

RESUMO: A modificação do artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais foi uma das mais importantes inovações da Reforma de 2006. Regula os deveres gerais fiduciários de cuidado e de lealdade dos administradores das sociedades e a sua relação com a diligência de um “gestor criterioso e ordenado”. O objectivo do texto é apresentar uma leitura dessa relação enquanto modelo essencial de actuação em concreto dos membros dos órgãos de administração.

ABSTRACT: The change of section 64 of the Portuguese Companies Code was one of the most important innovations of the reform occurred in 2006. It rules the general and fiduciary duties of the companies’ directors (care and loyalty) towards the company and its relationship with the diligence required by a “director with criterion and orderliness”. The target of the text is to offer enlightenment over that relationship, as essential pattern of the directors’ concrete behaviour.

RICARDO COSTA

Deveres gerais dos administradores e “gestor criterioso e ordenado”¹

1. A modificação do art. 64.º promovida pela Reforma de 2006 do CSC

Uma das modificações mais notadas na Reforma de 2006 do CSC foi a alteração da epígrafe e do corpo do art. 64.º.

A versão originária do art. 64.^{o2}, sob a epígrafe «Dever de diligência», rezava: “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”.

Depois das alterações promovidas pelo art. 2.º do DL 76-A/2006, de 29 de Março, o art. 64.º ganhou uma nova epígrafe – «Deveres fundamentais» – e passou, em dois números, a determinar assim: “1. Os gerentes ou administradores da sociedade devem observar: a) Deveres de cuidado, relevando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da

¹ O texto é uma versão desenvolvida da conferência apresentada no Congresso. Corresponde no essencial a uma parcela significativa do comentário ao art. 64.º do CSC, constante do volume I (Arts. 1.º a 84.º) do *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (Almedina, Coimbra, 2010).

² Referem-se ao CSC as disposições legais sem qualquer outra indicação.

actividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado; e b) 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./ 2. 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.”

No que aqui interessa – os deveres dos membros do órgão de administração da sociedade comercial –, isto é, o disciplinado pelo n.º 1 do art. 64.º, a lei reconheceu e individualizou *ex professo* os dois deveres gerais (ou fundamentais) que recaem no estatuto jurídico dos administradores e gerentes das sociedades. Para isso, continuou a admitir que a respectiva actuação se norteasse pela bitola de “diligência de um gestor criterioso e ordenado”, ainda que esta apenas se inscreva *literalmente* na relação com os “deveres de cuidado”.

Tal modificação foi colocada pelo legislador no âmbito da necessidade de empreender “o afinamento das práticas de governo das sociedades”, em benefício da “competitividade das empresas nacionais”³. O que se alinhava com o objectivo confesso da CMVM, para quem, no estudo que antecedeu e fundou, nesta parte, as modificações do DL 76-A/2006, “a lei deve recortar um núcleo mínimo dos deveres dos administradores”, “não só para fornecer modelos de decisão claros mas também para permitir a efectivação applicativa de precisões normativas decorrentes do incumprimento dos deveres societários”⁴.

A versão final da alteração do art. 64.º, hoje em vigor, acabou por ficar manifestamente mais complexa do que uma mera explicitação dos deveres gerais dos administradores implicava – “amplia, em termos macroscópicos, a versão primitiva do artigo 64.º, resultando num preceito mais

³ Preâmbulo do DL 76-A/2006.

⁴ *Governo das sociedades anónimas: propostas de alteração ao Código das Sociedades Comerciais*, Processo de consulta pública n.º 1/2006, de 1/2006, www.cmvm.pt, p. 16. Porém, a redacção do art. 64.º proposta neste estudo mantinha a redacção original do CSC e acrescentava a “lealdade” à “diligência”, já que se revelava necessário explicitar o dever de lealdade, “porquanto complementa a vinculação a deveres de diligência (*duties of care*) e permite concretizações applicativas mais amplas” – *Governo das sociedades anónimas: proposta de articulado modificativo do Código das Sociedades Comerciais*, Complemento ao processo de consulta pública n.º 1/2006, de 2/2006, www.cmvm.pt, pp. 4-5.

rico e prenhe de implicações”⁵. A doutrina sublinhou a necessidade de reformular o art. 64.º, o “preceito emblemático” na regulação dos “deveres emergentes da especial relação de confiança depositada nos membros dos órgãos sociais”: em síntese, “mostrava-se excessivamente breve”, era de censurar “o silêncio legislativo” quanto ao dever de lealdade, “acumulava ambiguidades”, evidenciava “inaptidão para um tratamento cabal dos deveres fiduciários dos administradores”; “havia que o renovar”, atenta “a ampla vocação aplicativa do art. 64.º e o seu elevado potencial poder conformador de comportamentos dos titulares de órgãos de administração”; “o art. 64.º deveria tornar-se numa regra popular”⁶. Mas nem todos aceitaram a bondade da almejada “popularização” do art. 64.º: “o preceito resultou muito complexo”, em função de uma redacção “bastante mais complicada”⁷; constitui uma “justaposição de massas jurídicas de origens e tempos diversos”⁸, que reclama interpretação com o fim de alcançar um “preceito harmónico e funcional”⁹. Na verdade, “preceitos deste tipo, de tão grande generalidade, exigem esforços de precisão por parte da jurisprudência e da doutrina para uma mais segura aplicação aos casos concretos”¹⁰.

2. Os deveres previstos pelo art. 64.º, 1, no contexto do catálogo de deveres dos administradores e gerentes e âmbito subjectivo de aplicação

Como assinala Coutinho de Abreu, “os administradores têm ‘poderes-função’, poderes-deveres, gerem no interesse da sociedade, têm os poderes necessários para promover este interesse”¹¹. Na parcela obrigacional,

⁵ PAULO CÂMARA, “O governo das sociedades e os deveres fiduciários”, *Jornadas «Sociedades abertas, valores mobiliários e intermediação financeira»* (coord. de Maria Fátima Ribeiro), Almedina, Coimbra, 2007, pág. 167.

⁶ Refiro-me a PAULO CÂMARA, págs. 164-165.

⁷ MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais anotado* (coord. de A. Menezes Cordeiro), Almedina, Coimbra, 2009, sub art. 64.º, pág. 243.

⁸ MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I volume, *Das sociedades em geral*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, pág. 837.

⁹ MENEZES CORDEIRO, *últ. ob. cit.*, pp. 802-803.

¹⁰ COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2ª ed., IDET/Cadernos n.º 5, Almedina, Coimbra, 2010, p. 15.

¹¹ *Responsabilidade civil...* cit., n. 38 – p. 25; antes, RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas*, Separata do BMJ n.os 192, 193, 194 e 195, Lisboa, 1970, p. 101, VASCO LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*, Atlântida Editora, Coimbra, 1976 (reimpr.

os deveres dos administradores e gerentes são orientados pela relação *fiduciária* que a gestão de bens e interesses alheios do ente jurídico social implica¹². Por natureza, essa gestão implica a assunção de riscos para tornar possível a obtenção de lucros. O risco, que se associa à inovação e à criatividade, é um elemento natural e intrínseco das decisões empresariais, que favorecem o interesse social e, assim, beneficiam a sociedade e os sócios (as possibilidades de ganho derivadas de uma escolha arriscada são quase sempre mais consideráveis do que as derivadas de uma escolha menos arriscada)¹³. Mas essa assunção deve estar balizada desde logo pelo quadro de obrigações que devem nortear a actuação dos administradores¹⁴. Por isso, esses deveres emergem fundamentalmente da relação *interna* do administrador com a sociedade, ainda que possam ter reflexos (nomeadamente a sua omissão ou cumprimento defeituoso) na rela-

1998, Almedina), pp. 341-342 e n. 90. Sobre este “poder-dever de desenvolver a actividade genérica de gerir a empresa social”, v. ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores e directores de sociedades anónimas perante os credores sociais*, Studia Iuridica 67, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 65-66, 77 e ss.

¹² Particularmente elucidativos, CAETANO NUNES, “Concorrência e oportunidades de negócio societárias – Estudo comparativo sobre o dever de lealdade dos administradores de sociedades anónimas”, *Corporate governance*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 89, CALVÃO DA SILVA, “Corporate governance’. Responsabilidade civil de administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão”, *RLJ* n.º 3940, 2006, p. 53, CARNEIRO DA FRADA, “A *business judgment rule* no quadro dos deveres gerais dos administradores”, *Jornadas «Sociedades abertas, valores mobiliários e intermediação financeira»* (coord. de Maria Fátima Ribeiro), Almedina, Coimbra, 2007, pp. 207, 209, ss., MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais anotado cit., sub art. 64.º*, p. 243 (“especialistas fiduciários, que gerem bens alheios”), PAIS DE VASCONCELOS, “Responsabilidade civil dos gestores das sociedades comerciais”, *DSR*, vol. 1, 2009, p. 12, ss. (frizando a relação de *agency* entre os administradores e a sociedade *principal*), pp. 31-32, Id., “*Business judgment rule*, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais”, *DSR*, vol. 2, 2009, pp. 61, 63, VÂNIA MAGALHÃES, “A conduta dos administradores das sociedades anónimas: deveres gerais e interesse social”, *RDS* n.º 2, 2009, p. 395, SOUSA GIÃO, “Conflitos de interesses entre administradores e os accionistas na sociedade anónima: os negócios com a sociedade e a remuneração dos administradores”, *Conflito de interesses no direito societário e financeiro. Um balanço a partir da crise financeira*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 217-218, 223, ss.

¹³ V. RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, pp. 94-95 e n. 169, CAETANO NUNES, *Responsabilidade civil dos administradores perante os accionistas*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 92, CALVÃO DA SILVA, p. 55, PAIS DE VASCONCELOS, “*Business judgment rule*, deveres de cuidado...”, *loc. cit.*, pp. 61-62, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...* cit., pp. 22 e 39.

¹⁴ V. CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil. Responsabilidade civil. O método do caso*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 121.

ção *externa* com outros sujeitos (credores, Estado, sócios, trabalhadores e outros terceiros especialmente interessados).¹⁵

Os deveres impostos aos administradores para o *exercício correcto* da administração começam por ser, como actividade, o dever *típico e principal* de administrar e representar a sociedade – correspectivo passivo dos poderes típicos, e normativizados, da função de administrador, previstos nos arts. 192.º, 1, 252.º, 1, 405.º, 431.º, 1 e 2¹⁶. Este dever genérico, porém, apenas encontra densidade, pela sua indeterminação e amplitude, com a identificação de deveres *gerais de conduta, indeterminados e fiduciários*¹⁷, que, ainda que *sem conteúdo específico*, concretizam o dever típico nas *esco-*

¹⁵ Para desenvolvimento destas relações, v. por todos PAIS DE VASCONCELOS, “*Business judgment rule*, deveres de cuidado...”, *loc. cit.*, pp. 60-61.

¹⁶ Recusando transportar para aqui a classificação dos deveres em que se analisa civilisticamente a “relação obrigacional complexa” e, por isso, desde logo, conceber um “dever principal de prestação” na tarefa de “administrar”, COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social”, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET/Colóquios n.º 3, Almedina, Coimbra, 2007, n. 44 – p. 29-30 (= *Responsabilidade civil... cit.*, n. 69 – p. 35-36): entre outra argumentação, “os deveres de cuidado e de lealdade não jogam bem, parece, num esquema radial de dever principal-deveres acessórios, secundários, laterais, etc. ...”; este esquema é adoptado por ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A responsabilidade civil dos administradores nas sociedades em relação de grupo*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 105, VÂNIA MAGALHÃES, n. 78 – p. 398, TRIGO DOS REIS, “Os deveres de lealdade dos administradores de sociedades comerciais”, *CadOD*, 2009, n. 106 – pp. 314, 344-345, 414. No sentido do texto, DUARTE RODRIGUES, *A administração das sociedades por quotas e anónimas – Organização e estatuto dos administradores*, Livraria Petrony, Lisboa, 1990, pp. 173-174, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização de sociedades e responsabilidade civil (após a Reforma do Código das Sociedades Comerciais)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 44, CARNEIRO DA FRADA, “*A business judgment rule...*”, *loc. cit.*, pp. 206-207, no contexto de os poderes dos administradores serem funcionais e ordenarem-se ao cumprimento da obrigação de administrar, PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais e valores mobiliários*, 5ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 234, ss., BRUNO FERREIRA, “Os deveres de cuidado dos administradores e gerentes (Análise dos deveres de cuidado em Portugal e nos Estados Unidos da América fora das situações de disputa sobre controlo societário)”, *RDS* n.º 3, 2009, p. 707, ss., FERREIRA GOMES, “Conflitos de interesses entre accionistas nos negócios celebrados entre a sociedade anónima e o seu accionista controlador”, *Conflito de interesses no direito societário e financeiro. Um balanço a partir da crise financeira*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 159-160.

¹⁷ Etiqueta dogmática dominante entre nós: entre outros, CALVÃO DA SILVA, p. 51, ss., GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, p. 43, ss., PAULO CÂMARA, p. 163, ss., FÁTIMA GOMES, “Reflexões em torno dos deveres fundamentais dos membros dos órgãos de gestão (e fiscalização) das sociedades comerciais à luz da nova redacção do artigo 64.º do CSC”, *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Volume II, *Vária*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 568, PAIS DE VASCONCELOS, “*Business judgment rule*, deveres de cuidado...”, *loc. cit.*, pp. 63, 65.

lhas de gestão e asseguram a sua realização no *modo de empreender a gestão*¹⁸. São dois estes deveres *fundamentais*¹⁹, elencados agora nas alíneas *a*) e *b*) do art. 64.º, 1: o *dever de cuidado* (ou *diligência em sentido estrito*²⁰) e o *dever de lealdade*. Produto dos direitos anglo-saxónicos (*duty of care, duty of loyalty*)²¹, representam *padrões abstractos de comportamento* que conformam caso a caso, como *normação da conduta devida*, a actuação dos administradores e gerentes *no exercício das suas funções*²². Da sua concretização resultarão (sub)deveres mais específicos, que, como veremos, recortam o *espaço de (i)licitude da conduta dos administradores*.

Em segundo lugar, destacam-se os deveres que resultam *de forma específica e imediata* da lei (não só societária), os chamados *deveres legais espe-*

¹⁸ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das sociedades. Parte Geral*, ed. do A., 2010, p. 325.

¹⁹ Assim são denominados na epígrafe do art. 64.º e por alguma doutrina: entre outros, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, p. 42, ss., MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I volume cit., p. 798, ss., TRIGO DOS REIS, p. 312, n. 106 – p. 314, p. 316, PAIS DE VASCONCELOS, *Business judgment rule, deveres de cuidado...*, loc. cit., p. 57, ss.

²⁰ COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade...”, loc. cit., p. 18 (= *Responsabilidade civil... cit.*, p. 16).

²¹ Por todos, v. as resenhas de ELISABETE RAMOS, “Debates actuais em torno da responsabilidade e da protecção dos administradores. Surtos de influência anglo-saxónica”, *BFD*, 2008, p. 597, ss., TRIGO DOS REIS, p. 282, ss., 312, ss.

²² V., também com notícia sobre a história e as influências do art. 64.º, cuja origem se encontra entre nós no art. 17.º, 1, do DL n.º 49 381, de 15/11/1969 (fiscalização e administração da sociedade anónima), MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I volume cit., p. 799, ss., pp. 809, 810-811, 820, ss., COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade...”, loc. cit., p. 17, ss., ID., *Responsabilidade civil... cit.*, p. 14, ss., ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das sociedades...cit.*, p. 325. Para que conste, o aludido art. 17.º, 1, estatuiu: “Os administradores da sociedade são obrigados a empregar a diligência de um gestor criterioso e ordenado”.

Do dever de diligência (em sentido amplo) constante do originário art. 64.º desprendiam-se já os dois mencionados deveres gerais, isto é, juntar-se-ia pelo menos o dever de lealdade ao dever de diligência em sentido estrito: DUARTE RODRIGUES, p. 187, ss. (“dever de não actuar em conflito de interesses” com a sociedade, implicado pelo dever de actuar no interesse da sociedade), RAÚL VENTURA, *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais. Sociedades por quotas*, vol. III – Artigos 252.º a 264.º, Almedina, Coimbra, 1991, p. 150, SOARES DA SILVA, “Responsabilidade civil dos administradores de sociedades: os deveres gerais e os princípios da *corporate governance*”, *ROA*, 1997, p. 616, VAZ PINTO/KEEL PEREIRA, *A responsabilidade civil dos administradores de sociedades comerciais*, FDUNL/Working Papers, Lisboa, 2001, p. 14, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, p. 43, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil... cit.*, p. 16 e n. 39 – p. 25; na jurisprudência, v. a sentença da 3.ª Vara Cível de Lisboa (1.ª Secção), de 27/10/2003 (proc. n.º 208/99) – o “caso Multidifusão” (uma síntese em RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos administradores e *business judgment rule*”, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET/Colóquios n.º 3, Almedina, Coimbra, 2007, p. 61) –, n. 49 (in CAETANO NUNES, *Corporate Governance*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 9, ss., a p. 37), e o Ac. da RP de 5/2/2009 (www.dgsi.pt, processo 0835545, ponto III do Sumário).

cíficos ou vinculados. Este é o espaço da administração em que não existe *discricionariedade* na acção administrativa, pois é imposta uma actuação ou uma omissão concreta²³. Alguns exemplos (respeitando à sua actuação individual e/ou actuando colegialmente): não celebrar actos e negócios jurídicos que desrespeitem o intuito lucrativo da sociedade (art. 6.º, 1 a 3); não ultrapassar o objecto da sociedade (art. 6.º, 4); não distribuir aos sócios bens que não possam ser distribuídos ou, sendo, não tenha sido autorizada (em princípio, pelos sócios): arts. 31.º, ss., 514.º; convocar ou requerer a convocação de assembleia geral na hipótese de perda de metade do capital social (art. 35.º); promover a realização das entradas em dinheiro diferidas (arts. 203.º, ss., 285.º e 286.º, 509.º); não adquirir para a sociedade acções ou quotas próprias (nos termos dos arts. 316.º, 319.º, 2, 323.º, 4, 325.º, 2, 220.º, 510.º); não dar execução a deliberações nulas (ou até anuláveis, em determinadas circunstâncias) do órgão de administração (para a nulidade, arts. 412.º, 4, 433.º, 1; v. ainda o art. 24.º, 3, do CVM); proceder à substituição dos administradores que “falem definitivamente” no seio do órgão plural de administração (art. 393.º); informar as autorizações concedidas para a celebração de negócios entre a sociedade e os seus administradores (art. 397.º, 4); requerer a declaração de insolvência da sociedade (nos termos dos arts. 18.º e 19.º do CIRE); providenciar actos de registo, publicações, comunicações, informações e relatórios respeitantes às sociedades (v. art. 29.º, 1, do CRCOM, e várias actuações no relacionamento com a CMVM: p. ex., para as “sociedades abertas”, v. arts. 16.º e 17.º do CVM); elaborar e subscrever declarações e (outros) relatórios (para o aumento de capital, a fusão, a cisão e a transformação, v. arts. 93.º, 98.º, 99.º, 102.º, 107.º, 119.º, 120.º, 132.º); elaborar e submeter à apreciação dos sócios o relatório de gestão, as contas do exercício e demais documentos de prestação de contas (arts. 65.º, 1, 263.º, 451.º); efectuar o registo em acta das deliberações por voto escrito (art. 247.º, 6); não praticar actos que traduzam o preenchimento de crimes não societários (em especial, os previstos e punidos pelos arts. 227.º, 227.º-A, 228.º e 229.º do CPen); cumprir as obrigações de que a sociedade é devedora em relação à Administração Fiscal e à Segurança Social (nomeadamente, v. arts. 22.º e 24.º da LGT e 8.º do RGIT).²⁴

²³ CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil...cit.*, p. 121, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil... cit.*, pág. 12, ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das sociedades... cit.*, pp. 324-325.

²⁴ V., entre outros, SOARES DA SILVA, pp. 613-614, MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I volume cit., pp. 925-926, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil... cit.*, p. 12, ss., PAIS DE VASCONCELOS, “*Business judgment rule*, deveres de cuidado...”, *loc. cit.*, p. 65, ss., ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das sociedades... cit.*, pp. 323-324. Como veremos, há deveres específicos legais que se incluem na valência do dever geral de lealdade: cfr. *infra*, 4.1.

Finalmente, cabe ainda fazer referência a deveres específicos *não legais*.

Neles encontramos os deveres “contratuais” a que alude o art. 72.º, 1: incluem-se os deveres encontrados nos estatutos da sociedade (*estatutários*) e nos contratos “de administração ou de gerência” (se os houver).

Não podemos ignorar ainda o dever (estatutário ou legal) de cumprir as deliberações de outros órgãos (a começar pelas deliberações da colectividade de sócios ou do sócio), nos termos, desde logo, dos arts. 259.º e 405.º, 1 (e v. também os arts. 72.º, 5, 412.º, 4, e 24.º, 3, do CVM). Assim como, eventualmente, a obrigação de cumprir as condutas consignadas no “regulamento interno” da administração, desde que elas não se sobreponham nem desrespeitem os deveres desentranhados da lei e/ou dos estatutos sociais²⁵.

Os deveres *legais gerais* vinculam como *sujeitos passivos* os administradores e gerentes (administrador ou gerente único, gerência, conselho de administração, conselho de administração executivo) designados de acordo com *as formas previstas na lei*: designação pela simples qualidade de sócio ou estatutária, nomeação e/ou eleição deliberativa (pelos sócios, por minorias especiais ou pelo órgão de fiscalização), indicação pelo sócio estadual (ou entidade pública equiparada ao Estado), substituição, cooperação, nomeação pelo tribunal²⁶. Mas não só ao administrador *de direito* se aplicam os deveres expressos pelo art. 64.º, 1. Também os administradores *de facto*, caracterizados pela *falta*, pela *irregularidade* ou pela *cessação de efeitos da investidura formal como titular do órgão de administração e representação*²⁷, se encontram vinculados, *desde que se possam qualificar como tal em razão, desde logo, da prática de actos próprios do desempenho de funções de administração e na medida da compatibilidade das manifestações em causa dos deveres de cuidado e de lealdade*²⁸.

²⁵ V. por todos ENGRÁCIA ANTUNES, “O regimento do órgão de administração”, DSR, volume 2, 2009, p. 81, ss., em esp. pp. 93-94.

²⁶ V. RICARDO COSTA, “Responsabilidade civil societária dos administradores de facto”, *Temas societários*, IDET/Colóquios n.º 2, Almedina, Coimbra, 2006, p. 28, COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. II, *Das sociedades*, 3.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, pp. 534-535 (com indicação das normas pertinentes).

²⁷ V. RICARDO COSTA, “Responsabilidade civil societária dos administradores de facto”, *loc. cit.*, p. 28, ss.

²⁸ Neste sentido, RICARDO COSTA, *últ. est. e loc. cit.*, p. 40-41. Favoráveis: COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, “Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores”, IDET/*Miscelâneas* n.º 3, Almedina, Coimbra, 2004, p. 43 (= COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...* cit., p. 104) – “... eles administram; devem por isso igualmente cumprir as regras da boa administração...” –, PAIS DE VASCONCELOS, *D&O insurance: o seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anónima*, ed. digital, Almedina, Coimbra, 2007, p. 33, VÂNIA MAGALHÃES, p. 384 e n. 18, ADELAIDE MENEZES LEITÃO,

3. O dever geral de cuidado (art. 64.º, 1, a) e o “gestor criterioso e ordenado”

3.1. Conceito e manifestações

O dever de cuidado consiste na obrigação de os administradores cumprirem com diligência as obrigações derivadas do seu ofício-função, de acordo com o máximo interesse da sociedade e com o cuidado que se espera de uma pessoa medianamente prudente em circunstâncias e situações similares²⁹. Tal obrigação implica que “os administradores hão-de aplicar nas actividades de organização, decisão e controlo societários o tempo, esforço e conhecimento requeridos pela natureza das funções, as competências específicas e as circunstâncias”³⁰.

Como genérico que é, este dever necessita de ser explicitado. Para o cumprimento do dever de cuidado, a lei manda atender à “disponibilidade”, à “competência técnica” e ao “conhecimento da actividade” *adequados às suas funções*. Em rigor, essas não são as verdadeiras manifestações autonomizáveis do dever de cuidado³¹ ou, se assim se admitem, são imperfeitas e insuficientes³². Melhor será entendermos que a lei avança algumas das *circunstâncias exigíveis* – verdadeiramente *qualidades* – *ao modo como as verdadeiras manifestações do dever de cuidado devem ser realizadas, contribuindo (também subjectivamente) para a avaliação das decisões dos admi-*

“Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais pela violação de normas de protecção”, RDS n.º 3, 2009, p. 660, FERREIRA GOMES, p. 155.

²⁹ RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos administradores e *business judgment rule*”, *loc. cit.*, pp. 58-59.

³⁰ COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *loc. cit.*, p. 19 (= *Responsabilidade civil...* cit., p. 18); o conceito foi seguido pelo Ac. da RP de 5/2/2009 (cit. a n. 22). Outras considerações pertinentes sobre o dever geral de cuidado em CALVÃO DA SILVA, p. 53, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, pp. 45-46, CARNEIRO DA FRADA, “*A business judgment rule...*”, *loc. cit.*, pp. 207-208, PAULO CÂMARA, pp. 167-168.

³¹ Nem podem ser, por isso, verdadeiros deveres (ou subdeveres) próprios do estatuto do administrador, como sustentam CARNEIRO DA FRADA, “*A business judgment rule...*”, *loc. cit.*, p. 208 (enquanto “descrições do comportamento objectivamente exigível do administrador”), PAULO CÂMARA, pp. 167, 169, MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I volume cit., pp. 835, 838, 931, Id. *Código das Sociedades Comerciais anotado cit., sub art. 64.º*, p. 244, ELISABETE RAMOS, “Debates actuais...”, *loc. cit.*, p. 629, BRUNO FERREIRA, pp. 711, 719-720 (só para o “dever de disponibilidade”), TRIGO DOS REIS, pp. 314-315 (também para o “dever de disponibilidade”, ainda que o associe à lealdade, e ainda para um “dever mínimo de perícia”).

³² COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *loc. cit.*, p. 20 (= *Responsabilidade civil...* cit., p. 19).

nistradores³³. A *qualificação* destas *qualidades* previstas na lei residem no facto de serem *essenciais na densificação do padrão do “gestor criterioso e ordenado”* – veja-se que o art. 64.º, 1, a), localiza tal padrão *no âmbito dessas qualidades legalmente reivindicadas*³⁴.

Na concretização do dever de cuidado, interessa, todavia e para além delas, outras *circunstâncias*, que *assistirão a análise em concreto do comportamento do administrador*: o tipo, objecto e dimensão da sociedade, o sector económico da actividade social, a natureza e a importância(-amplitude) da decisão e/ou negócio e o seu enquadramento na gestão corrente ou na gestão extraordinária, o tempo disponível para obter a informação e para tomar a decisão, os custos de obtenção da informação, a confiança dos administradores naqueles que examinaram o assunto e o apresentaram no conselho, o estado da actividade da empresa social naquele momento, o número de decisões que foi necessário tomar naquele período, os tipos de comportamento normalmente adoptados naquele tipo de situações, a experiência do administrador, as funções do administrador (executivas ou não, delegadas ou não) e a sua especialidade técnica, etc.³⁵

As principais *manifestações* (ou *subdeveres*) do dever de cuidado consistem no (i) dever de controlar, ou vigiar, a organização e a condução da actividade da sociedade, as suas políticas, práticas, etc.; no (ii) dever de se informar e de realizar uma investigação sobre a atendibilidade das informações que são adquiridas e que podem ser causa de danos, seja por via

³³ Em sentido próximo, PAIS DE VASCONCELOS, “Responsabilidade civil...”, *loc. cit.*, p. 18, ID., “*Business judgment rule*, deveres de cuidado...”, *loc. cit.*, p. 63, FÁTIMA GOMES, p. 562, ss., referindo-se neste traço dogmático a “pressupostos de verificação” do dever de cuidado e a “situações que podem desencadear a verificação do incumprimento do dever de cuidado”, BRUNO FERREIRA, p. 712 (“elementos que auxiliam a determinação do grau de cuidado a que estão sujeitos os administradores”, “como critérios de determinação da actuação negligente em concreto”), FERNANDES DE OLIVEIRA, “Responsabilidade civil dos administradores”, *Código das Sociedades Comerciais e governo das sociedades*, Almedina, Coimbra, 2008, pp. 273-274. De todo o modo, sobre as circunstâncias indicadas pela lei, v. PAULO CÂMARA, p. 168, ss., VÂNIA MAGALHÃES, p. 387, ss., BRUNO FERREIRA, p. 718, ss.

³⁴ V. *infra*, 3.2., 5.

³⁵ V. RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, pp. 95, 99-100, DUARTE RODRIGUES, p. 176, CAETANO NUNES, *Responsabilidade civil...* cit., p. 91, ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil...* cit., n. 165 – p. 83, p. 88-89, COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *loc. cit.*, pp. 20, 22 (= *Responsabilidade civil...* cit., pp. 19, 24), RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos administradores e *business judgment rule*”, *loc. cit.*, p. 83, PEREIRA DE ALMEIDA, p. 235, MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais anotado* cit., sub art. 64.º, p. 244, BRUNO FERREIRA, p. 731, ss., TRIGO DOS REIS, pp. 333-334 (que se refere a “tipos sociais intermédios” entre a bitola legal e as circunstâncias concretas do agente), PAIS DE VASCONCELOS, “*Business judgment rule*, deveres de cuidado...”, *loc. cit.*, pp. 63-64, ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das sociedades...* cit., p. 326.

dos normais sistemas de vigilância, seja por vias ocasionais (produzindo informação ou solicitando-a por sua iniciativa) – estes dois subdeveres podem muitas vezes conjugar-se de uma forma muito estrita e até absorverem-se em hipóteses concretas enquanto subdever (global e uno) de *controlar e vigiar a evolução económico-financeira da sociedade e o desempenho dos gestores* (não só administradores)³⁶, *em geral* sobre a actuação dos restantes administradores³⁷, trabalhadores e colaboradores com funções de gestão, *em especial* na relação entre administradores não executivos e administradores executivos³⁸; no (iii) dever de se comportar razoavelmente no *iter* de formação de uma decisão, obtendo a informação suficiente para o habilitar a tomar uma boa decisão (*obtenção razoável de informação no processo de tomada de decisão*); no (iv) dever de *tomar decisões substancialmente razoáveis*,

³⁶ Daqui podem resultar obrigações relevantes: p. ex., nos órgãos plurais de administração, a de preparar e participar nas reuniões (assim, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...* cit., p. 20). O seu alcance, depois, será fulcral para acertar a interpretação de outros normativos: no caso, a ausência do administrador como causa de exclusão de responsabilidade do administrador, nos termos do art. 72.º, 3.

³⁷ V., antes do CSC, o Ac. do STJ de 19/11/1987, *BMJ* n.º 371, 1987, p. 473, s., a p. 478 e 479.

³⁸ V. o art. 407.º, 8, 2.ª parte. Nesta sede, como dever *instrumental* que incumbe ao presidente da comissão executiva para o cumprimento do subdever de controlo e vigilância dos administradores não executivos, note-se a obrigação de “assegurar que seja prestada toda a informação aos demais membros do conselho de administração relativamente à actividade e às deliberações da comissão executiva” (art. 407.º, 6, a)).

Quando há essa relação e delegação de poderes administrativos, nomeadamente através de comissão executiva, SOARES DA SILVA, pp. 623-624, avançou que o dever de vigilância (“acompanhar e vigiar a gestão da sociedade”) constituiria o “conteúdo mínimo” do dever de cuidado(-diligência). Em sentido próximo, antes, DUARTE RODRIGUES, p. 180, defendeu que o dever de administrar com diligência se atenuava para os administradores delegantes, “reduzindo-se ao dever de vigilância geral e de intervenção”. Especificamente sobre essas duas facetas do dever de vigilância, entre outros, v. RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, p. 417, RAÚL VENTURA, pp. 151-152, NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anónima*, *Studia Iuridica* 14, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 66, ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil...* cit., pp. 89, 115, ss., 120, ss., PEDRO MAIA, *Função e funcionamento do conselho de administração da sociedade anónima*, *Studia Iuridica* 62, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 273, ss., SOVERAL MARTINS, “A responsabilidade dos membros do conselho de administração por actos ou omissões dos administradores delegados ou dos membros da comissão executiva”, *BFD*, 2002, p. 375, ss., BRUNO FERREIRA, p. 714, ss., FERNANDES DE OLIVEIRA, p. 274.

dentro de um catálogo mais ou menos discricionário de alternativas possíveis e adequadas^{39,40,41}

3.2. O padrão da “diligência de um gestor criterioso e ordenado”

Nas palavras da CMVM, a al. a) divide-se em duas partes: na primeira temos uma “cláusula geral de actuação cuidadosa”⁴²; na segunda dispõe-se o “critério de actuação diligente que serve de bitola do cumprimento

³⁹ GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, pp. 43-44, parece equivaler estas duas últimas manifestações a um “dever de diligência” reservado para o cumprimento da função administrativa de acordo com as *legis artis*, fundado no lastro normativo do anterior art. 64.º e com perímetro menos amplo que o dever de cuidado, que aspira a uma actuação em conformidade com os vários interesses, nomeadamente os de terceiros, susceptíveis de serem lesados pela conduta do administrador. Em sentido próximo, VÂNIA MAGALHÃES, p. 392.

⁴⁰ V., essencialmente e com mais desenvolvimentos, COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *loc. cit.*, p. 20, s. (=Responsabilidade civil... cit., p. 19, ss.), RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos administradores e *business judgment rule*”, *loc. cit.*, pp. 59-60, 84, BRUNO FERREIRA, pp. 711, 712 e ss. (que classifica os deveres de cuidado em duas categorias: a) os que dizem respeito à tomada de decisões; b) os que estão desligados da tomada de decisões de gestão, relacionados com o acompanhamento da actividade da sociedade). Nesta linha, ainda que não integralmente, VAZ PINTO/KEEL PEREIRA, p. 14, ELISABETE RAMOS, “Debates actuais...”, *loc. cit.*, p. 630, PEREIRA DE ALMEIDA, p. 235, VÂNIA MAGALHÃES, p. 390, ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das sociedades...* cit., p. 325; com mais variações, PAIS DE VASCONCELOS, “*Business judgment rule*, deveres de cuidado...”, *loc. cit.*, p. 65, ss., que leva a cabo uma distinção entre os “deveres fundamentais de gestão” e os “deveres operacionais de gestão” (que podem ocupar o lugar dos nossos subdeveres), destacando aqui, depois de uma enumeração de possíveis decisões discricionárias e propícias à “prossecução do lucro dentro do objecto social”, o “dever de razoabilidade” e o “dever de controlo” da actividade e funcionamento da sociedade (em esp. 69, ss.).

Destaque-se a precisão de Coutinho de Abreu no que tange ao último dos subdeveres: “os administradores estão obrigados a: (a) *não dissipar (ou esbanjar) o património social*; (b) *evitar riscos desmedidos*” (“riscos que, se concretizados, conduzirão à insolvência da sociedade”) (com exemplos).

Para uma avaliação do dever de razoabilidade na tomada de decisões, v. o Ac. da RP de 5/2/2009 (cit. a n. 22).

⁴¹ PEREIRA DE ALMEIDA, pp. 234-235, defende que o dever de cuidado manifesta-se “logo no momento da aceitação das funções de administração”: “as pessoas nomeadas para o cargo de administrador devem verificar, antes da aceitação, se reúnem a competência técnica e disponibilidade para assegurar as funções para que foram designados”, sob pena de se verificar culpa *in acceptando*. Em sentido próximo, CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil...* cit., p. 120, VAZ TRIGO/KEEL PEREIRA, p. 13, TRIGO DOS REIS, p. 315; contra: PAULO CÂMARA, p. 172 (“uma exigência a ser sindicada no exercício do mandato, em função do desempenho manifestado”, ao invés da “avaliação prévia ao início do mandato” associada ao art. 414.º, 3).

⁴² Cfr., para a anterior redacção, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...* cit., p. 17.

daquela”⁴³. Esse é a “diligência de um gestor criterioso e ordenado”: é à luz deste parâmetro de *esforço* e *procedimento*⁴⁴ que, *imediatamente*, as *manifestações* do dever de cuidado – mormente, o dever de tomar decisões razoáveis – se realizam, com o fito de verificar se um administrador foi *cuidadoso em concreto na gestão social*⁴⁵.

Na anterior formulação do art. 64.º, o critério do “gestor criterioso e ordenado” surgia, parece, como uma bitola *objectiva* de esforço e diligência sobre *como fazer* na execução (ou omissão) de tarefas concretas de administração⁴⁶. Assim continuará para a medida de *exigência* no cumprimento do dever geral de cuidado imposto ao administrador e, se for o caso, de uma corresponde *ilicitude* por incumprimento do dever⁴⁷.

Simultaneamente, fornecia o padrão geral para ajuizar da *culpa* (*em abstracto*⁴⁸) relativa ao comportamento do administrador, imputando censura ou reprovação à possibilidade de poder ter actuado de maneira diferente, de acordo com as circunstâncias concretas e em função desse critério mais exigente do «gestor criterioso e ordenado». Mais exigente porque, em vez do critério comum civilístico da diligência de “um bom pai de família”, homem normal e medianamente cuidadoso e prudente, temos no

⁴³ Respostas à consulta pública n.º 1/2006 sobre alterações ao Código das Sociedades Comerciais, www.cmvm.pt, ponto 2.º, A – Temas gerais/Deveres e Responsabilidade dos titulares dos órgãos sociais.

⁴⁴ RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, p. 95, DUARTE RODRIGUES, p. 174, ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil...* cit., p. 80, MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I volume cit., pp. 810-811.

⁴⁵ Portanto, uma diligência em sentido *normativo*: “o grau de esforço exigível para determinar e executar a conduta que representa o cumprimento de um dever” (PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, CEF/DGCI, Ministério das Finanças, Lisboa, 1968, p. 76). Todavia, o art. 64.º, 1, a), cruza essa diligência com “qualidades ou estados subjectivos” (como é assinalado por TRIGO DOS REIS, n. 150 – p. 331) e não deixa de atender às circunstâncias concretas em que se move o administrador.

⁴⁶ RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos administradores e *business judgment rule*”, *loc. cit.*, p. 78; em complemento, MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I volume cit., pp. 811, 839, *Código das Sociedades Comerciais anotado cit.*, sub art. 64.º, p. 243.

⁴⁷ Este mesmo critério geral de diligência surge no regime da responsabilidade dos administradores emergente da fusão de sociedades: art. 114.º, 1, do CSC. Repare-se que a lei estabelece um comportamento devido em relação às variáveis de “verificação da situação patrimonial das sociedades” e de “conclusão da fusão”: um sinal demonstrativo do desempenho da bitola em sede de ilicitude.

⁴⁸ Cfr. arts. 487.º, 2, e 799.º, 2, do CCiv. Na doutrina, por todos, ELISABETE RAMOS, “Aspectos substantivos da responsabilidade civil dos membros do órgão de administração perante a sociedade”, *BFD*, 1997, pp. 230-231, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...* cit., p. 24 e n. 36.

art. 64.º – agora: 1, a) –, quanto à imputação *subjectiva* do acto ao agente, uma bitola que nos remete para, nas palavras de Raúl Ventura, “um gestor dotado de certas qualidades”^{49,50}

Apesar do *aggiornamento* da lei⁵¹, esta *duplicidade* deve continuar a ser aceite com o actual preceito.⁵²

⁴⁹ *Comentário...*, vol. III cit., p. 149. Neste afastamento do padrão geral civilístico, FÁTIMA GOMES, p. 563, fala do “modelo de um comerciante experiente”. Em sentido adverso, fazendo corresponder, na anterior redacção do art. 64.º, o “gestor criterioso e ordenado” ao modelo correspondente ao “bom pai de família” em sede de direito societário, VAZ PINTO/KEEL PEREIRA, pp. 12, 16.

⁵⁰ RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos administradores e *business judgment rule*”, *loc. cit.*, p. 78.

⁵¹ PAIS DE VASCONCELOS, “Responsabilidade civil...”, *loc. cit.*, p. 18.

⁵² Evoluindo contra os tradicionais (e actuais) entendimentos de se ver o art. 64.º como reflexivo de ilicitude *ou* de culpa, v. as posições *cumulativas* de CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil...* cit., p. 119 – “(...) o art. 64 contém um critério, não apenas de culpa, mas, desde logo, de *ilicitude*” –, “A *business judgment rule*...”, *loc. cit.*, pp. 204-205, TÂNIA MEIRELES DA CUNHA, *Da responsabilidade dos gestores de sociedades perante os credores sociais – A culpa nas responsabilidades civil e tributária*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 43-44, COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *loc. cit.*, p. 30 (=Responsabilidade civil... cit., p. 24), RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos administradores e *business judgment rule*”, *loc. cit.*, pp. 78-79, FÁTIMA GOMES, n. 24 – p. 563-564 (aparentemente), FERNANDES DE OLIVEIRA, p. 290 (também aparentemente). No mesmo sentido, a sentença da 3.ª Vara Cível de Lisboa, cit. a n. 22, que, em relação à concretização operada pelo art. 64.º, afirmou ser esta “uma matéria que respeita igualmente ao juízo de ilicitude e não uma matéria relativa apenas à culpa”, “uma bitola de diligência, relativa à concretização da ilicitude e à culpa” (CAETANO NUNES, *Corporate governance* cit., pp. 32, 34-35).

O critério do “gestor criterioso e ordenado” foi importado pelo DL n.º 49 381, de 1969 (art. 17.º, 1: v. *supra*, n. 22), da fórmula legal do § 93 (1) da *AktG* alemã, que remete para a diligência de um “gerente de negócios ordenado e consciencioso” (RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, pp. 97, 411). Na doutrina desse país, é dominante considerar que o padrão legal de diligência fornece um critério objectivo de ilicitude e um critério subjectivo de culpa: como exemplos, HANS-JOACHIM MERTENS, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 2, 1. Lieferung, §§ 76-94, 2. Auflage, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1992, § 93, pp. 289-290, THOMAS RAISER/RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften. Ein Handbuch für Praxis und Wissenschaft*, 4., neubearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2006, pp. 159-169, UWE HÜFFER, *Aktiengesetz*, 8. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2008, § 93, pp. 464-465.

Entre nós, no campo da (i)licitude do gestor, v., em esp., RAÚL VENTURA /BRITO CORREIA, pp. 96-97, BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anónimas*, Almedina, Coimbra, 1993, pp. 596-597, CAETANO NUNES, *Responsabilidade civil...* cit., pp. 90-91, PAIS DE VASCONCELOS, “Responsabilidade civil...”, *loc. cit.*, pp. 19-20, *Id.*, “*Business judgment rule*, deveres de cuidado...”, *loc. cit.*, p. 57; no campo da circunscrição de culpa, v. ANTUNES VARELA, “Ac. de 31/3/93 – Anotação”, *RLJ* n.ºs 3829-3836, Ano 126.º, 1993-1994, p. 315, ELISABETE RAMOS, “Aspectos substantivos...”, *loc. cit.*, p. 228, ss., VAZ PINTO/KEEL PEREIRA, p. 12, s., em esp. 15-16, CALVÃO DA SILVA, pp. 53-54, PEREIRA DE ALMEIDA, p. 237 – que, para o efeito da “culpa-

Seja para a ilicitude, seja para o juízo de culpa, o administrador *qualificado* apontado pela lei pressupõe uma certa profissionalização e especialização próprias da classe dos gestores, uma competência assente em habilitações técnicas e profissionais (ainda que a lei não exija qualquer capacidade técnica ou académica particular ou experiência profissional para o exercício do cargo, excepto para certas categorias de sociedades)⁵³.⁵⁴

Para esses juízos de conformidade com o “padrão de diligência especialmente reforçado”⁵⁵ do “gestor criterioso e ordenado” devem ser consideradas as *qualidades legais* e as *circunstâncias*⁵⁶ que são mobilizáveis para *determinar e densificar em concreto* o cumprimento de cada uma das manifestações do dever de cuidado⁵⁷. A começar, portanto, pelos “critérios de concretização” (como são denominados por Pais de Vasconcelos⁵⁸) expressamente fornecidos pelo CSC; a saber, a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade social adequados às funções⁵⁹. Neste sentido, o “gestor criterioso e ordenado” será, em primeira linha, o administrador *qualificado e medianamente* disponível, competente

bilidade”, autonomiza um dever de diligência no seio dos deveres de cuidado –, ARMANDO TRIUNFANTE, *Código das Sociedades Comerciais anotado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, *sub art.* 64.º, pp. 60-61, PAULO CÂMARA, p. 171, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, pp. 664, 667, ss. MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I volume cit., apesar de, a pp. 809, s., 839, configurar a “bitola de diligência” como regra de conduta (ainda que incompleta, porque o seu conteúdo útil preciso necessita da conjugação com outras normas; logo, “parte de uma regra de conduta”) que, violada, dá azo a ilicitude, sem que se refira a uma bitola de culpa – no que é seguido por TRIGO DOS REIS, p. 331, ss. –, conclui a *final* pela dupla função do critério legal: a bitola de diligência “reporta-se ao conjunto” em que, no que toca à responsabilidade obrigacional do art. 72.º, 1, “‘culpa’ e ‘ilicitude’ surgem incidíveis” (pp. 926-927 e, ainda, n. 2600 – p. 928).

⁵³ V. RAÚL VENTURA, pp. 149-150, ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil...* cit., pp. 82 e ss., COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, pp. 26-27 (e n. 31), RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos administradores e *business judgment rule*”, *loc. cit.*, p. 78.

⁵⁴ O mesmo para o administrador da insolvência: cfr. art. 59.º, 1, do CIRE.

⁵⁵ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das sociedades...* cit., p. 326.

⁵⁶ Aludidas exemplificativamente *supra*, 3.1.

⁵⁷ Assim, ENGRÁCIA ANTUNES, *últ. ob. cit.*, p. 326. Antes do CSC, RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, pp. 99-100, consideravam que o modelo de diligência pode ser “matizado com a consideração de mais ou menos circunstâncias exteriores ao agente”.

⁵⁸ “Responsabilidade civil...”, *loc. cit.*, p. 18. No mesmo trilho, BRUNO FERREIRA, pp. 731, 736, 737 (“critérios adicionais de determinação do padrão de actuação” ou do “padrão de conduta” do administrador).

⁵⁹ Que se pode entender que relevarão mais para o pressuposto da culpa: neste sentido, no que respeita à “competência técnica”, v. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...* cit., pp. 23-24. Sobre esta circunstância, v., ademais, ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil...* cit., p. 92, ss. (“perícia” vs “imperícia”), VÂNIA MAGALHÃES, p. 388-389, BRUNO FERREIRA, p. 732-733, TRIGO DOS REIS, p. 315.

tecnicamente (o que acentua a ideia de profissionalização⁶⁰) e conhecedor da actividade⁶¹, mediado pelas *circunstâncias* em que uma certa decisão foi tomada⁶².⁶³ Isto é, a avaliação *objectiva* e *subjectiva* do acto (ou omissão) do administrador é feita de acordo com a *diligência exigível a um “gestor criterioso e ordenado” colocado nas circunstâncias concretas em que actuou e confrontado com as qualidades que revelou de acordo com o exigível* – a administração lícita e não culposa é aquela que *um administrador “criterioso e ordenado”, colocado na posição concreta do administrador real, realizaria*.⁶⁴

Todavia, não pode o administrador exonerar-se de se balizar pelo *interesse social* (interesse comum a todos os sócios enquanto tais na realização do máximo lucro através da actividade da sociedade⁶⁵) e pelos “interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores”, delineados na al. b) do art. 64.º, 1 – que hoje desembocam no “interesse da sociedade” (mais extenso⁶⁶

⁶⁰ VÂNIA MAGALHÃES, p. 388.

⁶¹ Uma expressa *refracção normativa* destas qualidades encontra-se hoje no art. 423.º-B, 4, 1.ª parte, para os administradores-audidores da comissão de auditoria de sociedades anónimas com estrutura monística (art. 278.º, 1, c) cotadas em bolsa – “um membro que tenha curso superior adequado ao exercício das suas funções e conhecimentos em auditoria ou contabilidade”.

⁶² V., neste contexto, o Ac. da RP de 5/2/2009 (cit. a n. 22).

⁶³ V. desenvolvimentos em DUARTE RODRIGUES, p. 177, s., ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil... cit.*, p. 87, ss.

⁶⁴ Por todos, v. ELISABETE RAMOS, “Aspectos substantivos...”, *loc. cit.*, p. 230. Na jurisprudência, v. os Acs. da RP de 10/10/2005 (CJ, 2005, IV, p. 210, ss.), a p. 213, do STJ de 9/5/2006 (CJ/STJ, 2006, II, p. 73, ss.), ponto II do Sumário e p. 75, da RL de 2/10/2008 (www.dgsi.pt, processo 2254/2008-2, ponto 4 do Sumário), do STJ de 28/4/2009 (www.dgsi.pt, processo 09A0346), e da RL de 18/3/2010 (www.dgsi.pt, processo 10309/08-2).

⁶⁵ RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, p. 102, VASCO LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social... cit.*, n. 116 – p. 242, RAÚL VENTURA, pp. 150-151, COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade (As empresas no direito)*, Almedina, Coimbra, 1996, pp. 226, 228. Para desenvolvimentos sobre o complexo tema, v. BRITO CORREIA *Direito comercial*, 2.º volume, *Sociedades comerciais*, AAFDL, Lisboa, 1989 (3.ª tiragem 1997), p. 32, ss., PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social nas sociedades comerciais*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, p. 315, ss., CASSIANO DOS SANTOS, *Estrutura associativa e participação societária capitalística. Contrato de sociedade, estrutura societária e participação do sócio nas sociedades capitalísticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 372, ss., COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *loc. cit.*, p. 31, ss. (= *Responsabilidade civil... cit.*, p. 288, ss.).

⁶⁶ GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, p. 45, COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *loc. cit.*, p. 35 (= *Responsabilidade civil... cit.*, p. 293), FÁTIMA GOMES, p. 565-566, PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais*, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, pp. 572 e 573. A doutrina divide-se: numa concepção diversa, v. CASSIANO DOS SANTOS, n. 631 – p. 375, p. 394 e n. 675, n. 678 – p. 396, SOVERAL MARTINS *Cláusulas do contrato de sociedade que limitam a transmissibilidade das acções. Sobre os arts. 328.º e 329.º do CSC*, Alme-

e, por isso, de pendor *institucionalista*⁶⁷) que orienta a actuação dos administradores. De modo que a deslocação normativa da pauta para a *órbita do dever geral de lealdade* não obsta a esse compromisso *essencial da actuação fiduciária* do administrador no campo dos deveres de cuidado⁶⁸.

3.3. A articulação do dever geral de cuidado com o art. 72.º, 2

O conteúdo responsabilizador do dever geral de cuidado é hoje determinado em razão da causa de exclusão de responsabilidade que o art. 72.º, 2, prevê.

É relativamente a este dever que a actuação dos administradores acaba por estar mais exposta à *incerteza* e à *insegurança*, já que é nele que se envolve a *autonomia de julgamento* que assiste ao administrador⁶⁹. As decisões empresariais são peculiares porque, quase sempre ou muitas vezes, são tomadas em situação de risco e debaixo de uma grande pressão temporal. Por isso, tomam-se frequentemente sem que seja possível ter em conta todos os factores que importavam para o sucesso da decisão. Ao contrário de outros sujeitos que desenvolvem uma actividade *profissional* ou *técnica*, os administradores não podem contar com modelos de comportamento *consensualmente aceites pela colectividade* – ensinamentos inequívocos, práticas ou *leges artis* generalizadamente aceites, modelos profissionais de competência –, a fim de os poder invocar para proteger as próprias escolhas e demonstrar a razoabilidade das decisões. Não há *guide*

dina, Coimbra, 2006, p. 636, ARMANDO TRIUNFANTE, p. 62, ss., PAULO CÂMARA, p. 174, VÂNIA MAGALHÃES, p. 408, ss.

⁶⁷ COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *loc. cit.*, pp. 34-35 (= *Responsabilidade civil... cit.*, pp. 292-293), PEREIRA DE ALMEIDA, p. 102.

⁶⁸ GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, p. 44, CARNEIRO DA FRADA, “A *business judgment rule...*”, *loc. cit.*, pp. 207-208, 216-217, MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I volume *cit.*, p. 839, PAULO CÂMARA, p. 178, VÂNIA MAGALHÃES, p. 392, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, p. 665-666 (no âmbito de uma “interpretação conjunta” de ambas as alíneas do art. 64.º, 1), TRIGO DOS REIS, p. 334, FERREIRA GOMES, pp. 161-162, 162-163, Ac. da RP de 5/2/2009 (*cit. a n. 22*). Carneiro da Frada, a p. 212, ss., vai mais longe: como o dever de lealdade “não é graduável”, “não é passível de ponderações” de acordo com os interesses da al. b) do art. 64.º, 1; logo, a ponderação desses interesses diz respeito somente aos deveres de cuidado aludidos na al. a) do preceito. Nesse mesmo sentido crítico e interpretativo, MENEZES CORDEIRO, *ibid.*, pp. 822-823, 831.

⁶⁹ CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil... cit.*, p. 121.

*lines, cada decisão é única, na maior parte dos casos há várias alternativas, não há a priori uma decisão ótima.*⁷⁰

Seria prejudicial para a própria sociedade que as decisões tomadas pelos administradores pudessem ser constantemente questionadas em tribunal com o desiderato de obter a conseqüente responsabilidade por actuação ilícita decorrente do incumprimento do dever de cuidado. Tal acabaria por transferir a *autoridade* decisória, típica dos administradores, do órgão de administração para os sujeitos que lhes podem pedir responsabilidade. Se assim é, assume-se a tomada de decisões arriscadas como algo de economicamente salutar, de tal maneira que um controlo judicial *ex post* do mérito das decisões empresariais, influenciada pelas conseqüências(-resultados) da decisão, inibiria os administradores de tomarem decisões arriscadas. Este interesse torna-se prevaemente em face dos perigos de iniciativas excessivamente arriscadas e pouco ponderadas ou inoportunas, de erros de avaliação e julgamento, do desleixo na prognose dos efeitos da decisão para a subsistência da sociedade. Desta ponderação resulta que o legislador permite que os administradores possam *respirar* em relação à sua responsabilidade e não percam a necessária tendência para a inovação e para a disponibilidade para o *risco empresarial*⁷¹. E, antes disso, deve estimular-se a aceitação do cargo de administrador por pessoas competentes.⁷²

Neste contexto de *sindicação do dever de cuidado*, a lei societária prevê que a eventual responsabilidade dos administradores (em regra, para com a sociedade) seja excluída no campo das suas decisões de *gestão discricionária e autónoma* – ou *actos propriamente de gestão*⁷³ – se o gerente ou o administrador (i) “actuou em termos informados” e (ii) “segundo critérios de racionalidade empresarial” (art. 72º, 2, tradução da regra da

⁷⁰ Sobre este assunto, v. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, p. 76, COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *loc. cit.*, p. 21 (=Responsabilidade civil... cit., p. 22), RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos administradores e *business judgment rule*”, *loc. cit.*, pp. 54-55.

⁷¹ No sentido de que os administradores não deverão ser responsabilizados pelos prejuízos imputáveis ao chamado “risco da empresa” – “todos os resultados que dependam de factores ou eventos que escapam ao domínio ou, pelo menos, à previsão de quem dirige a empresa”; “todo o conjunto de actuações que são tomadas tendo em conta um certo grau de racionalidade” –, ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil... cit.*, pp. 91-92; mais recentes, BRUNO FERREIRA, p. 711 (“não incluindo, portanto, os deveres de cuidado uma obrigação de gerir de forma a evitar o risco de empresa”), TRIGO DOS REIS, p. 334; menos recentes, DUARTE RODRIGUES, pp. 176-177, CAETANO NUNES, *Responsabilidade civil... cit.*, pp. 92-93.

⁷² V. RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos administradores e *business judgment rule*”, *loc. cit.*, pp. 54-55.

⁷³ Na dogmática de PAIS DE VASCONCELOS, “*Business judgment rule*, deveres de cuidado...”, *loc. cit.*, pp. 61-62.

*business judgment rule*⁷⁴). Deve entender-se que, se assim for, os administradores respeitaram as suas obrigações legais e a sua conduta, no que respeita ao mérito das suas escolhas, é insindicável pelo juiz. É ao administrador que cabe provar os factos extintivos do direito indemnizatório invocado. Mesmo que se trate de erros consideráveis de gestão e evitáveis por outros administradores, mas justificados por *escolhas imprudentes* ou por *deficiências de juízo* (valorações incorrectas, equívocos técnicos, etc.), terá ao seu alcance a demonstração que, não obstante o mau resultado, o erro cometido, protagonizou um exercício *minimamente* cuidadoso dos seus poderes discricionários, seja quanto ao dever de obtenção *razoável* de *informação* no processo de tomada de decisão, seja quanto ao dever de tomar decisões *razoáveis e adequadas* (só não podem ser *irracionais*, isto é, incompreensíveis, sem explicação coerente ou fundamento plausível).⁷⁵ Numa outra perspectiva, terá o administrador a possibilidade de demonstrar que cumpriu a obrigação *de meios* para com a sociedade e que *o resultado (consequência final da sua acção) – a cujo êxito não está obrigado – não lhe trará responsabilidade*⁷⁶.

Assim, o art. 72.º, 2, fiscaliza o dever geral de cuidado nas suas seguintes manifestações: a) dever de tomar decisões *razoáveis e adequadas*⁷⁷; b) dever de obtenção *razoável* de *informação* no processo de tomada de decisão⁷⁸.⁷⁹ O julgador estará legitimado para aferir da responsabilidade pela violação dos outros subdeveres (ou subdever) compreendidos no dever de cuidado que façam parte do seu conteúdo integral, sem que seja possível

⁷⁴ Sobre a aplicação em sentido restritivo do art. 72.º, 2, à responsabilidade em face de credores sociais, sócios e (outros) terceiros, perante a remissão operada pelos arts. 78.º, 5, e 79.º, 2, v. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...* cit., n. 98 – p. 48, RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos administradores e *business judgment rule*”, *loc. cit.*, p. 72.

⁷⁵ V. RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos administradores e *business judgment rule*”, *loc. cit.*, pp. 67-68. Concordante: ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das sociedades...* cit., n. 680 – p. 326.

⁷⁶ Neste prisma, v. DUARTE RODRIGUES, p. 177, CAETANO NUNES, *Responsabilidade civil...* cit., p. 93, CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil...* cit., p. 121, ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil...* cit., pp. 85-87, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, p. 46, PEREIRA DE ALMEIDA, p. 236, ARMANDO TRIUNFANTE, p. 61, VÂNIA MAGALHÃES, p. 392, 393, TRIGO DOS REIS, p. 333. Por ser assim, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, p. 668, denomina o art. 64.º, 1, como uma “disposição de perigo abstracto”.

⁷⁷ COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...* cit., p. 47.

⁷⁸ Neste âmbito, BRUNO FERREIRA, p. 724, restringe a apreciação ao “cumprimento dos deveres de cuidado decisoriais”.

⁷⁹ E também parece que é legítimo abarcar o “dever de *controlo e vigilância*” da sociedade, sempre que ele implique a *decisão* de adoptar procedimentos de controlo da actividade de gestão social e a escolha desses procedimentos dependa da obtenção de *informação* relevante: RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos administradores e *business judgment rule*”, *loc. cit.*, n. 47 – p. 70 (sobre o ponto, v. ainda BRUNO FERREIRA, p. 714).

afastar a responsabilidade decorrente da violação dos subdeveres de cuidado *não integrados no âmbito de aplicação* do art. 72.º, 2, por *invocação das circunstâncias previstas no art. 72.º, 2*. O art. 72.º, 2, estabelece, portanto, um *regime especial da responsabilidade pela administração discricionária*⁸⁰, que delimita o *perímetro relevante* do dever geral de cuidado *no momento de avaliar a conduta do administrador*^{81,82}.

E como se controlam as manifestações do dever de cuidado abrangidas pelo art. 72.º, 2?

Em rigor, a única manifestação do dever de cuidado que é sindicada é a *primeira*, o dever (principal) de tomar decisões materialmente razoáveis. Todavia, com a *nuance* de o mérito da decisão não ser julgado pelo critério societário comum (mais qualificado) mas por um critério mais limitado, mesmo para as decisões irrazoáveis (se a decisão não for considerada irracional).

A restante manifestação é *verdadeiramente* um requisito *procedimental* para se concluir que o dever de tomar decisões razoáveis foi perseguido pelo administrador (mesmo que essa razoabilidade não chegue a ser obtida)⁸³. Continua a ser uma manifestação do dever de cuidado con-

⁸⁰ RICARDO COSTA, "Responsabilidade dos administradores e *business judgment rule*", *loc. cit.*, p. 71.

⁸¹ Este é um pormenor decisivo: essa delimitação só se verifica se o administrador se fizer prevalecer da regra de exclusão prevista no art. 72.º, 2. De modo que este preceito não veio eliminar, isentando o administrador, o cumprimento dos subdeveres de cuidado pertinentes – não é de aceitar o juízo da sentença de 2003 da 3.ª Vara Cível de Lisboa (*cit. a n. 22*), p. 36-37, 40, 41: "o dever de gestão [correspondente ao dever de cuidado] não compreende o dever de tomar decisões adequadas", substituído pelo dever de "não tomar decisões irracionais" (RICARDO COSTA, "Responsabilidade dos administradores e *business judgment rule*", *loc. cit.*, n. 48 – p. 70). É, neste sentido, uma delimitação "eventual" no momento de aferir a responsabilidade do administrador – em sentido próximo, CARNEIRO DA FRADA, "A *business judgment rule*...", *loc. cit.*, p. 231 –, que, ainda que decaída a ilicitude (que existe) por estar "justificada" (RICARDO COSTA, "Responsabilidade dos administradores e *business judgment rule*", *loc. cit.*, pp. 75-76), não esconde a violação *primária* do dever de cuidado.

⁸² Noutros termos (análogos ou confinantes), v. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil*... *cit.*, pp. 38, 43 e n. 89: com o regime do art. 72.º, 2, o administrador demonstrará "a não violação (*relevante*) dos deveres de cuidado" (sublinhei), porque "não é considerada anti-jurídica ou contra o direito uma decisão 'racional', apesar de 'irrazoável'"; CALVÃO DA SILVA, p. 56, aludindo à não responsabilização por desrespeito do dever de cuidado se houver observância do *modus operandi* ou *modus deliberandi* previstos no art. 72.º, 2; CARNEIRO DA FRADA, "A *business judgment rule*...", *loc. cit.*, p. 232, quando sublinha que a norma do art. 72.º, 2, "recorta também o próprio espaço da sindicabilidade jurídica da actividade da administração para efeito de responsabilidade"; FERNANDES DE OLIVEIRA, pp. 290-291.

⁸³ Antes do actual art. 72.º, 2, v. SOARES DA SILVA, p. 626 ("o cumprimento do dever de diligência" transforma-se "na necessidade de observância de um processo (...), mais do

siderada no âmbito de aplicação da norma, mas não para saber da sua violação *autónoma*, antes para saber do seu cumprimento enquanto *pressuposto de aplicação da regra de exclusão de responsabilidade*, assente na dispensa da razoabilidade como critério do mérito da decisão⁸⁴. Assim se atingirá o pressuposto legal de o administrador actuar “em termos informados”.

Deste modo, a regra da *business judgment* precipitada no art. 72.º, 2, conduz a uma não imputação de responsabilidade pelos danos causados à sociedade por actos e omissões verificados no exercício do cargo desde que, no exercício da sua função, o administrador respeite o conteúdo *mínimo e suficiente* do dever geral de cuidado – obrigação de tomar uma decisão *informada e não irracional*. Ainda que aquele dever seja mais rico, só o seu conteúdo *essencial*, traduzido nas *manifestações-condições* vistas, será fiscalizado, *por esta via*, para o *efeito último* de responsabilizar o administrador da sociedade.⁸⁵

Por outras palavras⁸⁶. Na *pauta suficiente de comportamento exigido* ao administrador pelo art. 72.º, 2, poderá ver-se ainda um dever jurídico *mínimo* do administrador, que surge como *sucedâneo* do dever de tomar decisões razoáveis para o efeito de ser julgada a sua responsabilidade pela inobservância dessa obrigação: o dever de actuação *procedimentalmente* correcta e razoável em termos informativos *e* de tomar decisões *não irracionais*⁸⁷.

Dois exemplos para tornar operativo o cenário proporcionado pelo CSC.

A administração de uma sociedade dedicada à instalação e actualização de *software* de gestão a profissionais liberais aprova um contrato exclusivo

que num juízo sobre a decisão em si”), e, sobre o controlo “procedimental” em termos de informação obtida da decisão do administrador (ou “regularidade procedimental”), CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil... cit.*, pp. 121-122. Depois, entre outros, CALVÃO DA SILVA, p. 56, colocou o enfoque nos “requisitos do processo decisório”, e PEREIRA DE ALMEIDA, p. 257, frisou a sindicabilidade “não propriamente quanto ao mérito, mas quanto ao *processo de decisão*”. Em consequência, numa perspectiva isolada, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, p. 671, ss., defende que o art. 72.º, 2, actua no requisito da causalidade adequada ao dano. 84 **A esta luz se poderá ler** COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil... cit.*, p. 47, quando, na sua interpretação restritiva do preceito, julga a norma do art. 72.º, 2, inaplicável ao dever de tomar decisões procedimentalmente razoáveis. Em sentido diferente, BRUNO FERREIRA, pp. 727-728.

⁸⁵ V., ainda com outras explicitações, RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos administradores e *business judgment rule*”, *loc. cit.*, pp. 70-71, 73-74, 75-76.

⁸⁶ Já plasmadas em RICARDO COSTA, *últ. est. e loc. cits.*, p. 75.

⁸⁷ Aparentemente próximo: BRUNO FERREIRA, pp. 725-726 (“o dever de preparar adequadamente as decisões de gestão e o dever de tomar decisões de gestão racionais são deveres instrumentais, cujo cumprimento impede a consideração (...) do cumprimento do dever de cuidado principal: o dever de tomar decisões de gestão razoáveis”).

de três anos com o fornecedor de programas a profissionais liberais A, quando o fornecedor B lhe apresentava o mesmo produto mais barato 40%, só porque, e sem mais nenhum argumento, os sócios da sociedade fornecedora A eram antigos colegas da Universidade de Coimbra (sem que daí, todavia, se retire qualquer vantagem pessoal). Esta decisão não é explicável em relação ao interesse lucrativo da sociedade.

Em contraponto, não será o caso de os administradores da sociedade de metalomecânica C adquirirem grandes quantidades de ferro (matéria-prima essencial para a actividade empresarial), tendo em conta a escassez anunciada do produto e o conseqüente aumento de preço. Depois de obterem várias informações junto do mercado, apelando à sua experiência no sector e intuição, adquiriram quantidades para um ano de produção. Passados dois meses, o preço do ferro reduz-se drasticamente por causa de um súbito aumento da oferta. A sociedade perdeu competitividade em face dos concorrentes que não adquiriram quantidades para além das necessidades previstas para a continuidade do processo produtivo. Mas a decisão, ainda que produtora de prejuízos, não foi irracional – até, pelo contrário, foi adequada ao contexto e zelosa no tempo em que foi adoptada.

Não parece que esta não irracionalidade não possa ser igualmente suportada na convicção subjectiva de que a decisão é correcta e se conforma com o interesse da sociedade – assim, o administrador alegaria a sua boa fé⁸⁸. Mas a racionalidade de uma decisão não pode ser sustentada *com base tão-só na boa fé*. P. ex., os administradores avançam com uma campanha publicitária maciça e muito dispendiosa em face dos recursos disponíveis, que põe em causa projectos de investimento muito avançados e importantes, como medida defensiva em relação a uma “oferta pública de aquisição” hostil, crenes de que a mudança de accionistas é prejudicial para a sociedade (e subsequente alteração dos lugares na administração). A lei segue um critério *standard* de racionalidade *objectiva*, menos maleável e indiferente à crença da administração no acerto da decisão.⁸⁹

4. O dever geral de lealdade: art. 64.º, 1, b)

4.1. Conceito e manifestações

Segundo o outro dever geral – o de lealdade –, os administradores, no exercício das suas funções, devem considerar e intentar em exclusivo o

⁸⁸ Neste sentido, VÂNIA MAGALHÃES, p. 395.

⁸⁹ Sobre o *duty of good faith*, v. PAIS DE VASCONCELOS, “*Business judgment rule*, deveres de cuidado...”, *loc. cit.*, p. 46, ss.

interesse da sociedade, com a respectiva obrigação de omitirem comportamentos que visem a realização de outros interesses, próprios e/ou alheios⁹⁰. Conduta desleal é aquela que promove ou potencia, de forma directa ou indirecta, situações de benefício ou proveito próprio dos administradores (ou de terceiros, por si influenciados, ou de familiares), em prejuízo ou sem consideração pelo conjunto dos interesses diversos atinentes à sociedade, neles englobando-se desde logo os interesses comuns de sócios enquanto tais, e também os de trabalhadores e (particularmente com a actual versão do art. 64.º, 1) demais *stakeholders* relacionados com a sociedade⁹¹.

Reconduzir o dever de lealdade dos administradores e gerentes ao princípio geral da boa fé (art. 762.º, 2, do CCiv.)⁹² não será a via mais completa, vista a sua extensão e manifestações em que se precipita. Antes se pode configurar a já vista relação fiduciária – e a *confiança especial que lhe subjaz* – que se estabelece entre a sociedade e o administrador como o fundamento adequado: gera o imperativo de prosseguir (como regra e em primeira linha) o fim (lucrativo) que os sócios perseguem quando constituem a sociedade, enquanto instrumento que esta é para a consecução desse fim e a correspondente satisfação do interesse social.⁹³

⁹⁰ Sigo a definição de teor *positivo* de COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *loc. cit.*, p. 22, *Responsabilidade civil...* cit., p. 25 (já seguido pelo Ac. da RP de 5/2/2009, cit. a n. 22), não obstante o dever comportar, “pela negativa”, “uma proibição geral de actuação em conflito de interesses” (ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das Sociedades...* cit., p. 327); realçando este conteúdo, CAETANO NUNES, “Concorrência e oportunidades de negócio societárias...”, *loc. cit.*, p. 90, MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I volume cit., p. 826, PAULO CÂMARA, pp. 172-173, VÂNIA MAGALHÃES, p. 399.

⁹¹ Sigo desta feita o enunciado da lealdade, concentrado no *comportamento violador da lealdade*, que se pode encontrar em FÁTIMA GOMES, p. 566.

⁹² CALVÃO DA SILVA, pp. 53 e 57 (e com a *confiança* ou *fiducia* exigida), GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, p. 43, MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I volume cit., pp. 828, 831 (mas atente-se, a pp. 829 e 830, na alusão simultânea à *confiança* e à *relação fiduciária*), ID., *Código das Sociedades Comerciais anotado cit., sub art. 64.º*, p. 244, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA (2007), p. 127, e – o mais desenvolvido – TRIGO DOS REIS (2010), p. 342, ss. (em esp., n. 199 – p. 346), também com recurso à *confiança* e à *relação especial de fidúcia*, 378, ss., 412, ss.

⁹³ V., em esp., CARNEIRO DA FRADA, “A *business judgment rule...*”, *loc. cit.*, pp. 209-210, que distingue o dever de lealdade do dever de cuidado por aquele representar “um efeito imediato e directo da natureza da relação” fiduciária e, portanto, como “consequência de uma valoração heterónoma (*ex lege*) da ordem jurídica”, 211-212, COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *loc. cit.*, n. 16 – p. 23, VÂNIA MAGALHÃES, p. 397-398, n. 133 – p. 413. CAETANO NUNES, “Concorrência e oportunidades de negócio societárias...”, *loc. cit.*, p. 87, ss., parece perfilar uma posição heterogénea: parte da boa fé, considera a tutela da

Algumas das suas manifestações encontram *correspondência na lei* e traduzem *deveres específicos(-vinculados)*⁹⁴: pelo menos, (i) não realizar certos negócios com a sociedade (arts. 397.º, 1, 428º) ou, afora estes, sem consentimento da sociedade (arts. 397.º, 2 e 5, 428.º), (ii) não exercer actividade concorrente com a da sociedade, desde que não haja autorização da sociedade (arts. 254.º, 1, 398.º, 3, 428º), (iii) não votar nas deliberações do órgão de administração sobre assuntos em que tenha, por conta própria ou de terceiro, interesse em conflito com o da sociedade (art. 410.º, 6), (iv) não “abusar” de informação “não pública” e privilegiada da sociedade (arts. 449.º e 450.º do CSC, 378.º do CVM), e (v) ser neutral perante ofertas públicas de aquisição (arts. 181.º, 2, *d*), e 182.º, 1, do CVM)⁹⁵.

Mas outras manifestações são delineadas por mor da lealdade exigida aos administradores: (vi) não usufruir vantagens de terceiros ligadas à celebração de negócios da sociedade com esses terceiros (as conhecidas “luvas”, “comissões” ou “gratificações”), (vii) não aproveitar as oportunidades negociais da sociedade para seu proveito ou de outras pessoas, especialmente a si ligadas, salvo consentimento válido da sociedade, (viii) não utilizar meios ou informações próprios da sociedade para daí retirar proveitos, sem contrapartida para a sociedade, e (ix) guardar sigilo das informações e documentos reservados da sociedade.⁹⁶⁻⁹⁷

confiança e sedimenta-a na relação fiduciária entre administrador e sociedade; nesta linha também estará ADELAIDE MENEZES LEITÃO, pp. 664-665.

⁹⁴ Deveres de lealdade “em sentido impróprio”, assim são designados por TRIGO DOS REIS, pp. 369-370.

⁹⁵ Desenvolvidamente, também para o alcance do regime jurídico destas matérias e aplicação em outros tipos sociais, DUARTE RODRIGUES, p. 187, ss., CAETANO NUNES, “Concorrência e oportunidades de negócio societárias...”, *loc. cit.*, p. 92, ss., COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil... cit.*, p. 27, ss., TRIGO DOS REIS, p. 369, ss., 373, ss., 395, ss..

⁹⁶ Grande parte dos comportamentos de administradores previstos pelo n.º 2 do art. 186.º, 2, do CIRE (“insolvência culposa”) correspondem a manifestações do dever de lealdade.

⁹⁷ Desenvolvidamente, v. CAETANO NUNES, “Concorrência e oportunidades de negócio societárias...”, *loc. cit.*, p. 100, ss., COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil... cit.*, p. 31, ss. Para outras “listagens”, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, p. 50, CARNEIRO DA FRADA, “A *business judgment rule*...”, *loc. cit.*, p. 215, MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I volume cit., p. 827, ss., p. 831, Id., *Código das Sociedades Comerciais anotado cit., sub art. 64.º*, p. 244, ARMANDO TRIUNFANTE, p. 60, PEREIRA DE ALMEIDA, p. 239, ss., VÂNIA MAGALHÃES, p. 399, TRIGO DOS REIS, p. 378, ss., 403, ss. (após extinta a relação de administração com a sociedade). O Ac. da RL de 16/7/2009 (www.dgsi.pt, processo 977/06.2TYLSB.L1-2), por seu turno, considerou que o único gerente de uma sociedade por quotas, ao atribuir a si próprio (sem deliberação social: art. 255.º, 1, CSC) aumento de remuneração pelo exercício da gerência e dos prémios de gerência, viola o dever de lealdade decorrente do art. 64.º.

4.2. Os interesses atendíveis pelo administrador

Para o cumprimento do dever geral de lealdade para com o “interesse da sociedade”, a lei manda *atender* aos “interesses de longo prazo dos sócios” e *ponderar* “os interesses de outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores”⁹⁸. Esta ponderação é essencialmente relevante nas manifestações *não legais* do dever de lealdade (como é nos subdeveres de cuidado⁹⁹).

Trata-se de uma norma com uma *extensão considerável de interesses*. Daqui resulta que o “interesse da sociedade” previsto no art. 64.º, 1, inscreve-se na *conjugação dos interesses dos sócios enquanto tais (comuns a todos eles, não extrassociais nem de ordem conjuntural) com os de outros sujeitos ligados à sociedade*¹⁰⁰.

No entanto, a doutrina dominante tem pugnado pela *hierarquização* destes interesses quando o administrador-“gestor criterioso e ordenado” avalia o “interesse da sociedade”¹⁰¹: em plano *principal ou prevalecente*, os interesses dos sócios, que não se esgotem no curto prazo (numa perspectiva de “investimento não especulativo”¹⁰²); em plano *secundário*, os interesses dos restantes sujeitos¹⁰³, ainda que a sua sobrevalorização indevida

⁹⁸ Para o exame (crítico) de cada um destas categorias de interesses particulares, v. COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *loc. cit.*, p. 39, ss. (= *Responsabilidade civil... cit.*, p. 299, ss.).

⁹⁹ Cfr. *supra*, 3.2.

¹⁰⁰ COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *loc. cit.*, p. 43 (= *Responsabilidade civil... cit.*, p. 304).

¹⁰¹ Contrários: CARNEIRO DA FRADA, “A *business judgment rule...*”, *loc. cit.*, pp. 212-213, MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I volume cit., p. 822 (v. *supra*, n. 68, e *infra*, nn. 110 e 125).

¹⁰² PAIS DE VASCONCELOS, “Responsabilidade civil...”, *loc. cit.*, p. 20. V. ainda ARMANDO TRIUNFANTE, p. 64, PAULO CÂMARA, p. 175-176, PEREIRA DE ALMEIDA, p. 103, TRIGO DOS REIS, pp. 339-340.

¹⁰³ CALVÃO DA SILVA, p. 57, COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *loc. cit.*, p. 43, s. (= *Curso de direito comercial*, vol. II cit., p. 304, ss.), com exemplos de resolução de antagonismo de interesses e sua fundamentação, MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I volume cit., pp. 822-823 (aparentemente), ARMANDO TRIUNFANTE, p. 65, PAULO CÂMARA, p. 174, CARNEIRO DA FRADA, “A *business judgment rule...*”, *loc. cit.*, p. 216 (só para os deveres de cuidado), FERNANDES DE OLIVEIRA, p. 264, VÂNIA MAGALHÃES, p. 412, ss., PAIS DE VASCONCELOS, “*Business judgment rule*, deveres de cuidado...”, *loc. cit.*, p. 75, SOUSA GIÃO, p. 230, ss. Para a anterior redacção, BRITO CORREIA, *Direito comercial*, 2.º volume cit., p. 54, ss.

e prejudicial para a sociedade possa permitir a exclusão ou limitação da responsabilidade dos administradores perante a sociedade¹⁰⁴.

4.3. O padrão do “gestor criterioso e ordenado” no cumprimento do dever de lealdade

A doutrina tem opinado que o padrão do “gestor criterioso e ordenado” é de convocar para a avaliação do cumprimento de todos os deveres dos administradores – neles incluindo o dever de lealdade, “explicando a intensidade requerida na sua execução”¹⁰⁵. Porém, é de julgar que esse padrão tem menor espaço e relevo no cumprimento do dever que o art. 64.º, 1, b), nos fornece – se quisermos, melhor, tem *um outro recheio* no que respeita ao dever de lealdade.

Em primeiro lugar, nas manifestações *legais*, em rigor não estamos necessitados do “gestor criterioso e ordenado”; estamos perante deveres *vinculados* e não cláusulas gerais demandantes de concretização.

Em segundo lugar, o dever de lealdade, nas suas manifestações *não legais*, pode implicar escolhas (desde logo, agir ou não agir num cenário de *conflito de interesses*), mesmo de alcance *relativo*, que podem ainda ser *balizadas* pelo “tipo” de administrador concebido pela lei¹⁰⁶: p. ex., perante uma “oportunidade de negócio” o “administrador-tipo”¹⁰⁷ deve informar-se sobre a existência de interesse objectivo e efectivo da sociedade nela ou se a sociedade já está envolvida em negociações para a conclusão do negócio respectivo; ou conhecer necessariamente que a maquinaria que utiliza gratuitamente numa obra própria pertence à sociedade. Nestas hipóteses, a convocação das *qualidades* inerentes ao “gestor criterioso e ordenado” e das *circunstâncias* em que ele deve ser examinado em

¹⁰⁴ COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *loc. cit.*, p. 45-46 (= *Curso de direito comercial*, vol. II cit., p. 307), com crítica ao regime legal: institucionalismo *moderado* e *inconsequente*, “os interesses dos sócios pesam muito mais, a falta de (ou deficiente) ponderação dos interesses dos não-sócios praticamente não tem sanção”; CARNEIRO DA FRADA, “A *business judgment rule*...”, *loc. cit.*, p. 217. Antes: VASCO LOBO XAVIER, *Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos do ensino de uma disciplina de direito comercial (Curso complementar)*, Separata do vol. LXII do BFD, Coimbra, 1986, n. 26 – p. 29.

¹⁰⁵ MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I volume cit., p. 839, Id., *Código das Sociedades Comerciais anotado* cit., sub art. 64.º, p. 243, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, pp. 665-666, 668-669, BRUNO FERREIRA, p. 736.

¹⁰⁶ TRIGO DOS REIS, p. 334.

¹⁰⁷ ELISABETE RAMOS, “Aspectos substantivos...”, *loc. cit.*, p. 230.

concreto¹⁰⁸ (p. ex., a dimensão da sociedade, ser administrador executivo ou não executivo¹⁰⁹, ser administrador em exclusividade ou não, etc.) fazem (o seu) sentido¹¹⁰.

De todo o modo, não podemos deixar de empreender a seguinte *precisão(-limitação)*: o dever de lealdade não admite ponderações, enquanto não está disponível para fragmentações derivadas de escolhas do administrador, entre o “interesse da sociedade” e o interesse próprio e/ou de terceiros – aqui, é um dever absoluto¹¹¹. Não se pode falar aqui de autonomia e discricionariedade *próprias* do administrador, que sempre seriam *assaz relativas (ou inexistentes)*¹¹², ou, em alternativa, remetidas tão-só para a *escolha* da decisão entre os interesses oponíveis. O que deixa pouco (residual ou nenhum) lugar para a diligência *qualificada do tipo legal de administrador*, particularmente nas manifestações *omissivas ou proibidoras* do dever de lealdade (p. ex., quando se analisa a percepção de “comissões negociais” indevidas)¹¹³.

Seja como for, a sua transposição para o campo da lealdade envolve, *no mínimo e como diferencial*, que o administrador “criterioso e ordenado” da sociedade é aquele que *a gere para o fim correspondente à maximização do interesse social*¹¹⁴ e *à concordância possível com os interesses dos stakeholders*

¹⁰⁸ Neste sentido, TRIGO DOS REIS, p. 366, ss.

¹⁰⁹ Para uma diferente extensão do dever de lealdade de acordo com esta circunstância, CAETANO NUNES, “Concorrência e oportunidades de negócio societárias...”, *loc. cit.*, pp. 91-92, TRIGO DOS REIS, p. 367.

¹¹⁰ TRIGO DOS REIS, p. 334.

¹¹¹ RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos administradores e *business judgment rule*”, *loc. cit.*, p. 69. É aqui que poderemos ver substancialmente (ainda que não tão rigidamente) a doutrina de CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil... cit.*, pp. 120-121 (dever de cumprimento estrito), *Id.*, “*A business judgment rule...*”, *loc. cit.*, pp. 212-213 (v. *supra*, n. 68); neste sentido, FERREIRA GOMES, pp. 167-168.

¹¹² Pelo menos assim deveria ser. Porém, com tantos interesses a considerar, difusos e conflituantes, frisa com perspicácia COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. II *cit.*, p. 299, que “*maior será a discricionariedade dos administradores*” e “*menor a controlabilidade da sua actuação*”. O que significa que mais difícil será densificar a bitola do “gestor criterioso e ordenado” no campo da lealdade devida.

¹¹³ Em sentido próximo, TRIGO DOS REIS, pp. 334-335: a “*relevância será (...) maior no caso dos deveres de agir do que nos deveres de omissão*”; perante “*as situações de comportamentos proibidos (...)*, o conceito de diligência em sentido normativo assume menor relevância argumentativa”; consequentemente, nestes casos, “*à diligência será reservada a função de bitola de culpa*”.

¹¹⁴ Era esta a concepção (adaptada ao dever de lealdade) de RAÚL VENTURA, p. 150.

(particularmente, credores, trabalhadores, clientes e outros especialmente interessados¹¹⁵ – a lista não é taxativa¹¹⁶)¹¹⁷.

4.4. A (não) articulação com o art. 72.º, 2

Não entra no âmbito de aplicação do referido art. 72.º, n.º 2, sindicar se o administrador cumpre ou não cumpre com o dever geral de lealdade¹¹⁸. Se estamos perante manifestações *legais*, os deveres são *específicos* e não entram, enquanto tal, na tutela do preceito. Se estamos perante manifestações *não legais*, já vimos que se configura como um dever que exige sem mais a consecução em exclusivo do “interesse da sociedade” (em que se ponderam os outros interesses elencados na al. b) do art. 64.º, 1) e a abstenção de decisões em benefício próprio ou de terceiros, proporcionadas pela posição e estatuto de administrador. É esta ausência de discricionariedade – e não (a) outra (ou outras), que, sendo *imprópria*, realmente propicia somente decisões em nome da prevalência de um interesse(s) – que afasta o art. 72.º, 2.

Fosse como fosse, o próprio art. 72.º, 2, indica que um terceiro requisito de exclusão de responsabilidade do art. 72.º, n.º 2, é a inexistência de interesse pessoal no que toca à decisão (*independência*: o administra-

¹¹⁵ Defendendo o alargamento do elenco dos “sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade”, com recurso ao conceito de *interesse especial* na sociedade – “ou porque a afectam, ou porque são por ela afectadas” –, PAIS DE VASCONCELOS, “Responsabilidade civil...”, *loc. cit.*, pp. 20-21. Neste entendimento, v. igualmente CARNEIRO DA FRADA, “*A business judgment rule...*”, *loc. cit.*, pp. 217-218, PAULO OLAVO CUNHA, p. 572. Antes, FÁTIMA GOMES, p. 566, aludia a “potenciais interessados no desenvolvimento da actividade societária para além dos seus sócios e trabalhadores”, aos “demais sujeitos potencialmente afectados pelas decisões societárias”.

¹¹⁶ PEREIRA DE ALMEIDA, p. 238, pugna por outros interesses *difusos* socialmente reconhecidos, como a protecção do ambiente; assim também CARNEIRO DA FRADA, “*A business judgment rule...*”, *loc. cit.*, p. 217, PAULO OLAVO CUNHA, p. 572 (refere-se à “conduta ambiental da sociedade”).

¹¹⁷ Neste sentido podemos compreender PAIS DE VASCONCELOS, “*Business judgment rule*, deveres de cuidado...”, *loc. cit.*, p. 64, quando vê a menção aos interesses da al. b) do n.º 1 como a “explicitação do modo como o dever de lealdade deve ser cumprido”.

¹¹⁸ Que se fez linha doutrinal dominante: CALVÃO DA SILVA, p. 57, PÉREZ CARILLO/ELISABETE RAMOS, “Responsabilidade civil e seguro dos administradores (reflexões em torno das experiências portuguesa e espanhola)”, *BFD*, 2006, p. 307, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...* cit., p. 47, RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos administradores e *business judgment rule*”, *loc. cit.*, p. 69, CARNEIRO DA FRADA, “*A business judgment rule...*”, *loc. cit.*, pp. 221-222, VÂNIA MAGALHÃES, p. 394. Contra: ADELAIDE MENEZES LEITÃO, p. 670.

dor actuou “livre de qualquer interesse pessoal”¹¹⁹). Assim, fora do dever de cuidado, a lei salvaguarda a ausência de conflito de interesses e, nessa medida, abrange desde logo a conformação com *algumas* das manifestações mais relevantes do dever de lealdade (em particular: não aproveitamento próprio de oportunidades negociais decorrentes da actividade societária, não utilização em benefício próprio de meios e/ou informações da titularidade e/ou na disponibilidade da sociedade).¹²⁰

5. O art. 64.º, 1, como fonte de ilicitude e culpa e a diligência do «gestor criterioso e ordenado»

Se se verificarem os requisitos demandados – facto ilícito, culpa, dano e nexa de causalidade entre o facto e o dano –, os administradores e gerentes respondem civilmente em face da sociedade pela violação dos deveres gerais, nos termos do art. 72.º, 1, do CSC (mas a culpa presume-se), desde que não se aplique o n.º 2 do art. 72.º.

Em que medida o art. 64.º é operativo para essa responsabilidade?

O art. 64.º, 1, contém os “critérios gerais de acção” dos administradores, ocupando assim “a posição central na concretização da responsabilidade dos gestores das sociedades comerciais”¹²¹. Ao fornecer os *deveres-quadro*, não podemos deixar de ver no art. 64.º, 1, fonte da *conduta normativamente exigível* aos administradores. Ora, se a *ilicitude* considera a conduta *em termos objectivos*, como infracção de deveres jurídicos que exibem contrariedade por parte do infractor em relação aos valores tutelados pela ordem jurídica, violar o dever geral de cuidado e/ou o dever geral de lealdade, nas suas manifestações (particularmente) não vinculadas, é facto que reveste um carácter de *ilicitude*.

Se assim é, pode sustentar-se ainda que a ilicitude acarreta a formulação do “juízo de reprovabilidade pessoal da conduta” que a *culpa* exprime¹²².

¹¹⁹ Sobre este ponto, v., desenvolvidamente, TRIGO DOS REIS, p. 319, ss.

¹²⁰ Não obstante, a responsabilidade do administrador pode decair pela ausência de qualquer um dos pressupostos constitutivos dessa responsabilidade. Veja-se o exemplo de COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *loc. cit.*, p. 30: “a propósito do dever de o administrador não abusar da sua posição, também não haverá responsabilidade – *por falta de dano* para a sociedade – se as ‘luvas’ não se repercutirem negativamente no património social” (sublinhei).

¹²¹ PAIS DE VASCONCELOS, “Responsabilidade civil...”, *loc. cit.*, p. 20.

¹²² ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 2005 (reimp. ed. 2000), pp. 562-563, 566-567, *Id.*, *Das obrigações em geral*, vol. II, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 1995, pp. 95-96.

O que significa, parece, que, no momento de aferir da responsabilidade do administrador, o *modo ilícito como foi desempenhada a gestão* implica consequencialmente a *censura subjectiva* ao administrador, na medida em que, de entre as opções possíveis, podia ter actuado de maneira diferente – como se exigiria a um “gestor criterioso e ordenado” – e não o fez, merecendo a reprovação do direito.

Esta *dupla função* do art. 64.º – concretização da ilicitude dos comportamentos através da indicação de deveres objectivos de conduta e imputabilidade a título de culpa (em abstracto) do acto ilícito ao agente¹²³ – permite ver que a ilicitude e a culpa, sendo pressupostos distintos, não deixam de ser pressupostos *complementares* (e até *indissociáveis*) na apreciação do comportamento do administrador e na verificação da *indemnizabilidade* do incumprimento dos seus deveres.

Assim, o art. 64.º, 1, é *fundamento autónomo* de responsabilidade¹²⁴.¹²⁵

A apreciação desses requisitos faz-se em razão da diligência integrada no padrão mais exigente do “gestor criterioso e ordenado”, com as diferenças de *intensidade* e de *conteúdo* assinaladas entre o dever de cuidado – aqui

¹²³ Cfr. *supra*, n. 52.

¹²⁴ NOGUEIRA SERENS, p. 80, SOARES DA SILVA, pp. 615-616, CAETANO NUNES, *Responsabilidade civil...* cit., p. 86, ss., e n. 86, CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil...* cit., pp. 119-120, ID., “A *business judgment rule...*”, *loc. cit.*, pp. 204-205, 218-219, ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil...* cit., p. 87, COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *loc. cit.*, p. 30, ID., *Responsabilidade civil...* cit., p. 17, RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos administradores e *business judgment rule*”, *loc. cit.*, pp. 78-79, FÁTIMA GOMES, n. 24 – pp. 563-564, PAIS DE VASCONCELOS, “Responsabilidade civil...”, *loc. cit.*, p. 20, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, pp. 660-661 (não obstante considerar-se que o art. 64.º, 1, cuja relevância “ultrapassa a matéria da responsabilidade”, é “disposição incompleta” por não ter sanção estatuída nela própria, afirma-se peremptoriamente que é “através dela que se procede a um recorte da ilicitude pela formulação normativa da densificação dos deveres que caracterizam a situação jurídica do administrador”); nos tribunais, cfr. novamente a sentença de 2003 da 3.ª Vara Cível de Lisboa, p. 35 (cit. a n. 22). Em sentido contrário, porque o art. 64.º, 1, compreende tão-só “normas de conduta” incompletas em face da presença de “deveres incompletos”, que, violadas, implica o apelo a outras regras para determinar uma eventual responsabilidade civil, MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I volume cit., pp. 810, 837-838, 931-932, 933-934, e, na anterior redacção do art. 64.º, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, Lisboa, 1997, n. 21 – p. 40, p. 496-497, 522-523; também contra o art. 64.º como fundamento autónomo de ilicitude, VAZ PINTO/KEEL PEREIRA, p. 15-16.

¹²⁵ Sobre os deveres de cuidado e de lealdade nas sociedades integradas em relações de grupo (de direito ou de facto), v. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...* cit., n. 68 – p. 35, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, p. 106, ss.

valem primordialmente as qualidades do “tipo legal” de administrador (2.^a parte da al. *a*) do n.º 1) e as circunstâncias *não legais* de determinação de “bom cumprimento” – e o dever de lealdade – aqui convoca-se, essencialmente, o multiforme e hierarquizado “interesse da sociedade”¹²⁶.

¹²⁶ Contra: CARNEIRO DA FRADA, “A *business judgment rule*...”, *loc. cit.*, pp. 212-213, 215.

