

RESPONSABILIDADE CIVIL DOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES: OS DEVERES GERAIS E OS PRINCÍPIOS DA CORPORATE GOVERNANCE (*)

Pelo Dr. João Soares da Silva (**)

I

1. O convite, muito amável e honroso, da ANGEF e BONANÇA para hoje aqui dirigir algumas palavras de abertura do debate sobre «*Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*» trouxe-me desde logo, devo confessá-lo, alguma preocupação, por duas ordens de razões.

A primeira tem a ver com a vastidão, complexidade e dificuldade do tema proposto. Dedicadas à matéria da responsabilidade civil dos administradores, ultimamente muito em voga, têm sido publicadas volumosas e substanciais monografias, de muitas centenas de páginas, as quais, no entanto, as mais das vezes apenas cobrem uma parte (quase sempre a mesma, aliás — esse é um dos aspectos a que gostaria de me referir hoje) dessa problemática, deixando a sua leitura uma sensação de apetite insaciado. Não tenho

(*) O texto reproduz, sem alterações, comunicação de abertura em encontro-debate promovido pela ANGEF – Associação Nacional de Gestores das Empresas Portuguesas e Companhia de Seguros Bonança, S.A. em 24 de Junho de 1997.

(**) Advogado, sócio de Miguel Galvão Teles, João Soares da Silva & Associados – Sociedade de Advogados.

dúvidas de que a vastidão, a complexidade e a dificuldade são outros tantos estímulos para o debate proposto. Mas julgo que suporia já uma excessiva dose de irrealismo pretender acompanhar, em palavras de introdução necessariamente breves, a extensão que ao próprio debate foi traçada.

A segunda razão de preocupação tem a ver com a ausência de qualificações próprias para nesta matéria poder trazer um contributo dotado de alguma autoridade. Reflectindo, porém, admiti que, não se tratando de reunião de carácter científico — e uma vez, sobretudo, que a qualificação abunda já nos participantes —, a ANGEPE e a BONANÇA tenham porventura achado de alguma utilidade a visão própria de um advogado, de alguém que, noutra posição embora, partilha com a audiência hoje aqui reunida uma diária e constante preocupação sobre as implicações e consequências práticas que da actividade de administrar sociedades constantemente podem emergir, designadamente no plano da responsabilização individual de quem a protagoniza.

Neste sentido acolhi, pois, muito honrado e com particular gosto, a oportunidade de poder participar neste debate. E as primeiras palavras deverão precisamente ser para salientar, para além da importância, a extrema actualidade e oportunidade do tema e da reflexão sobre ele.

2. Há algumas semanas apenas, a nota de abertura, assinada pelo Professor DAVID MILMAN, da *newsletter* periodicamente publicada pela *Palmer's Company Law*, era significativamente intitulada «*DIRECTORS UNDER FIRE*».

O propósito próximo era a recente decisão judicial, de Janeiro de 1997, do caso *Williams v. Nature Life Health Foods*. Nele, muito em resumo, um *franchisee* desiludido com o negócio accionara a sociedade *franchisor* alegando que teria sido induzido a aceitar o contrato de *franchising* por previsões financeiras negligentemente inexactas; mas demandara também um administrador da ré, sob a alegação, ao que parece, de que ao celebrar o negócio tinha depositado particular confiança na experiência profissional passada desse administrador. E, embora com maioria tangencial de 2 contra 1, o *Court of Appeal* julgou pessoalmente responsável o administrador.

O comentário refere-nos que esta decisão não deixa de estar em linha com recentes casos anteriores, de que me parece muito significativo, pela frequência potencial, destacar o caso *Thomas Sanders Partnership v. Havery*, no qual foi julgado pessoalmente responsável um administrador que fizera certas afirmações, que vieram a revelar-se inexactas, sobre a qualidade de produtos comercializados pela sua empresa.

Com estes pontos de partida, e comentando ainda diversos outros aspectos da tendência recente da jurisprudência inglesa, a nota de abertura do Prof. MILMAN contém três passagens que creio poderiam servir muito utilmente de mote ou ponto de partida para a nossa reflexão de hoje:

- a primeira, na seqüência do próprio título do comentário (*Directors under fire*), é a de que a responsabilização pessoal dos administradores se revela hoje em dia crescente (nas saborosas palavras do autor, o caso comentado «*once again illustrates the painful fact of commercial life that the directors of limited liability companies are increasingly exposed to personal risk*»);
- a segunda é uma reflexão pragmática da maior importância: ao aludir a zonas onde a percentagem de sucesso de acções contra administradores tem sido menor, a nota acentua, todavia, que, mesmo nesta zona, *há um «hidden value» na simples tentativa*, porque, volto a citar, «*the threat of proceeding may serve to extract sums from directors in order to settle claims*»;
- a terceira (que creio será particularmente grata de ouvir para uma das nossas anfitriãs de hoje, a BONANÇA, pelo protagonismo que sei ter nessa área) é a chamada de atenção para a necessidade de aceitar cada vez mais esta exposição ao risco como parte integrante do *status* do administrador, e tomar as medidas adequadas, uma das quais, embora não a única, *é o seguro de responsabilidade civil dos administradores, cada vez mais difundido*.

3. A este apontamento, provindo de Inglaterra, seja-me permitido juntar duas outras notas soltas integradas na vida judicial portuguesa.

A primeira é um Acórdão de 1995 da Relação de Lisboa (1), que decidiu ordenar o encerramento de um bar não licenciado de que se provou resultarem ruídos, fumos e outros danos para o autor da acção. Além do encerramento, porém, foi pedida uma indemnização, que a Relação concedeu, condenando nela, como fora pedido, não só a sociedade como um seu administrador. Como fundamento, e invocando, entre outros, o artigo 79.º do Código das Sociedades Comerciais, considerou a Relação que a responsabilidade dos factos danosos, com o inerente nexó psicológico, não existia por parte da ré sociedade, mas por parte dos seus representantes, e que foram estes, e não a sociedade, que praticaram os factos e omitiram as diligências necessárias para que o funcionamento do bar não violasse os direitos do autor da acção.

A segunda — ainda mais recente, de há muito poucos dias, que não comentarei aqui por se tratar ainda de caso pendente — é a de um processo em que se discutia uma deliberação de alienação, por uma sociedade, de participações noutra sociedade. Pois bem: o tribunal de primeira instância, embora rejeitando a pretensão, que entendeu não ter fundamento, deixou, em *obiter dictum*, uma surpreendente referência à possibilidade de, em certas circunstâncias, uma venda de activos, ainda que precedida de avaliações, poder representar «violação do dever de diligência» previsto no artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais.

Julgo que estes dois exemplos judiciais portugueses ilustram — se não quantitativamente, por certo que qualitativamente — a potencialidade de alargamento das questões de responsabilidade dos administradores a que acima me referi.

O primeiro deles vem citado pelo Prof. MENEZES CORDEIRO, na sua recente e notabilíssima monografia, que é já uma obra de referência, intitulada *Da responsabilidade civil dos administradores das Sociedades Comerciais* (2), com um expresso aplauso, que confesso ter muita relutância em partilhar.

O segundo, pela alusão ao «dever de diligência» e ao artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais, está já, numa

(1) Ac. da Rel. Lisboa, de 30 de Março de 1995, in Col. Jurisp., XX (1995), 2, pp. 98-100.

(2) Lex, Lisboa, 1997, p. 529.

perspectiva teórica, directamente relacionado com o ponto que, de entre a vasta matéria da responsabilidade civil dos administradores, me propus destacar, para a reflexão conjunta de hoje.

II

4. Alguns autores assinalam, a partir do exame da jurisprudência nos últimos decénios (por ex. em França), que se verificaria um declínio nos tribunais das questões de responsabilidade dos administradores, acompanhado por um acréscimo das questões relativas à destituição e à natureza do vínculo da administração.

Isto seria consequência da evolução de uma situação tradicional de administrador-proprietário da empresa, com fortuna pessoal, para uma crescente profissionalização, que vai trazendo o predomínio de administradores-assalariados, cuja responsabilização pessoal já não teria o mesmo interesse patrimonial. As infracções praticadas pelos administradores já não colocariam, por isso, com tanta frequência, a questão da responsabilidade civil, mas mais a da sua destituição⁽³⁾.

Admito que esta constatação seja historicamente correcta com referência aos últimos decénios, mas tenho as maiores dúvidas que ela represente também a evolução futura previsível. Ao invés, julgo, como resulta já do que acima referi, que será antes esperável assistir, nos próximos tempos, a um acentuar progressivo das questões judiciais da responsabilidade civil contra administradores de sociedades a título pessoal, tal como vimos já suceder no caso inglês. E não se poderá, aliás, esquecer que, por detrás de muitas questões de destituição, v.g. quando se discuta a existência de justa causa, estão — ou podem estar — actuais ou potenciais questões de responsabilidade de administradores.

5. Creio também, por outro lado, que, neste previsível alargamento da litigiosidade em redor da responsabilidade civil dos administradores, venha a ter papel muitíssimo relevante um ponto

(3) MENEZES CORDEIRO, *Da Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, cit., p. 146.

que tem claramente sido subalternizado nos estudos jurídicos continentais: a questão da determinação dos *deveres gerais dos administradores*, em particular do designado *dever de diligência*, a que o artigo 64.º do nosso Código das Sociedades Comerciais se refere.

Trata-se, repito, de uma matéria que tem sido algo subalternizada. Se bem repararmos, verificaremos que nos manuais jurídicos, e mesmo nas obras monográficas de quase todos os países continentais integrados no sistema da *civil law* — incluindo Portugal —, a perspectiva (a única perspectiva, muitas vezes) que se toma é a perspectiva dos pressupostos, mecanismos e, sobretudo na tradição napoleónica francesa, dos meios processuais de efectivação da responsabilidade civil dos administradores — deixando na sombra aquilo que, pelo contrário, representa a perspectiva primeira das abordagens jurídicas das obras anglo-saxónicas: os *duties of directors* ⁽⁴⁾.

Daí que seja sobre esta matéria dos deveres gerais, e em particular do dever de diligência, que hoje gostaria de suscitar uma reflexão particular.

Antes, porém, importará passar brevemente em revista os principais dados de direito positivo atinentes à responsabilidade civil de administradores.

III

6. No Título I («Parte Geral») do Código das Sociedades Comerciais, o capítulo VI, intitulado «*Responsabilidade civil pela constituição, administração e fiscalização da sociedade*», formado pelos artigos 71.º a 84.º, incorpora, de modo sistematizado, as dis-

⁽⁴⁾ O ponto é aliás expressamente assumido por RAÚL VENTURA e BRITO CORREIA no estudo *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes das sociedades por quotas* (estudo comparativo do direito alemão, francês, italiano e português), Separata do Bol. Min. Justiça, n.ºs 192, 193, 194 e 195, onde se diz, a p. 408 (cito sempre da separata): «*Não cabe num capítulo sobre a responsabilidade civil dos administradores, entendida como obrigação de indemnizar, a regulamentação desenvolvida dos deveres a que este fica vinculado.*»

posições principais em matéria de responsabilidade civil dos administradores, reproduzindo, no essencial, o notável trabalho que no final da década de sessenta havia sido levado a cabo pelo Prof. RAÚL VENTURA com o Dr. BRITO CORREIA, e deu origem à publicação do Decreto-Lei n.º 49 381, de 15 de Novembro de 1969.

Creio poder dizer-se, em síntese muito extremada, que este sistema de responsabilidade civil de administradores (que o artigo 81.º do Código manda aplicar também a «*outras pessoas a quem sejam conferidas funções de administração*») comporta três pilares fundamentais: a responsabilidade para com a sociedade (com a particularidade de poder ser também reclamada por sócios a favor daquela), a responsabilidade para com os credores sociais e a responsabilidade para com sócios e terceiros por danos a estes directamente causados.

7. No que concerne ao primeiro pilar, o artigo 72.º, n.º 1, começa por consagrar o princípio da responsabilidade dos gerentes, administradores e directores *para com a sociedade* pelos danos a esta causados com preterição dos deveres legais e contratuais, estabelecendo uma *presunção de culpa* ao subscrever que a responsabilidade dos administradores existirá «*salvo se provarem que procederam sem culpa*». O preceito, que, segundo tem sido entendimento da doutrina, consagra uma típica responsabilidade contratual⁽⁵⁾, exceptua da responsabilidade decorrente de deliberação colegial os que não tenham participado ou tenham votado vencidos, mas prevê responsabilidade solidária quando não tenha sido exercido o direito de oposição. Por outro lado, dispõe este artigo 72.º que a responsabilidade não é excluída pelo parecer favorável do órgão de fiscalização, mas já não existirá se o acto assentar em deliberação dos sócios, ainda que anulável.

Nesta matéria de responsabilidade contratual dos administradores para com a sociedade, o artigo 73.º estabelece o princípio da solidariedade entre os administradores responsáveis, embora com regresso na medida das respectivas culpas, que em princípio se presumem iguais. Por seu turno, o artigo 74.º contém diversas

(5) MENEZES CORDEIRO, *ob. cit.*, p. 494.

regras tendentes a vedar cláusulas estatutárias ou deliberações que pudessem excluir a responsabilidade para com a sociedade: designadamente, a sociedade só poderá renunciar ou transigir se não houver voto contrário de uma minoria igual ou superior a 10% do capital social; e, no que respeita à aprovação anual de contas, esta não tem em princípio efeito exoneratório da responsabilidade dos administradores, salvo se os factos de que decorre a responsabilidade tiverem sido expressamente dados a conhecer aos sócios, e, se, uma vez mais, não houver voto contrário da citada minoria superior a 10% do capital.

Os artigos 75.º e 76.º regulamentam processualmente o exercício da acção de indemnização por parte da sociedade (a chamada acção social *ut universi*). O artigo 77.º contém uma das disposições-chave deste sistema de normas, ao estabelecer que os direitos indemnizatórios da sociedade podem ser reclamados — mas sempre e só a favor da sociedade — em acção intentada por sócios que representem pelo menos 5% do capital social, quando tenha havido inacção da sociedade. É a chamada acção social *ut singuli*, por contraposição à referida acção social *ut universi* proposta pela própria sociedade.

8. Deixando já o campo da responsabilidade (contratual) para com a sociedade, o artigo 78.º, o segundo dos pilares normativos do sistema, estabelece, no seu n.º 1, que, citando, «*os gerentes, administradores ou directores respondem para com os credores da sociedade quando, pela inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à protecção destes, o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respectivos créditos*». Trata-se agora já de responsabilidade extracontratual, no entendimento doutrinal que parece de acolher, sendo certo que, por expressa — e natural — disposição do n.º 3 deste artigo, tal responsabilidade para com os credores, quando exista, não pode ser excluída por renúncia ou transacção da sociedade, nem pelo facto de o acto ou omissão assentar em deliberação dos sócios.

9. O artigo 79.º — terceiro dos referidos pilares — prevê que os administradores, gerentes e directores são também civilmente responsáveis para com os sócios e terceiros pelos danos que directamente lhes causem no exercício das suas funções. Trata-se

de responsabilidade extracontratual também, que versa apenas sobre os danos directos causados aos sócios ou aos terceiros, não se confundindo, portanto, com a possibilidade atrás referida de reclamação pelos sócios (através da acção social *ut singuli*) da responsabilidade em que o administrador tenha incorrido para com a sociedade. De notar, ainda, a expressa menção de que esta responsabilidade se rege pelos termos gerais.

10. Este corpo de normas do Capítulo VII do Código das Sociedades Comerciais não esgota, naturalmente, o regime legal de responsabilidade civil dos administradores (continuo a usar o termo «administradores» em sentido genérico, englobando gerentes e directores), já que, tratando-se de responsabilidade civil, se aplicará, antes de mais, toda a panóplia de regras, pressupostos e conceitos que regem o instituto da responsabilidade civil em geral — de resto, infelizmente, uma das mais árduas zonas da ciência jurídica, onde a construção doutrinal e jurisprudencial se mostra hoje em profunda revisão, ainda desconexa e inarticulada. É matéria sobre a qual não me alargarei aqui.

Mas, em qualquer caso, e dito em termos propositadamente muito gerais, a responsabilidade civil dos administradores tem sempre de decorrer da *«preterição de deveres contratuais e legais»*, como afirma o artigo 72.º do Código das Sociedades Comerciais, ou da *«inobservância culposa de disposições legais ou contratuais»*, como refere o artigo 78.º do mesmo diploma. Ou seja, e continuando a abstrair de outros requisitos, tem de existir sempre, como pressuposto de responsabilidade, uma *desconformidade entre a conduta do administrador e aquela que lhe era normativamente exigível*.

11. O que é, porém, exigível como conduta aos administradores?

Desde logo, e numa certa medida, a resposta decorre imediata e parcelarmente de numerosos preceitos legais, dispersos não apenas pelo Código das Sociedades Comerciais como por muitas outras disposições de diversos outros diplomas, que impõem este ou aquele concreto dever aos gerentes, administradores e directores.

Neste sentido, por exemplo, e tomando apenas agora a Parte Geral do Código das Sociedades Comerciais, pode dizer-se que os

administradores têm o dever de não distribuir bens sociais, quando a situação líquida se tornasse inferior à soma do capital e reservas indisponíveis (artigos 31.º e 32.º); que têm o dever de elaborar o relatório de gestão e apresentar contas (artigos 65.º e seguintes); que têm múltiplos deveres informativos e processuais em matéria de fusão, cisão, dissolução e transformação de sociedades (capítulos IX a XIII); que têm certos deveres de publicidade de actos sociais (artigos 119.º e seguintes), etc.

Todos estes — e muitos outros — integram o que se poderá chamar *deveres de conteúdo específico* ⁽⁶⁾ dos administradores, condutas devidas cujo conteúdo se encontra particularmente definido na lei.

Mas não haverá também *deveres gerais* dos administradores — situados para além dos deveres de conteúdo específico ou de que estes representarão por vezes apenas concretização não exaustiva?

IV

12. No Título I («*Parte Geral*») do Código das Sociedades Comerciais, encontramos um Capítulo V, intitulado «*Administração*», com a particularidade de ser composto por um *único artigo*. Esse artigo é o já referido artigo 64.º, com o título «*Dever de Diligência*», e que preceitua:

«Os gerentes, administradores ou directores de uma sociedade devem actuar com a diligência de um gestor crite-

(6) Na doutrina italiana, refere-se à classificação deveres gerais/deveres de conteúdo específico como sendo «*a única com significado concreto*» FRANCO BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 4.

A classificação deveres gerais/deveres de conteúdo específico, usual na literatura estrangeira, não se deve, porém, confundir com a de deveres específicos/deveres genéricos proposta por MENEZES CORDEIRO (ob. cit., p. 494) e respeitante à distinção entre responsabilidade obrigacional e delitual. A deveres gerais se refere, também, por ex. ORIOL LLEBOT, *Los deberes de los Administradores de la Sociedad Anonima*, Civitas, Madrid, 1996. No mesmo sentido, cfr. ESTEBAN VELASCO, *El poder de decisión en las sociedades anónimas*, Civitas, Madrid, 1982, pp. 501 ss.

rioso e ordenado, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores».

Abordando esta disposição legal, o Prof. MENEZES CORDEIRO faz a seguinte afirmação, que merece a minha inteira concordância:

«O preceito é fundamental, sendo certo que dele decorre, no essencial, todo o resto» (7).

Fundamental embora, não é inequívoco para toda a doutrina que o artigo 64.º imponha efectivamente um dever autónomo dos administradores, perguntando-se se, pelo contrário, mais não fará do que estabelecer um *modo* ou requisito da actuação para cumprimento de deveres que aos administradores por outra via sejam atribuídos (8).

Não queria aqui discutir muito este ponto, de natureza profundamente técnica. Mas, creio que será difícil deixar de reconhecer que o artigo 64.º — sem embargo de conter um critério de com-

(7) *Ob. cit.*, p. 40.

(8) O Prof. ANTUNES VARELA, por exemplo (in «Anotação ao Acórdão do Tribunal Arbitral de 31 de Maio de 1993 (Caso Sociedade Financeira Portuguesa)» in *Rev. Legislação e Jurisprudência*, ano 126.º, n.º 3835, p. 315), refere-se ao artigo 64.º como «preceito bastante genérico e impreciso, mais retórico que realista, destinado a definir o grau de diligência exigível aos responsáveis pela gestão nas sociedades, capaz de interessar ao requisito da culpa, (que) não afasta o requisito da ilicitude requerida da conduta desses agentes».

E o Prof. MENEZES CORDEIRO, discordando de tal ponto de vista, chama-lhe (porventura com alguma dificuldade de compatibilização com a afirmação anterior acima transcrita) *norma parcelar que apenas em articulação com outras permitirá apurar uma regra de conduta pelo que «só por si (...) não é susceptível de violação e, daí, de ser tomado como fonte de obrigações de indemnizar»* (ob. cit., pp. 496-497).

Eis a máxima atenção — que em conjunto não somará mais de uma dúzia de linhas — que o artigo 64.º suscitou na nossa doutrina, por parte de dois dos seus expoentes.

A questão tinha merecido alguma consideração no estudo do Prof. RAÚL VENTURA e BRITO CORREIA, *Responsabilidade Civil*, cit., que, para além do enquadramento teórico mencionado na nota seguinte, pouco mais fazia também do que referir-se à diligência como atitude subjectiva do agente (p. 94) e indicar que o artigo 17.º, n.º 1, do Dec.-Lei n.º 49 381 (antecessor do artigo 64.º C.S.C.) teve por fonte o § 84.º da *Aktien-gesetz* alemã de 1965.

portamento do administrador válido para o conjunto dos seus deveres — conterà *também* uma fonte autónoma de determinação da conduta devida, susceptível de ser autonomamente violado, e, por isso, *fonte autónoma também de responsabilidade civil* ⁽⁹⁾.

13. Este dever geral de diligência, em diversas ordens jurídicas o mais importante e típico dos deveres gerais dos administradores de sociedades, é, como vimos, o *único* que aparece individualizado no Capítulo V da Parte Geral do Código das Sociedades Comerciais. Poderá todavia discutir-se se o conteúdo que lhe está traçado não englobará outros deveres gerais normalmente individualizados noutras ordens jurídicas, como o *dever de lealdade* ⁽¹⁰⁾ e o *dever de vigilância*.

Este último — de particular importância como fonte de responsabilidade civil dos administradores — é objecto de expressa referência no artigo 407.º, n.º 5, do Código das Sociedades Comer-

⁽⁹⁾ Em primeiro lugar, e no plano teórico, julgo correcto pensar, como sublinham RAÚL VENTURA e BRITO CORREIA (ob. cit., p. 96), que a questão da diligência se deve em geral colocar como pressuposto do juízo de ilicitude, concorrendo para a definição do acto devido.

Em segundo lugar, não se pode ignorar que o nosso artigo 64.º — muito embora não sendo tão claro como o preceito do artigo 133.º da *Ley de Sociedades Anonimas* espanhola de 1989, que complementa a disposição geral do artigo 127.º dizendo expressamente que os administradores responderão por actos «*realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo*» — se auto-atribui a definição de um dever, quer na epígrafe, quer no próprio comando («*deven actuar*»).

Aliás, perante preceito similar do artigo 2392 do *Codice Civile*, a doutrina italiana tem reconhecido que, como notam RAÚL VENTURA e BRITO CORREIA, «*há referência a um dever geral do administrador cuja violação acarreta responsabilidade*» (p. 99, citando GRECO, *La società*, pp. 314 e ss.). Na doutrina italiana mais moderna, cfr. BONELLI, *La responsabilità*, cit., pp. 47 e ss..

Não parece, aliás, independentemente da discussão teórica geral sobre o papel da diligência, que possa duvidar-se entre nós da existência de um *dever de administrar* — correspondente ao «*desempeñar el cargo*» da lei espanhola — já, aliás, claramente reconhecido pela doutrina espanhola antes da *Ley de Sociedades Anonimas de 1987* (cfr. JESUS QUIJANO, *La responsabilidad Civil de los Administradores de la Sociedad Anónima*, Valladolid, 1985, pp. 153 e ss.) — ou ao «*dever de dirigir a sociedade*» do § 76 da *Aktiengesetz* alemã de 1965 — que se afigura disciplinado pelo comando do artigo 64.º

⁽¹⁰⁾ De que trata sobretudo, nos direitos continentais, a doutrina espanhola; note-se que o artigo 127.1 da L.S.A. espanhola de 1987 lhe faz uma expressa alusão, ao dizer que os administradores «*desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario e de um representante leal*».

ciais a propósito da responsabilidade dos administradores «não executivos» pela vigilância e actuação do administrador delegado ou da comissão executiva, o que não exclui que o dever de vigilância não exista e vincule todos os administradores mesmo sem haver delegação (11).

É matéria que não abordarei também, deixando apenas anotado que muitas das questões suscitadas sobre dever de diligência são comuns aos demais deveres gerais dos administradores, designadamente no que concerne ao papel da casuística.

14. É intuitivo que o dever de actuar ou administrar com diligência, como os demais deveres gerais, não permite pré-determinar e definir o comportamento devido pelo administrador de uma forma antecipada e abstracta, não podendo, por conseguinte dispensar uma determinação em concreto, a apreciar em cada caso pelo tribunal.

É, por isso, da maior importância — sobretudo para quem pensa, como eu penso, que está em causa a determinação da conduta devida — procurar avançar critérios e juízos que possam iluminar com alguma previsibilidade e segurança a insuprimível apreciação do caso concreto, evitando excessos de subjectivismo ou arbitrariedade.

É neste particular que — sem esquecer o papel primordial da jurisprudência nacional — creio que um dos auxiliares e pontos de referência preciosos dos gestores e dos juristas continentais tenderá, cada vez mais, a ser a consideração das muito vivas reflexões e desenvolvimentos que nos últimos anos, sobretudo em Inglaterra e nos Estados Unidos, têm vindo a verificar-se em torno da chamada *corporate governance* (na definição sintética de Sir

(11) O dever de vigilância, pelo contrário, aparece especialmente tratado de forma autónoma em Itália, também com uma razão de direito positivo: é que o artigo 2392 do Códice Civile, após estabelecer o dever de diligência, diz que «in ogni caso» os administradores têm «un obbligo di vigilanze sul generale andamento della gestione». Cfr. BONELLI, *La responsabilità*, cit., p. 51. Este autor, aliás, considera também o dever de vigilância «una specificazione dell'obbligo di amministrare con diligenza» (p. 53) e bem assim, refere o entendimento generalizado de que o dever de vigilância abrange todos os administradores, mesmo quando não existe delegação.

ADRIAN CADBURY, «*sistema pelo qual as sociedades são dirigidas e controladas*»).

Sem cair na tentação de julgar «*importáveis*», sem mais, todas as questões e soluções (muitas das quais carecem de adaptação ou são até, no momento presente, dificilmente compatibilizáveis com o sistema jurídico português), julgo, com efeito, que a mundialização crescente da economia e das questões e realidades empresariais, acompanhadas da harmonização de legislações e da generalização da comunicação, tende a aproximar critérios e a esbater fronteiras de apreciação, permitindo um crescente aproveitamento crítico, por cada ordem jurídica, de experiências nascidas ou desenvolvidas noutros países, como é o caso da *corporate governance*.

Para isso tem também contribuído fortemente — e tudo indica que irá continuar a contribuir — a autêntica «*revolução*» que os anos noventa têm mostrado no comportamento tradicionalmente passivo dos grandes investidores institucionais (v.g. fundos de pensões), cada vez mais presentes em cada vez mais mercados de capitais e empresas, por força da referida mundialização. São estes hoje, com efeito, dos arautos mais tenazes dos novos ventos da *corporate governance*, de uma forma, aliás, por vezes impositiva e quase ditatorial. Veja-se, a este propósito, o exemplo de há muito poucos dias do CALPERS (*California Public Employees Retirement System*), que gere activos de 113 biliões de dólares e acaba de anunciar a aprovação dos princípios mínimos da *corporate governance* que passará a requerer (*urge*) sejam observados pelas sociedades em que participa ⁽¹²⁾.

O papel da doutrina e destes grandes investidores institucionais é também cada vez mais relevante na litigiosidade respeitante aos *duties of directors* — e à respectiva exoneração — o que nos traz a ligação com o tema da reflexão de hoje.

Com efeito, a pressão da realidade económica e empresarial sobre as ordens jurídicas existentes não se reflecte apenas no plano da respectiva modificação, mas também no da evolução e entendi-

⁽¹²⁾ Cfr. *The Wall Street Journal*, de 19 de Junho de 1997. A repercussão que já hoje se sente deste tipo de orientação em países como Reino Unido e França é destacada por ANDRÉ TUNC, “Le gouvernement des sociétés anonymes le mouvement de réforme aux États-Unis et au Royaume-Uni”, in *Revue Internationale de Droit Comparé*, 1-1994, pp. 71-72.

mento «*actualístico*» dos respectivos conceitos e institutos — não admirando, evidentemente, que os mais sensíveis e permeáveis venham a ser os de conteúdo mais indeterminado e mais ligado à realidade em mutação.

No que respeita aos deveres gerais dos administradores e à respectiva responsabilidade não existe, ao contrário do que se passa em muitas zonas de responsabilidade civil profissional, um corpo de «*regras de arte*» a que se possa recorrer para identificar com maior simplicidade as respectivas violações: a responsabilidade civil dos administradores é ainda, mesmo nos EUA, uma responsabilidade por *negligence* e não por *malpractice*, como a dos médicos, advogados ou outros profissionais ⁽¹³⁾.

Mas há que permanecer atento aos factores que podem conduzir à evolução e afinação dos conceitos: e poucas dúvidas me restam de que o desenvolvimento da *corporate governance* representa um dos que mais de perto carece de ser seguido.

15. Em Inglaterra, após os escândalos das grandes *corporate frauds* do final dos anos oitenta, o movimento que acompanhou a elaboração do *Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance*, presidido por Sir Adrian Caldbury e que produziu o célebre *Cadbury Report* no final de 1992, deu origem a um *Code of Best Practices* que rapidamente se tornou, embora sem força legal, norma prática obrigatória para as grandes empresas, através da sua incorporação nas *Listing Rules* da Bolsa de Londres, codificadas na actual versão do *Yellow Book*.

Muito recentemente, nos anos de 1995 e 1996, o debate sobre a *Corporate Governance* tornou-se um *must* nos países continentais, designadamente em França ⁽¹⁴⁾, Espanha ⁽¹⁵⁾ e Itália ⁽¹⁶⁾.

⁽¹³⁾ Não creio mesmo que seja exacta (ou sequer «tendencialmente exacta» como entende BONELLI) a afirmação de autores como DYSON segundo o qual é a própria classe dos administradores que, com os seus comportamentos próprios, acaba por determinar o *standard* de diligência que deve ser prestada no desempenho do cargo. (DYSON, "The Director's Liability for Negligence", in *Indiana Law Journal*, 1964/65, pp. 371 e ss. cit. por BONELLI, *La responsabilità*, cit., p. 50).

É tempo ideal, pois, para que os contributos que ao direito das sociedades possam ser trazidos pela evolução da *corporate governance* sejam também discutidos em Portugal.

Creio, a este respeito, que, ao lado da organização do poder societário (em que avulta o particular papel que se tende a dar aos administradores não executivos independentes), a matéria dos deveres gerais dos administradores — em particular do dever geral de diligência — será uma das potencialmente mais férteis.

E julgo que os ensinamentos e reflexões mais fecundas poderão resultar da consideração da experiência dos Estados Unidos, em particular da importantíssima obra do *American Law Institute* intitulada precisamente *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations*.

Gostaria, pois, de, para encerrar esta reflexão, fazer ainda uma alusão a esta obra e ao tratamento que nela é dado ao *duty of care* dos administradores e respectivo *standard* de apreciação nas *business decisions* (*business judgement rule*).

VI

16. Os «*Principles of Corporate Governance*», do *American Law Institute*, são uma obra monumental, publicada em 1994, que representa o resultado de um longo percurso, tendo sido elabora-

(¹⁴) Cfr., entre muitos, DANIEL HURSTEL, “Est-il urgent et indispensable de réformer le droit des sociétés au nom de la «corporate governance»?”, in *Rev. Sociétés* (4), 113 année, Oct.-Déc. 1995, p. 633; na divulgação inicial, cfr. ANDRÉ TUNC, *Le gouvernement*, cit., p. 59.

(¹⁵) Segundo afirma o Prof. BISBAI MÉNDEZ no respectivo prólogo, foi pioneira a obra de ORIOL LLEBOT, *Los Deberes de los Administradores de la Sociedad Anonima*, cit., Madrid 1995. Cfr. também, na mesma esteira, PORTELLANO DIAZ, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, Civitas, Madrid, 1996.

(¹⁶) Cfr. LUIGI BIANCHI, “Corporate Governance — Considerazioni introduttive”, in *Rivista della Società*, 1996 (anno 41), p. 2; MAGDA BIANCO e P. CASAVOLA, “Corporate governance in Italia: alcuni fatti e problemi aperti”, ib. p. 427; PIERGAETANO MARCHETTI, “Corporate Governance e disciplina societaria vigente”, ib., p. 418; M. COLOMBERA, “Le regole di corporate governance nel Regno Unito: il Cadbury Committee e il Greenbury Committee”, ib., p. 440.

dos, em sucessivas versões, durante cerca de 15 anos, com contribuição de muitas dezenas dos mais ilustres juristas americanos, conduzindo a cerca de 800 densas páginas distribuídas por dois volumes.

Tendo sofrido algumas inflexões de percurso durante os seus anos de elaboração — resultantes, sobretudo, de vivos debates entre as correntes doutrinárias defensoras de visões filosóficas «*contratualista*» e «*pluralista*» do direito das sociedades — os «*Principles*» agrupam uma miscelânea de textos de diferente natureza, designadamente:

- *restatement rules* (normas formadas em resultado de actividade jurisprudencial, com o valor próprio que tem nos Estados Unidos);
- *model statutory rules*, ou normas legais almejando uma possível codificação;
- *recommendations of corporate practice*, dirigidas às sociedades e destinadas à adopção voluntária por estas.

Por outro lado, e em particular no que concerne à matéria dos deveres dos administradores, os *Principles* contêm também dois tipos de formulações:

- os *models of conduct*, que se pretendem impostos aos administradores;
- os *standards of review*, a serem utilizados pelos tribunais na eventual apreciação das condutas dos administradores, que podem, em certas circunstâncias, afastar-se do *model of conduct* respectivo, designadamente em sentido mais liberal ou permissivo.

17. Na formulação da *Section 4.01* dos *Principles*, o *duty of care* consiste no dever de os administradores desempenharem as respectivas funções com diligência, entendida esta de uma forma que, como assinala a doutrina, se não afasta muito da utilizada na responsabilidade civil delitual, fazendo, como esta, apelo à diligência de uma «*ordinarily prudent person*».

Ou seja, o *duty of care* considera-se satisfeito se o sujeito agir de boa fé, de modo que repete corresponder ao melhor interesse da sociedade e com a diligência esperável de uma pessoa medianamente prudente colocada nas mesmas posição e circunstâncias ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁷⁾ É o seguinte o texto integral da Section 4.01, que compreende o *duty of care* e a expressão, em (c) e (d), da *business judgement rule*:

- a) *A director or officer has a duty to the corporation to perform the director's or officer's functions in good faith, in a manner that he or she reasonably believes to be in the best interests of the corporation, and with the care that an ordinarily prudent person would reasonably be expected to exercise in a like position and under similar circumstances. This Subsection (a) is subject to the provisions of Subsection (c) (the business judgement rule) where applicable.*
 - 1) *The duty in Subsection (a) includes the obligation to make, or cause to be made, an inquiry when, but only when, the circumstances would alert a reasonable director or officer to the need therefor. The extent of such inquiry shall be such as the director or officer reasonably believes to be necessary.*
 - 2) *In performing any of his or her functions (including oversight functions), a director or officer is entitled to rely on materials and persons in accordance with §§ 4.02 and 4.03 (reliance on directors, officers, employees, experts, other persons, and committees of the board).*
- b) *Except as otherwise provided by statute or by a standard of the corporation [§ 1.36] and subject to the board's ultimate responsibility for oversight, in performing its functions (including oversight functions), the board may delegate, formally or informally by course of conduct, any function (including the function of identifying matters requiring the attention of the board) to committees of the board or to directors, officers, employees, experts, or other persons; a director may rely on such committees and persons in fulfilling the duty under this Section with respect to any delegated function if the reliance is in accordance with §§ 4.02 and 4.03.*
- c) *A director or officer who makes a business judgement in good faith fulfils the duty under this Section if the director or officer:*
 - 1) *Is not interested [§ 1.23] in the subject of the business judgement;*
 - 2) *Is informed with the respect to the subject of the business judgement to the extent the director or officer reasonably believes to be appropriate under the circumstances; and*
 - 3) *Rationally believes that the business judgement is in the best interests of the corporation*
- d) *A person challenging the conduct of the director or officer under this Section has the burden of proving a breach of the duty of care, including the inapplicability of the provisions as to the fulfilment of duty under Subsection (b) or (c), and, in a damage action, the burden of proving that the breach was the legal cause of damage suffered by the corporation.*

De uma forma analítica pode dizer-se que o *duty of care* se traduz em quatro principais obrigações ⁽¹⁸⁾:

- *duty to inquiry*;
- *duty to monitor* (o mais dependente, na sua extensão, da organização da sociedade);
- razoabilidade *do iter* decisional;
- razoabilidade *da decisão*.

O *duty of inquiry* impõe ao administrador o dever de apurar — ou fazer apurar, o que é uma nota importante — as informações que, num critério de razoabilidade, *pareçam a um director comum como necessitando de ser averiguadas*, antes de uma tomada de decisão. Creio que a sua inclusão como elemento integrante do dever geral de diligência será válida também no nosso direito — embora porventura não nos mesmos exactos moldes — sendo, por consequência, útil, na ausência de jurisprudência portuguesa sobre a matéria, ter presente o entendimento que, nos *leading cases*, tem sido dado pelos tribunais americanos. Assim, tanto se julgaram, no caso *Trans Union Corporation*, responsáveis administradores que deliberaram uma fusão sem os necessários elementos de informação («*were grossly negligent in approving the sale of company upon two hour's consideration, without prior notice*»), como, em contrapartida, se considerou, noutro caso (*Graham v. Allis Chalmers*), que não havia violação do *duty of inquiry* perante actos lesivos do direito de concorrência praticados por empregados, uma vez que, «*absent cause for suspicion there is no duty upon the directors to install and operate a corporate system of espionage to ferret out wrongdoing which they have no reason to suspect exists*».

O *duty to monitor* — que tem evidente contacto com o nosso «dever de vigilância» e pode estar ligado ao *duty of inquiry* nas sociedades com distinção entre administradores executivos e não executivos, podendo dizer-se que o dever de vigilância constitui o conteúdo mínimo do dever de diligência quando a generalidade dos poderes de gestão estão delegados — consiste no dever de

⁽¹⁸⁾ Cfr. FEDERICO GHEZI, "I doveri fiduciari degli amministratori nei, «principles of corporate governance»", in Riv. Soc., 1996, p. 487.

acompanhar e vigiar a gestão da sociedade. No respectivo tratamento judicial, se é por vezes afirmado que o seu cumprimento «*do not require a detailed information of day-to-day activities but rather a general monitority of corporate affairs and policies*» (caso *Francis v. United Jersey Bank*), já, por outro lado, merece severos juízos de censura e condenação em hipóteses como o caso *Joy v. North*, onde, a respeito de empréstimos aprovados pelo *Citytrust* com concentração de risco superior à definida, se julgou que «*Directors who willingly allow others to make major decisions affecting the future of the corporation wholly without supervision or oversight may not defend on their lack of knowledge, for that ignorance itself is a breach of fiduciary duty*».

18. As exigências de razoabilidade no processo de decisão e da própria decisão aparecem-nos particularmente modificadas por um especial *standard of review* quando se trata de decisões empresariais: é a chamada ***business judgement rule***.

A função da *business judgement rule* é a de, estabelecendo um alto grau de protecção quanto à responsabilidade dos administradores (embora com sujeição a requisitos formais estritos), procurar evitar que, no processo de determinação das infracções do *dever de diligência*, as decisões empresariais tomadas pelos administradores possam ser substituídas por opiniões dos juízes tomadas *a posteriori*.

Conforme tem sido sublinhado ⁽¹⁹⁾, a *business judgement rule* pode analisar-se em quatro requisitos, três dos quais são condições de aplicação, constituindo o quarto a própria regra:

- a) Em primeiro lugar, é necessário que a *business decision* tenha sido assumida: embora possa ser «*a judgement either to act or to abstain from action*», a simples omissão de tomar uma decisão não está salvaguardada pela regra (e pode ser penalizada como negligente);

⁽¹⁹⁾ Cfr. F. GHEZI, *I doveri*, cit., p. 494 e ss. e ORIOL LLEBOT, *Los deberes*, cit., pp. 73 e ss. Sobretudo, ver AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of Corporate Governance*, cit., Parte IV, comment to § 4.01 (c).

- b) Em segundo lugar, é necessário que os administradores envolvidos não tenham um interesse pessoal, ou seja, é necessária a ausência de conflito de interesses;
- c) Em terceiro lugar, é necessário que não tenha sido violada nenhuma norma de disciplina do aspecto formal da decisão, em particular, que o administrador se tenha razoavelmente informado, de acordo com as circunstâncias, antes de tomar a decisão;
- d) Cumpridos os requisitos anteriores, a *business judgement rule* proporciona um *safe harbour* à responsabilidade civil do administrador, estabelecendo que a decisão não será já apreciada segundo o parâmetro da razoabilidade que vimos ser normalmente exigido pela *section 4.01* («*reasonably believes to be in the best interest; with the care that an ordinary prudent person would reasonably be expected to exercise*»), mas segundo um modelo de apreciação muito mais limitado, onde só haverá responsabilidade se a decisão for *de todo* «irracional».

Por outro lado, a *business judgement rule*, para além de substituir o parâmetro normal de aplicação de diligência por um padrão menos exigente, representa também processualmente, a inversão do ónus da prova: como se diz no caso *Citron v. Fairchild*, «*the business judgement rule is both a presumption (i.e. a burden allocating mechanism for use in litigation) and a substantive rule of law*».

19. Os deveres dos administradores foram contemplados nos *Principles of Corporate Governance* numa forma que não satisfaz integralmente nem a corrente de pensamento «*contratualista*» (que considera que há, até mesmo no *business judgement rule*, ao exigir um grau razoável de informação, uma excessiva limitação da independência e espírito empresarial dos administradores ⁽²⁰⁾), nem a corrente institucionalista ou «*pluralista*» (que critica como dema-

⁽²⁰⁾ Diz, a este respeito, CARNEY: *The imposition of liability on directors reduce their incentive to take risks and increases the cost of decision making by encouraging the directors to compile large paper records before making decisions (...) The beaurocratic*

siado brandas as soluções em matéria de responsabilidade, nomeadamente nas *business decisions* onde o accionista que pretenda atacar uma decisão dos administradores tem o ónus de provar não só que a decisão é objectivamente irracional ou que o administrador não acumulou um nível suficiente de informação, como também que foi a violação do dever de diligência a causa directa do prejuízo sofrido pela sociedade).

20. Seja qual for a opinião de fundo, creio que o que de mais importante e merecedor de ponderação existe na *business judgment rule* — como de resto também no tratamento analítico que os *Principles* dão ao *duty of care* e ao *duty of monitor* e *duty of inquiry* naquela contidos — não é tanto a novidade do resultado final, como a circunstância de, no interesse da previsibilidade e segurança jurídica dos administradores e de decisões de gestão corajosas e não manietadas, *diminuir a apreciação substancial, substituindo-a por um rigoroso controlo de aspectos formais*, a ponto de se poder dizer que o cumprimento do dever de diligência, nas decisões empresariais, *se transforma na necessidade de observância de um processo (de informação, de ausência de conflito de interesses, de boa fé), mais do que num juízo sobre a decisão em si.*

Este aspecto parece-me de salientar mesmo perante uma ordem jurídica como a nossa onde o princípio da *insindicabilidade do mérito* das decisões de gestão por parte dos tribunais também é geralmente admitido, porquanto a experiência de outros países, como a Itália, onde igual regra de insindicabilidade é afirmada pela doutrina, mostra que nem sempre os tribunais, na ausência de fronteiras formais firmes, resistem à tentação de sobrepor o seu próprio juízo *ex post* ao juízo de quem tomou a decisão de gestão ⁽²¹⁾.

approach in the antithesis of the entrepreneurial approach desired by investors (in ALI's Corporate Governance Project: The Death of Property Rights?, *Wash.Law Rev.*, 1993, p. 925, cit. por F. GHEZI, *I doveri*, cit., p. 471.

⁽²¹⁾ A tendência dos tribunais italianos para, embora reconhecendo o princípio da insindicabilidade da decisão de gestão, acabar por tomar decisões baseadas em juízos próprios decorrentes do exame retrospectivo dos actos de gestão é sublinhado por BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, cit., pp. 67 e ss., criticando diversas decisões judiciais. Particularmente impressiva é uma sentença do Tribunal de Milão de 9/7/77, respeitante à aquisição da Banca Unioni, onde se afirmou a responsabilidade de um administrador pelo acto «*irrazionale ed avventuroso*» de adquirir uma participação accionista com

VII

21. Com as reflexões que precedem procurei deixar expressa a minha convicção de que, sendo a questão da responsabilidade civil dos administradores uma questão progressivamente séria e preocupante, o estudo e consideração dos chamados «*deveres gerais*» dos administradores — e, em particular, do que entre nós se chama «dever de diligência» e tende a compreender os demais — irá, provavelmente, ser chamado a desempenhar um papel decisivo, pelo lugar fulcral que ocupa na própria determinação do *conteúdo da actuação devida* do administrador.

Julgo, pois, que há que romper com a tradição continental e dedicar, também em Portugal, mais tempo e esforço à questão dos deveres gerais dos administradores e do dever de diligência — sendo essa chamada de atenção o principal motivo desta intervenção.

A esse respeito — como a outros — parece da maior utilidade, sem esquecer que há exageros, excessos formais e múltiplas diferenças dos quadros gerais das ordens jurídicas — atentar na evolução doutrinal e jurisprudencial que, sobretudo nos Estados Unidos, vem sendo desenvolvida e muito profundamente conduzida a propósito da chamada *corporate governance*.

A *corporate governance* chega a ser, para grande parte dos autores que se lhe dedicam — e para o *American Law Institute* cujos «*Principles*» se situam na clara vanguarda da respectiva elaboração — qualificada como fazendo parte do *Direito Constitucional*, sendo para o *American Law Institute* os *Principles* vistos como «*a major contribution to the fundamental law of economic system that operate through privately owned business enterprises*»⁽²²⁾.

Há quem, mais restritamente, considere a *corporate governance* como «*a new legal discipline*»⁽²³⁾, sendo talvez mais rea-

recurso a financiamento e dando em garantia a própria participação adquirida — acto que, naturalmente, o autor frisa ser, na vida dos negócios, perfeitamente «*normale*», pelo qual o julgamento lhe causa «*perplexità*».

(22) A afirmação é de HAZARD, no «*Directors Foreword*» dos *Principles of Corporate Governance: Analysis and Recommendations* do *American Law Institute*.

(23) VEASY, *The Emergence of Corporate Governance as a New Legal Discipline*, in *International Business Lawyer*, 48, 1993, p. 1268.

lista, dado o âmbito, os propósitos e os fundamentos, enquadrá-la no que normalmente se designa por «*law and economics*».

Seja como for, não se trata, ou não se trata apenas, de direito das sociedades: e é esta nota de *interdisciplinarietà* que aqui deixaria sublinhada, num sector onde o direito das sociedades dela pode sem dúvida muito beneficiar.