problemas que se possam vir a detetar, é a concretização da obrigação de administrar e da obrigação de vigilância.

A obrigação de administração e a obrigação de vigilância sendo obrigações de meios, não se concretizam com a tomada de uma qualquer escolha acertada, de entre as alternativas possíveis. Só há cumprimento de uma obrigação de meios quando o resultado é adequadamente tentado, pelo que é obrigatório o cumprimento de um determinado procedimento diligente, já que uma qualquer escolha, mesmo que se revele aleatoriamente acertada, traduz-se num comportamento negligente, não cumprindo a obrigação de administração e a obrigação de vigilância a que administradores e membros dos órgãos de administração estão vinculados³⁶⁶.

Quanto à atuação livre de qualquer interesse pessoal, cabe dizer que é a concretização negativa do dever de lealdade. Exige-se, aqui, que se faça a gestão de conflitos de interesses, interesses esses, que devem sempre ser subordinados ao interesse social. Estão em causa quaisquer interesses, que de forma direta ou indireta, possam afetar o discernimento decisório da pessoa titular do órgão de administração ou fiscalização, impedindo-o de tomar decisões isentas e livres, para cumprir adequadamente o interesse social³⁶⁷.

Também na dimensão dos critérios de racionalidade empresarial, temos presente a ideia de cumprimento da dimensão procedimental da obrigação de administração e de vigilância, já que o resultado tem de ser adequadamente tentado, não bastando uma qualquer escolha, mesmo que até se venha a revelar acertada.

Não se trata de uma proposição que visa a apreciação do mérito das decisões dos titulares dos órgãos empresariais, mas sim do “*iter* decisional”³⁶⁸. Há uma densificação da obrigação de administrar e da obrigação de vigilância, impondo aos seus titulares uma atuação racional, sem ser fruto do acaso, e “não uma decisão num sentido ou noutro”³⁶⁹.

³⁶⁶ Cfr. JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização ...*, *op. cit.*, 904 e ss.

³⁶⁷ Cfr. JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização ...*, *op. cit.*, 906 e 907.

³⁶⁸ Cfr. JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização ...*, *op. cit.*, 911.

³⁶⁹ Cfr. JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização ...*, *op. cit.*, 911.

O artigo 72.º, n.º 2, é a concretização parcial das obrigações de administração e de fiscalização, que, sendo obrigações de meios, vinculam o devedor a uma atuação adequada a cumprir-se o resultado. Ora, daqui resulta a obrigação de adoção de um comportamento diligente³⁷⁰.

Sumariamente, estamos perante uma regra que se concretiza na delimitação do “dever-ser”³⁷¹, que releva tanto para efeito de ilicitude como de culpa³⁷², mas, em todo o caso, inaplicável a casos de violação de deveres legais, contratuais ou estatutários, do dever de lealdade, e do dever de tomar decisões procedimentalmente razoáveis³⁷³.

11.2 A *business judgment rule* aplicada aos órgãos de fiscalização

O artigo 72.º, n.º 1, consagra a presunção da culpa³⁷⁴ para os administradores que, por via do artigo 81.º, é aplicável aos membros dos órgãos de fiscalização. Discute-se, contudo, se a *business judgement rule* também lhes é aplicável.

Contra a possibilidade de aplicação da *business judgment rule* encontram-se argumentos defendendo que esta regra só se aplica às decisões empresariais, as quais devem ser tomadas em função de critérios de racionalidade empresarial. Acontece que os titulares dos órgãos de fiscalização não tomam decisões com base em critérios de racionalidade empresarial, mas com base em critérios de legalidade. Logo, não tomam decisões empresariais³⁷⁵. Apenas nos casos específicos em que o órgão de fiscalização não atua nas suas estritas competências de fiscalização é que se poderia aplicar, com cautela, a previsão do n.º 2 do artigo 72.º.

³⁷⁰ Cfr. JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização ...*, op. cit., 915.

³⁷¹ Cfr. JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização ...*, op. cit., 915.

³⁷² Neste sentido Cfr. J. M. COUTINHO DE ABREU, «Responsabilidade civil dos gerentes ... op. cit., 140. O Autor entende que o administrador que prove que agiu nos termos do n.º 2 do artigo 72.º, não só ilidirá a presunção de culpa que sobre si recai, como “demonstrará a licitude da sua conduta”, a não violação (relevante) dos deveres de cuidado e a não violação dos deveres de lealdade”.

³⁷³ Cfr. J. M. COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, *Código das Sociedades ...*, op. cit., 848.

³⁷⁴ Trata-se de uma presunção *iuris tantum*, que admite, por isso, ser ilidida, mediante prova de que não se agiu com culpa.

³⁷⁵ Cfr. PAULO CÂMARA, *O Governo das Sociedades e a Reforma do Código das Sociedades Comerciais*, AA.VV., Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades, Almedina, 2008, 48.

Não podemos seguir esta orientação, já que partilhamos, neste ponto, a posição de JOSÉ FERREIRA GOMES³⁷⁶, defendendo que ao conselho fiscal é exigida uma fiscalização repressiva e uma fiscalização preventiva, sendo sua obrigação o acompanhamento da atividade social, e a intervenção no caso do conselho de administração praticar, ou estar em iminência de praticar, algum ato contrário ao interesse social. Em especial, nesta última situação, o conselho fiscal deve assumir um especial papel interventivo, prevenindo situações que poderiam causar sérios prejuízos para a sociedade, ou riscos desnecessários.

Na sua atuação, os fiscalizadores podem deparar-se, à semelhança dos administradores, com várias opções viáveis dentro do quadro normativo-legal possível, pelo que lhes cabe optar por aquela que melhor traduz a conduta devida. Pode-se dizer que atuam ao abrigo de alguma discricionariedade, e só critérios de racionalidade empresarial podem ser atendidos para a tomada das decisões, consubstanciando-se em verdadeiras decisões empresariais.

³⁷⁶ Cfr. JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização ...*, op. cit., 917.

CAPÍTULO IV – A COLISÃO DE FUNÇÕES DOS ADMINISTRADORES COM OS FISCALIZADORES E A CONCRETIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS SUAS ATUAÇÕES

12.0 conselho de administração do modelo monista e a absorção de funções do conselho fiscal

Tendo em conta o que anteriormente foi exposto no que concerne aos administradores executivos e não executivos, deparamo-nos com “a necessidade de fazer incluir no conselho de administração membros não executivos em número que «garanta efectiva capacidade de supervisão, fiscalização e avaliação da acividade dos membros executivos»”³⁷⁷.

O que quer dizer “fiscalização”, neste contexto? Será que se trata de uma fiscalização própria, ou será uma fiscalização semelhante à do conselho fiscal, por exemplo. Os administradores não executivos são responsáveis pelo incumprimento dos seus deveres, não por força do art.º 73.º, mas sim do art.º 81.º, cuja epígrafe é «Responsabilidade dos membros de órgãos de fiscalização». Será que se abre caminho para se enquadrar o dever de vigilância geral dos administradores não delegados no dever de fiscalização do conselho fiscal?

CALVÃO DA SILVA enuncia que fora as hipóteses de dever de provocar a intervenção do conselho, previstas no final do n.º 8 do artigo 407.º, “os administradores não executivos ficam obrigados tão-somente à vigilância geral (e não de todo e qualquer ato concreto) da atuação do administrador ou administradores delegados ou da comissão executiva (art. 407.º, n.º 8) – a vigilância (mais) específica e analítica permanece no conselho fiscal”³⁷⁸. Retiramos daqui que os administradores não delegados, porque a delegação lhes retirou o dever de gestão corrente da sociedade, apenas têm um dever de vigilância e fiscalização geral e que ao conselho fiscal cabe a fiscalização mais minuciosa da atividade da comissão executiva ou dos administradores executivos, nos termos do artigo 420.º e seguintes.

³⁷⁷ Cfr. ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *Administradores Delegados ...*, op. cit., 9.

³⁷⁸ Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, «Responsabilidade Civil ..., op. cit.

A responsabilidade por culpa própria *in vigilando* tem por base o artigo 81.º, n.º 2, logo, poderá ser semelhante à responsabilidade do conselho fiscal. Aliás, o dever de vigilância constante no n.º 8 do artigo 407.º tem como propósito um dever de fiscalização, pelo que existe proximidades nas duas figuras.

PEDRO MAIA refere mesmo que, devido à utilização frequente da delegação de poderes, transformou-se “o conselho de administração em verdadeiro órgão de fiscalização ou de controlo da atuação dos administradores delegados”³⁷⁹. Este Autor vai mais longe, admitindo mesmo que “o conselho de administração, na prática, equivale quase inteiramente ao conselho geral”³⁸⁰.

Ora, à semelhança do que existe no conselho fiscal, existe também no conselho geral e de supervisão uma grande importância da independência e profissionalismo dos seus membros, já que existe um paralelismo entre as suas competências³⁸¹ e as suas responsabilidades são análogas, aplicando-se o artigo 81.º.

PEDRO MAIA defende que o conselho de administração da estrutura monista identifica-se tanto com o conselho geral e de supervisão que as suas competências são praticamente as mesmas (no que respeita ao conselho de administração, e no que se refere às matérias indelegáveis por lei) e o seu modo de funcionamento idêntico. Desta forma, o Autor escreve que “como o conselho de administração é equiparável ao conselho geral, os administradores delegados ou comissão executiva correspondem, na referida estrutura dualista, à direcção”³⁸².

MENEZES CORDEIRO acrescenta que ““fiscalizar” exprime a ideia de constatar o efetivo cumprimento de determinadas regras”³⁸³.

Se assim é, porque não se pode considerar que os deveres de fiscalização do conselho de administração, na verdade, dos administradores não executivos, são

³⁷⁹ Cfr. PEDRO MAIA, *Studia Iuridica* 62 ..., *op. cit.*, 255.

³⁸⁰ Com a reforma de 2006, o artigo 278.º recebeu uma nova redação, sendo a “direcção”, agora o “conselho de administração executivo” e o “conselho geral”, agora, o “conselho geral e de supervisão”.

³⁸¹ Apesar de as competências do conselho geral e de supervisão serem praticamente todas de fiscalização, podemos, também, encontrar algumas funções executivas.

³⁸² Cfr. PEDRO MAIA, *Studia Iuridica* 62 ..., *op. cit.*, 525 e 526.

³⁸³ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades – I*, ..., *op. cit.*, 1001.

idênticos aos deveres de fiscalização do conselho fiscal? Apesar das semelhanças que aqui foram enunciadas, não parece possível estabelecer esta comparação³⁸⁴.

É certo que o dever geral de vigilância e a *culpa in vigilando* em que incorrem os administradores não executivos resulta do artigo 81.º, n.º 2, e não do artigo 73.º, mas não será certo afirmar que a delegação de poderes transforme o conselho de administração num verdadeiro órgão de fiscalização, porque, precisamente como já se escreveu anteriormente, o dever dos administradores não delegados é um dever geral, ao passo que o dever do conselho fiscal é um dever específico.

Seria de estranhar que se pudesse considerar o conselho de administração idêntico ao conselho fiscal, já que os seus interesses são diversos porque “o conselho de administração, fiscalizando embora a atividade social, não substitui o conselho fiscal. Digamos que a fiscalização que um e outro órgão desenvolvem beneficiam sujeitos distintos ou, se se preferir, a fiscalização vai dirigida à realização de interesses diversos: a fiscalização pelo conselho de administração é feita diretamente no interesse dos próprios acionistas que têm assento nesse órgão – uma fiscalização “egoísta”, ou “interessada”, dir-se-ia; ao passo que a intervenção do conselho fiscal visa tutelar interesses de todos os acionistas e, até, interesses mais gerais, de credores ou públicos.”³⁸⁵.

Poder-se-á dizer que a vigilância dos administradores tem um carácter genérico, e baseia-se na informação prestada pelos administradores delegados e pelos canais de informação estabelecidos com os restantes órgãos sociais. No entanto, se surgirem sinais de alarme para a sociedade³⁸⁶, o conselho de administração e os seus membros devem intensificar a sua vigilância³⁸⁷, atuando sempre com o horizonte numa vigilância preventiva. Esta obrigação de vigilância deve ser dogmaticamente reconduzida à “obrigação de administração diligente no

³⁸⁴ Neste sentido, também, vide PEDRO MAIA, *Studia Iuridica* 62 ..., *op. cit.*, 257: “Note-se que afirmar que a delegação de poderes converte o conselho de administração num órgão de fiscalização não é afirmar que essa é a sua única função, nem sequer sugerir que o conselho de administração equivale ao conselho fiscal.”

³⁸⁵ Cfr. PEDRO MAIA, *Studia Iuridica* 62 ..., *op. cit.*, 257 e 258.

³⁸⁶ Ou *red flags*, como são conhecidos no meio empresarial.

³⁸⁷ Existe uma verdadeira obrigação dos administradores identificarem se um determinado ato se pode revelar danoso para a sociedade, e não apenas de atuarem na iminência do risco.

interesse da sociedade”³⁸⁸, a concretizar mediante as circunstâncias do caso concreto.

13. A (in)existência de delegação no modelo dualista: as comissões especiais

Ao conselho de administração executivo cabe gerir as atividades da sociedade (artigo 431.º, n.ºs 1 e 2) e a sua representação perante terceiros (artigo 431.º, n.ºs 1 e 2)³⁸⁹. A este órgão social aplicar-se-á, com as devidas adaptações, o que está previsto para o modelo tradicional.

Contrariamente ao que é prescrito para o modelo clássico, o CSC não prevê a delegação de certas matérias em algum ou alguns administradores ou numa comissão executiva. Esta solução vai ao encontro da lei alemã, que nada estabelece quanto a este aspeto³⁹⁰.

O artigo 431.º, n.º 3, determina que aos poderes de gestão e representação se aplique o disposto nos artigos 406.º, 408.º, 409.º, com as necessárias adaptações em função das competências que por lei são atribuídas ao conselho geral e de supervisão.

À partida está excluída a possibilidade de delegação de competências, já que o artigo 431.º, n.º 3, não prevê a aplicação do artigo 407.º.

No entanto, uma leitura atenta do preceito legal do artigo 431.º, n.º 3, permite chegar a conclusão diversa. Na verdade, o n.º 2 do artigo 408.º determina que o contrato de sociedade pode determinar que a sociedade fique vinculada pelos

³⁸⁸ Cfr. JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização ...*, *op. cit.*, 230.

³⁸⁹ O n.º 1 do artigo 442.º estabelece uma restrição aos poderes de gestão dos administradores, ao determinar que, apesar do conselho geral e de supervisão não ter poderes de gestão, a lei e o contrato de sociedade podem estabelecer que o conselho de administração executivo tenha de obter prévio consentimento do conselho geral e de supervisão para a prática de determinadas categorias de atos. Como refere JOSÉ FERREIRA GOMES, “as diferenças centram-se na delimitação do seu espaço de atuação pelas competências conferidas, no modelo germânico, ao conselho geral e de supervisão: o consentimento para a prática de determinadas categorias de atos previstas na lei ou no contrato de sociedade”, Cfr. JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração à ...*, *op. cit.*, 536 e 537.

³⁹⁰ Cfr. JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração ...*, *op. cit.*, 537.

negócios celebrados por um ou mais administradores-delegados, dentro dos limites da delegação do conselho.

O artigo 431.º, n.º 3, exclui o artigo 407.º da sua estatuição, mas não exclui o n.º 2 do artigo 408.º. Não pensamos que tenha sido uma desatenção do legislador. Na verdade, o legislador pretendeu dar a possibilidade de existência de administradores delegados no seio do conselho de administração executivo. Acontece, que se trata de uma delegação muito restritiva, tendo em atenção os vastos poderes de controlo do conselho geral e de supervisão sobre o conselho de administração executivo.

Na jurisprudência e doutrina alemãs é reconhecida a possibilidade de “repartição de competência ou de pelouros”³⁹¹ dentro do conselho de administração executivo. Esta hipótese é limitada pela impossibilidade de delegação de certas matérias, que são da competência do plenário da comissão executiva.

Esta possibilidade de delegação³⁹² não exime, contudo, os restantes membros do conselho de administração executivo dos seus deveres de controlo, sendo responsabilizados quando os incumpram. Recai sobre cada administrador um dever de vigilância, diretamente relacionado com “um poder-dever de informação sobre toda a atividade social”³⁹³. O conselho de administração executivo e cada um dos administradores respondem por culpa *in vigilando*³⁹⁴.

O que ficou dito sobre o conselho de administração do modelo clássico e a delegação de competências tem aplicação no conselho de administração executivo. Salvaguardemos, no entanto, a limitação prevista no n.º 2 do artigo 407.º, uma vez que não pode ser comprometida a direção global da sociedade por parte do conselho de administração executivo.

Existe, também neste aspeto, uma obrigação de vigilância do conselho de administração executivo, que advém da obrigação de administrar diligentemente a

³⁹¹ Cfr. JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração ...*, op. cit., 537.

³⁹² É, também, admitida a delegação de poderes a colaboradores da sociedade, sempre respeitando a competência exclusivamente atribuída ao órgão social no seu pleno.

³⁹³ Cfr. JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração ...*, op. cit., 537.

³⁹⁴ O conselho de administração executivo responde por *cura in eligendo*, *cura in instruendo* e *cura in custodiendo*, tanto quanto à delegação de competências em outros administradores, como em colaboradores da sociedade, Cfr. JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração ...*, op. cit., 537.

sociedade, e reflete-se na esfera de cada um dos seus elementos, conforme resulta da conjugação dos artigos 431.º e 64.º, n.º 1, alínea a)³⁹⁵.

JOSÉ FERREIRA GOMES, quanto a esta temática, defende que se deve reconduzir a obrigação de vigilância “a obrigação fundamental de administrar diligentemente a sociedade, tal como densificada pelos deveres de cuidado previstos no art. 64.º/1.a) e pela *business judgment rule* prevista no 72.º/2”³⁹⁶.

14. Comissão de auditoria: duplicidade na responsabilização

Apesar da responsabilidade civil dos fiscalizadores remeter quase na íntegra para o regime da responsabilidade dos administradores, quanto ao preenchimento dos pressupostos, nomeadamente, quanto à ilicitude e à culpa, os artigos 64.º e 72.º, aplicando-se aos fiscalizadores e administradores, passam por processos muito diferentes na sua concretização, tendo critério de aplicação e apreciação muito distintos, fruto dos deveres específicos que são atribuídos a cada uma destas figuras.

O artigo 81.º, n.º 1, estabelece a solidariedade entre administradores e fiscalizadores, por ações ou omissões daqueles no desempenho das suas funções, quando esses danos não se teriam produzido se estes últimos tivessem cumprido as suas obrigações de fiscalização. Ora, não basta estabelecer a solidariedade, há que determinar antes a responsabilidade.

Também no caso da responsabilidade solidária dos administradores³⁹⁷ tal questão se coloca. Não é suficiente que se determine a solidariedade, é necessário que se afirmem as responsabilidades, para, concretamente, se saber se os administradores incumpriram os seus deveres e, por isso, respondem solidariamente nos termos do n.º 1 do artigo 73.º³⁹⁸.

Para determinar o direito de regresso estipulado no n.º 2 do artigo 73.º, é necessário aferir o “grau de reprovação da conduta de cada um dos sujeitos

³⁹⁵ Cfr. JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração ...*, op. cit., 538.

³⁹⁶ Cfr. JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração ...*, op. cit., 538.

³⁹⁷ Que já está prevista no n.º 4 do art.º 72.º.

³⁹⁸ “Estamos perante obrigações comerciais, pelo que a solidariedade sempre teria lugar (100.º do CCom)”, Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das ...*, op. cit., 281.

abrangidos na acção de responsabilidade”³⁹⁹. Achamos que é desajustada a aplicação de um sistema que responsabiliza de maneira igual administradores e fiscalizadores tendo em conta que as suas funções e que os danos pelo incumprimento dos seus deveres podem revestir carácter tão diferente. É, pois, o artigo 73.º, n.º 2, que permite fazer esse equilíbrio de forças.

E os membros da comissão de auditoria, sendo administradores não executivos e, concomitantemente, sendo a comissão de auditoria órgão de fiscalização, respondem em que termos? Para efeitos de responsabilização são tratados como administradores, ou como fiscalizadores? E em que divergem as suas funções de fiscalização dos administradores não executivos do modelo latino?

Para CALVÃO DA SILVA, visto que têm análoga competência de fiscalização, também deverão ter uma análoga responsabilidade, logo deverão responder nos mesmos termos do conselho fiscal⁴⁰⁰. Aliás, pela observação dos artigos 420.º e 423.º-F podemos constatar que as funções dos dois órgãos são praticamente idênticas.

CALVÃO DA SILVA entende, também, que vale para a comissão de auditoria o mesmo que para os administradores não executivos, com as necessárias adaptações. Contudo, o Autor alerta para o facto de se registar uma grande diferença, que é a amplitude da vigilância. No caso dos administradores não executivos, o dever de vigilância é um dever geral, já no caso da comissão de auditoria, a vigilância é analítica e minuciosa.

Os membros da comissão de auditoria participam das reuniões do conselho de administração na qualidade de administradores não executivos, e enquanto tal terão os mesmos deveres gerais de fiscalização que os administradores não executivos? Quando participam nas reuniões do conselho de administração agem na veste de administradores ou de fiscalizadores?

Não nos parece desejável que os membros da comissão de auditoria respondam nos mesmos termos dos administradores não executivos. Na verdade, a

³⁹⁹ Cfr. Gabriela Figueiredo Dias, «Estruturas de fiscalização...», *op. cit.*, p. 834.

⁴⁰⁰ Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, «Responsabilidade Civil dos Administradores...», *op. cit.*, 10.

comissão de auditoria tem funções semelhantes ao conselho fiscal, logo, a sua responsabilização também deve ser semelhante à deste órgão de fiscalização.

Na verdade, a especificidade das funções exercidas pelos membros da comissão de auditoria são tais, que justificam um tratamento diferenciado dos demais administradores⁴⁰¹. Deve-se, portanto, aplicar o artigo 81.º e 64.º, n.º 2, aos membros da comissão de auditoria, já que os seus membros estão impedidos, nos termos do artigo 423.º-B, n.º 3, de exercer funções executivas. O artigo 407.º, n.º 3, determina que o contrato de sociedade pode autorizar o conselho de administração a delegar num ou mais administradores ou numa comissão executiva a gestão corrente da sociedade, pelo que se trata de uma possibilidade, não de uma imposição legal.

Refira-se que no conselho de administração podem existir outros administradores não executivos, aplicando-se, neste caso, o artigo 407.º, n.º 8.

Saliente-se o facto de a comissão de auditoria ter, nos termos do artigo 423.º-F, n.º 1, alínea a), uma obrigação de vigilância, semelhante à obrigação de vigilância prescrita para os membros do conselho fiscal, no artigo 420.º, n.º 1, alínea a). Daqui resulta que estamos perante uma importação do conselho fiscal para o seio do conselho de administração, já que os membros da comissão de auditoria são administradores.

Estando vedado aos membros da comissão de auditoria o exercício de funções executivas, não significa que, de uma forma indireta, através do acompanhamento da atividade desenvolvida pelos administradores executivos, não haja uma verdadeira participação na administração da sociedade, até porque têm o poder de atuar quando estes não estejam a cumprir as suas funções da forma que melhor assegure o interesse social.

Não podemos, contudo, deixar de notar que os argumentos que se apresentam a favor do modelo anglo-saxónico são os mesmos que jogam em seu desfavor.

⁴⁰¹ Vide JOÃO CALVÃO DA SILVA, «Responsabilidade Civil dos Administradores ..., op. cit., 11, no mesmo sentido, e vide GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «Estruturas de fiscalização...», op. cit., 836, que defende uma posição mista: "(...) não existe, por conseguinte, para membros da comissão de auditoria um regime uniforme de responsabilidade (...)".

Se, por um lado, surgem argumentos de que existe uma maior circulação de informação, e maior esclarecimento por parte dos membros do órgão e fiscalização, que, na veste de administradores, têm acesso ao conteúdo das reuniões do conselho de administração, e, por isso, têm uma intervenção mais esclarecida, por outro lado, há uma maior promiscuidade entre fiscalizadores e fiscalizados. Tal facto poderá comprometer a isenção dos membros dos órgãos de fiscalização, na medida em que os restantes administradores podem exercer influência sobre a sua atividade, já que, organicamente, estão inseridos na mesma estrutura.

CONCLUSÃO

A responsabilidade civil, para com a sociedade, dos titulares dos órgãos sociais é uma das matérias mais relevantes no direito societário atual. Assim, é fundamental que administradores e fiscalizadores, embora gozando de alguma discricionariedade na sua atuação, tenham um comportamento rigoroso, transparente e diligente, pautando a sua atuação por deveres de cuidado e lealdade.

O DL 76-A/2006, de 29 de março, contribuiu de forma decisiva para a densificação da responsabilização dos administradores e fiscalizadores e dos deveres que devem balizar a sua atuação. Desta forma, independentemente das divergências doutrinárias que possam surgir na análise dos deveres previstos no artigo 64.º, não é discutível o importante contributo que a atual configuração desta norma legal trouxe. Tão-pouco é inegável a inovação que a introdução da *business judgment rule* trouxe ao ordenamento jurídico português, mesmo que só opere no processo decisional, e não quanto ao mérito da decisão. Neste ponto, cabe referir que a *business judgment rule* se aplica tanto a administradores como a fiscalizadores, dado que os membros dos órgãos de fiscalização também tomam decisões empresariais, baseadas em critérios de racionalidade empresarial. A aceitação da ideia de que os órgãos de fiscalização agem em estrita observância de critérios de legalidade não traduzem as efetivas funções dos mesmos. Mesmo o ROC tem à sua disposição um espaço de discricionariedade, ainda que limitado. Os titulares dos órgãos de fiscalização, assim como os de administração, tomam decisões que, muitas das vezes, revestem uma complexa ponderação das variáveis económicas e legais, revestidas de incertezas e que poderão acarretar diversos custos empresariais.

A responsabilidade dos administradores e fiscalizadores perante a sociedade é, em tudo, muito semelhante. Trata-se de uma responsabilidade obrigacional e subjetiva, pois baseia-se na culpa, ainda que, nos termos do artigo 72.º, n.º 1, esta se presume. Existe, no entanto, uma característica assinalável quanto à responsabilidade do ROC. Sendo que a responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização, a par da dos administradores, é presumida, a responsabilidade do ROC, poderá ser presumida ou não, consoante se aplique o artigo 81.º, ou o artigo 82.º, n.º1. Tal aplicação está dependente dos termos em que o ROC atue.

Aparentemente, existe uma aproximação entre o modelo tradicional e o modelo germânico, sobretudo quando no primeiro exista delegação de poderes. Contrariamente, o modelo anglo-saxónico parece ter trazido uma verdadeira inovação no plano da organização administrativa das sociedades anónimas, dado que o órgão de fiscalização integra o órgão de administração. No entanto, não é isso que se verifica, dado que os três modelos, e as suas possíveis variações, têm muitas semelhanças entre si. Refira-se que o modelo germânico e o modelo anglo-saxónico também serão semelhantes quando no primeiro seja obrigatória a constituição de uma comissão para as matérias financeiras.

Não são de ignorar algumas fragilidades que poderão ter impacto na responsabilização dos titulares dos órgãos de administração e fiscalização, nos modelos organizativos que se apresentam no CSC. No modelo germânico, os membros da comissão para as matérias financeiras têm poderes próprios, que decorrem da lei, mas pode acontecer que os restantes membros do conselho geral e de supervisão sejam solidariamente responsáveis com aqueles, por poderes que, por imposição legal, não lhes pertencem, já que não poderemos, nesta situação, falar de delegação. Assim sendo, seria importante, para melhor clarificação da responsabilização dos membros do conselho geral e de supervisão quando a sociedade tenha de ter uma comissão para as matérias financeiras, que esta comissão fosse autonomizada e legalmente prevista como um verdadeiro órgão social. Ainda quanto ao modelo germânico, seria importante que a delegação no conselho de administração executivo fosse legalmente modelada. Atualmente, como está configurado o artigo 431.º, n.º 3, parece que não se admite a existência de delegação, o que é contrário ao estipulado pelo artigo 407.º, n.º 3.

Quanto ao modelo anglo-saxónico, a opção mais viável parece ser o desenraizamento da comissão de auditoria do conselho de administração, atribuindo-lhe, contudo, prerrogativas especiais, ou obrigações, como a obrigação de assistir às reuniões do conselho de administração. Atualmente, verifica-se que a maneira como aparece configurada a comissão de auditoria permite aos administradores executivos exercer influência sobre os membros da comissão de auditoria, afinal, fiscalizadores e fiscalizados, são os mesmos.

Não obstante as críticas apontadas, é de assinalar a complexidade dos modelos organizativos no nosso ordenamento jurídico, tornando-o um dos sistemas mais complexos, mas também mais ricos no panorama societário, nomeadamente, no que se reflete na responsabilização de administradores e fiscalizadores.

BIBLIOGRAFIA

a. Monografias

- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de; RAMOS, Elisabete, «*Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores*», in *Miscelâneas do IDET*, n.º 3 da Coleção, Coimbra, Almedina, 2004;
- ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, *Governança das Sociedades Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2006;
- _____, «*Responsabilidade de gerentes e administradores em Portugal*», in *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*, Coord. Maria de Fátima Ribeiro, Coimbra, Almedina, 2012;
- _____, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, 4.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2013;
- ALMEIDA, António Pereira de, *Sociedades Comerciais*, 6ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2011;
- ATAÍDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas, *Responsabilidade Civil por Violação de Deveres no Tráfego*, Coimbra, Almedina, 2015;
- BERLE, Adolf A.; MEANS, Gardiner C., *The Modern Corporation & Private Property*, New Brunswick-Londres, 1997 (1.ª Edição 1932), (por referência);
- CÂMARA, Paulo, «*Os Modelos de Governo das Sociedades Anónimas*», in *Jornadas em Homenagem ao Professor Raúl Ventura, A Reforma do Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2007;
- _____, «*O Governo das Sociedades e a Reforma do Código das Sociedades Comerciais*», *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, Lisboa, Almedina, 2008;
- COSTA, Mário Júlio de Almeida, *Direito das Obrigações*, 5.ª Edição, Coimbra, Almedina, 1991;
- CORDEIRO, António Menezes Cordeiro, *Da Responsabilidade do Administradores das Sociedades Comerciais*, Lisboa, Lex, 1997;
- _____, *Manual de Direito das Sociedades – II*, Coimbra, Almedina, 2006;
- _____, «*Evolução do Direito europeu das sociedades*», in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. I, Congresso Empresas e Sociedades, Coimbra, Coimbra Editora, 2007;
- _____, *Tratado de Direito Civil Português, II, Direito das Obrigações*, Tomo III, Coimbra, Almedina, 2010;

- _____, *Direito das Sociedades I*, Parte Geral, 3.^a Edição Ampliada e Atualizada, Coimbra, Almedina, 2011;
- CORREIA, A. Ferrer, *Lições de Direito Comercial*, Vol. II, 1968;
- CORREIA, Luís Brito, *Os Administradores de Sociedades Anónimas*, Coimbra, Almedina, 1993;
- CUNHA, Paulo Olavo, *Direito das Sociedades Comerciais*, 5.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2012;
- DIAS, Gabriela Figueiredo, «*Controlo de Contas e Responsabilidade Civil dos ROC*», in *Temas Societários*, N.º 2 da Coleção, Série Colóquios do IDET, Coimbra, Almedina, 2006;
- _____, «*Estruturas de fiscalização de sociedades e responsabilidade civil*», in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Volume I, Congresso Empresas e Sociedades, Coimbra, Coimbra Editora, 2007;
- FRADA, Manuel A. Carneiro da, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 2007;
- _____, «*A Business Judgement Rule no Quadro dos Deveres Gerais dos Administradores*», in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, Vol. I, Congresso Empresas e Sociedades, Coimbra, Coimbra Editora, 2007;
- _____, «*O dever de legalidade: um novo (e não escrito?) dever fundamental dos administradores*», in *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 4, Vol 8 – Semestral, 2012, Coimbra, Almedina;
- FRANCO, Manuel da Costa, *Tractado practico jurídico e cível*, 1768, vol. II (por referência);
- FRIAS, Marília A. Ferreira, *Corporate Governance – A Independência dos Administradores Não Executivos*, Seminário de Direito Europeu das Sociedades, Universidade de Lisboa – Faculdade de Direito, 2006/2007;
- FURTADO, Pinto, *Curso de Direito das Sociedades*, 3.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2000;
- FURTADO, J. PINTO, «*Competência e funcionamento dos órgãos de fiscalização das sociedades comerciais*», in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Volume I, Congresso Empresas e Sociedades, Coimbra, Coimbra Editora, 2007;
- GARRIGUES, Joaquín, *Nuevos Hechos, Nuevo Derecho de Sociedades Anónimas*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1933 (por referência);

- GOMES, Fátima, «*Reflexões em torno dos deveres fundamentais dos membros dos órgãos de gestão (e fiscalização) das sociedades comerciais à luz da nova redação do artigo 64.º do CSC*», in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Volume II, Coimbra Editora, 2007;
- GOMES, José Ferreira, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades – A obrigação de vigilância dos órgãos da sociedade anónima*, Coimbra, Edições Almedina, 2015;
- GONÇALVES, Diogo Costa, *Pessoa Coletiva e Sociedade Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2016;
- HASS, Jeffrey, «*Directorial Fiduciary duties in a tracking stock equity structure: a need for a duty of fairness*», in *Michigan Law Review*, vol. 94 (1995-1996);
- JAEGER, Pier Giusto, *L'interesse sociale*, Milão, Dott. A. Giuffrè Editore, 1972;
- LEITÃO, Adelaide Menezes, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, Coimbra, Almedina, 2009;
- _____, «*Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação de normas de protecção*», in *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, Volume I, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2011;
- LOURENÇO, Nuno Calaim, *O deveres de administração e a business judgment rule*, Coimbra, Edições Almedina, 2011;
- MAGALHÃES, Vânia Patrícia Filipe, «*A conduta dos administradores das sociedades anónimas: deveres gerais e interesse social*», in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano I (2009), direcção de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Lisboa, Almedina;
- MAIA, Pedro, *Studia Iuridica 62 – Função e Funcionamento do Conselho de Administração da Sociedade Anónima*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002;
- _____, «*Tipos de Sociedades Comerciais*», in *Estudos de Direito das Sociedades*, Coord.: JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, 6ª edição, Coimbra, Almedina, 2015;
- MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo Marcos, *As Companhias Pombalinas – Contributo Para a História Das Sociedades Por Acções Em Portugal*, Coimbra, Almedina, 1997;
- MARTINS, Alexandre de Soveral, *Administradores Delegados e Comissões Executivas – Algumas Considerações – N.º 7 da Coleção*, Coimbra, Almedina, 2011;
- MARX, Karl, *Capital, A critique of political economy*, Vol. III, Moscovo, Progress, 1984 (por referência);

- MEDEIROS, Tavares de, *Commentario da Lei das sociedades anonymas de 22 de Junho de 1867* (por referência);
- MONTEIRO, Jorge F. Sinde, *Estudos sobre responsabilidade civil*, Coimbra, I e II, 1983;
- NUNES, Pedro Caetano, *Responsabilidade Civil dos Administradores perante os Accionistas*, Monografia, Coimbra, Almedina, 2001;
- _____, *Corporate Governance*, Lisboa, Almedina, 2006;
- RAMOS, Maria Elisabete Gomes, in *Studia Iuridica 67 – Responsabilidade Civil Dos Administradores E Directores De Sociedades Anónimas Perante Credores Sociais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2002
- RODRIGUES, Jorge, *Corporate Governance: Uma Introdução*, Mangualde, Edições PEDAGO, LDA., 2008;
- SILVA, Artur Santos; VITORINO, António; ALVES, Carlos Francisco; CUNHA, Jorge Arriaga da; MONTEIRO, Manuel Alves, *Livro Branco Sobre Corporate Governance Em Portugal*, Instituto Português da Corporate Governance, Lisboa, 2006;
- TELLES, Inocêncio Galvão, «Anotação ao Ac. do STJ de 21.4.1972», in *O Direito*, ano 104.º, 1972;
- VARELA, Antunes, in *Anotação ao Acórdão do Tribunal Arbitral de 31 de Março de 1993*, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 126.º (1993), número 3831;
- _____, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2006;
- VASQUES, José, *Estruturas e Conflitos de Poderes nas Sociedades Anónimas*, Coimbra, Coimbra Editor, 2007;
- VENTURA, Raúl, *Teoria da relação jurídica de trabalho*, vol. I, Porto, 1944;
- _____; CORREIA, Brito, *Responsabilidade civil dos Administradores das sociedades anónimas e dos gerentes das sociedades por quotas. Estudo comparativo dos direitos alemão, francês, italiano e português. Nota explicativa do Capítulo II do Decreto-Lei n.º 49 381 de 15 de Novembro de 1969*, Lisboa;
- _____, *Sociedade por Quotas*, Volume III, Lisboa, Almedina, 1991
- VV. AA., *Código das Sociedades Comerciais em Cometário*, Coordenação de JORGE M. COUTINHO DE ABREU, Coimbra, Almedina, 2012;
- VV. AA., *Código das Sociedades Anotado*, Coord.: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, 2ª edição, Lisboa, Almedina, 2012.

b. Publicações on line

CMVM – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários, *Governo das Sociedades: Propostas de Alteração ao Código das Sociedades Comerciais – Processo de Consulta Pública n.º1/2006*, www.cmvm.pt;

CORDEIRO, António Menezes, «*Os deveres fundamentais dos administradores*», in ROA, Ano 66, Volume II, Setembro de 2006, [em linha], [consult. 20 de setembro de 2016], disponível em www.oa.pt;

SILVA, João Calvão da, «*Responsabilidade Civil dos Administradores não Executivos, da Comissão de Auditoria e do Conselho Geral e de Supervisão*», in ROA, Ano 66, Volume II, Setembro de 2006, [em linha], [consult. 15 de dezembro 2016], disponível em www.oa.pt;

SILVA, João Soares da, «*Responsabilidade civil dos administradores de sociedade: os deveres gerais e a corporate governance*», in ROA, Ano 67 – Volume I, Janeiro 2007, [em linha], [consult. 13 de outubro 2016], disponível em www.oa.pt.

JURISPRUDÊNCIA CITADA

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19-11-1987, processo 075021, Relator Meneres Pimentel, consultado em www.dgsi.pt;

_____, de 05-11-2001, processo 02B1152, Relator Paulo Sá, consultado em www.dgsi.pt;

_____, de 03-02-2009, processo 08A3991, Relator Moreira Alves, consultado em www.dgsi.pt;

_____, de 28-04-2009, processo 09A0346, Relator Moreira Alves, consultado em www.dgsi.pt;

_____, de 29-10-2009, processo 414/09.0YFLSB, Relator Serra Baptista, consultado em www.dgsi.pt;

_____, de 30-03-2011, processo 242/09.3YRLSB.S1, Relator Serra Baptista, consultado em www.dgsi.pt;

_____, de 28-02-2013, processo 189/11.3TBCBR.C1.S1, Relator Granja da Fonseca, consultado em www.dgsi.pt;

_____, de 08-05-2013, processo 5737/09.6TVLSB.L1-S1, Relator Fernando Bento, consultado em www.dgsi.pt;

_____, de 29-01-2014, processo 548/06.3TBARC.P1.S1, Relator Fernandes do Vale, consultado em www.dgsi.pt;

_____, de 27-03-2014, processo 9836/09.6TBMAI.P1.S1, Relator Fernando Bento, consultado em www.dgsi.pt;

_____, de 01-04-2014, processo 8717/06.0TBVFR.P1.S1, Relator Fonseca Ramos, consultado em www.dgsi.pt;

_____, de 30-09-2014, processo 1195/08.0TYLSB.L1.S1, Relator Fonseca Ramos, consultado em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 02-05-2006, processo 10492/2005-7, Relator Rosa Maria Ribeiro Coelho, consultado em www.dgsi.pt;

_____, de 08-11-2007, processo 7374/2007-2, Relator Vaz Gomes, consultado em www.dgsi.pt;

_____, de 02-10-2008, processo 2254/2008-2, Relator Sousa Pinto, consultado em www.dgsi.pt;

_____, de 24-06-2010, processo 1032/08.6TYLSB.L1-6, Relator Fernanda Isabel Pereira, consultado em www.dgsi.pt;

_____, de 13-01-2011, processo 26108/09.9T2SNT-A.L1-2, Relator Ezagüy Martins, consultado em www.dgsi.pt;

_____, de 10-06-2011, processo 6083/09.0TVLSB.L1-6, Relator Fátima Galante, consultado em www.dgsi.pt;

_____, de 28-06-2012, processo 2542/07.8TBOER.L1-8, Relator Carla Mendes, consultado em www.dgsi.pt;

_____, de 06-12-2012, processo 1394/11.8TYLSB:l1-8, Relator Carla Mendes, consultado em www.dgsi.pt;

_____, de 11-11-2014, processo 5314/06.3TVLSB.L1-7, Relator Roque Nogueira, consultado em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 20-07-2006, processo 0632696, Relator Pinto de Almeida, consultado em www.dgsi.pt;

_____, de 13-05-2008, processo 0721243, Relator Marques de Castilho, consultado em www.dgsi.pt;

_____, de 05-02-2009, processo 0835545, Relator Pinto de Almeida, consultado em www.dgsi.pt.

LEGISLAÇÃO CONSULTADA *ONLINE*

Aktiengesetz, consultada em www.gesetze-im-internet.de/aktg/;

Mitbestimmungsgesetz, consultado em www.gesetze-im-internet.de/mitbestg/;

Aktiengesetz de 1967, consultado em <https://dejure.org/gesetze/AktG/93.html>.

ÍNDICE

NOTA PRÉVIA.....	V
RESUMO.....	VI
ABSTRACT	VII
LISTA DAS PRINCIPAIS ABREVIATURAS E SIGLAS.....	VIII
INTRODUÇÃO	1
1. Razão de escolha do tema.....	1
2. Delimitação do objeto de estudo	1
3. Metodologia	3
CAPÍTULO I – DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO.....	5
4. As sociedades comerciais: das origens à atualidade.....	5
5. O administrador das sociedades anónimas: a dissociação da administração da detenção do capital.....	9
6. A situação jurídica dos administradores	11
6.1 Teorias contratualistas.....	12
6.2 Teorias unilateralistas.....	15
6.3 Teorias dualistas	17
6.4 Definição atual da situação jurídica do administrador	18
6.5 A fiscalização das sociedades anónimas.....	20
6.6 O revisor oficial de contas	23
CAPÍTULO II – DEVERES SUBJACENTES À ATUAÇÃO DOS MEMBROS DOS ÓRGÃOS SOCIAIS DAS SOCIEDADES ANÓNIMAS	26
7. O artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais.....	26
7.1 Origem e evolução	26
7.2 Determinação do conteúdo do dever de diligência	27
7.3 O Decreto-Lei 76-A/2006, de 29 de março.....	29
7.4 O dever de lealdade.....	33
7.5 O interesse da sociedade, dos sócios e dos trabalhadores	35
7.6 O dever de cuidado.....	41
7.7 O dever de diligência do gestor criterioso e ordenado	45
7.8 O dever de legalidade: um “novo” dever não escrito	47
8. Concretização dos deveres de cuidado e lealdade dos fiscalizadores	50
CAPÍTULO III – A RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES E FISCALIZADORES.....	53
9. A responsabilidade dos administradores para com a sociedade	53

9.1 Administradores executivos	56
9.2 Delegação imprópria.....	57
9.3 Verdadeira delegação	58
9.4 Administradores não executivos e conselho de administração	60
10. A responsabilidade dos membros dos órgãos de fiscalização para com a sociedade	62
10.1 A relevância da fiscalização na vida da sociedade.....	62
10.2 Conselho fiscal, conselho geral e de supervisão e comissão de auditoria	64
10.3 O ROC: a ambiguidade de funções	67
10.4 Qualificação da responsabilidade civil dos membros dos órgãos de fiscalização	69
10.5 O âmbito de aplicação dos artigos 81.º e 82.º do CSC	70
11. A <i>business judgment rule</i> como fator de não responsabilização de administradores e fiscalizadores	73
11.1 A <i>business judgment rule</i> : padrão de exclusão de culpa ou de ilicitude?	75
11.2 A <i>business judgment rule</i> aplicada aos órgãos de fiscalização	79
CAPÍTULO IV – A COLISÃO DE FUNÇÕES DOS ADMINISTRADORES COM OS FISCALIZADORES E A CONCRETIZAÇÃO DA RESPONSABILIDADE CIVIL NAS SUAS ATUAÇÕES	
81	
12. O conselho de administração do modelo monista e a absorção de funções do conselho fiscal	81
13. A (in)existência de delegação no modelo dualista: as comissões especiais	84
14. Comissão de auditoria: duplicidade na responsabilização	86
CONCLUSÃO	90
BIBLIOGRAFIA	93
a. Monografias	93
b. Publicações <i>on line</i>	97
JURISPRUDÊNCIA CITADA	98
LEGISLAÇÃO CONSULTADA <i>ONLINE</i>	100
ÍNDICE.....	101