

Liber Amicorum

Pedro Pais de Vasconcelos

VOLUME II

2023

Pedro Leitão Pais de Vasconcelos
(Organizador)

LIBER AMICORUM PEDRO PAIS DE VASCONCELOS

ORGANIZADOR

Pedro Leitão Pais de Vasconcelos

EDITOR

EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

Avenida Emídio Navarro, 81, 3D

3000-151 Coimbra

Tel.: 239 851 904 · Fax: 239 851 901

www.almedina.net · editora@almedina.net

DESIGN DE CAPA

FBA.

PRÉ-IMPRESSÃO

EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

Março, 2023

ISBN

DEPÓSITO LEGAL

Os dados e as opiniões inseridos na presente publicação são da exclusiva responsabilidade do(s) seu(s) autor(es).

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infrator.



GRUPOALMEDINA

“Responsabilidade social” na (ir)racionalidade das decisões dos administradores de sociedades comerciais*

Ricardo Costa**

1. Mais uma vez o art. 72º, 2, do CSC em diálogo com o art. 64º, 1, do CSC
Não é de agora – num trilho que foi igualmente calcorreado pelo nosso homenageado¹ – que dedico atenção à dinâmica interpretativa do art. 72º, 2, do Código das Sociedades Comerciais (CSC). Esta foi uma norma inovadoramente introduzida pela reforma de 2006 (DL 76-A/2006, de 29 de Março) do CSC, enquanto consagração (mais ou menos plena) da *business*

* Associar-me a esta justa homenagem é um imperativo de consciência, constituindo o Professor Pedro Pais de Vasconcelos um marco na minha carreira académica (como arguente nas provas de doutoramento realizadas na Universidade de Coimbra), *et pour cause*, na minha vida. Além de tudo o mais, este contributo, numa matéria em que navegámos e aproveitamos agora para visitar, é um singelo testemunho de amizade, consideração e gratidão, em sede universitária e no reduto pessoal.

** Juiz Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça. Professor Convidado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Membro Investigador do Instituto Jurídico da FDUC.

¹ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “Responsabilidade civil dos gestores das sociedades comerciais”, *DSR*, Vol. 1, 2009, págs. 11 e ss (em esp. 16-25, 30-32), e “*Business judgment rule*, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64º do Código das Sociedades Comerciais”, *DSR*, Vol. 2, 2009, págs. 41 e ss.

judgment rule (BJR), no âmbito da disciplina da responsabilidade dos administradores e gerentes das sociedades comerciais e, portanto, em interacção com o art. 64º, 1, do mesmo CSC².

Estamos perante uma *causa de exclusão de responsabilidade perante a sociedade* (prevista no art. 72º, 1)³, por via da *justificação da ilicitude e, consequencialmente, da culpa* (presumida, de acordo com a parte final desse normativo), por actos e omissões dos administradores e gerentes das sociedades – assim é, como diz a lei, se for demonstrado que a sua atuação danosa foi (i) «livre de qualquer interesse pessoal», se foi (ii) procedimentalmente informada e, por fim, se foi (iii) tomada de acordo com «critérios de racionalidade empresarial».

Tratou-se de uma medida com forte impacto na *governança das sociedades*: desde que preenchidos os requisitos legais, deve entender-se que os administradores, mesmo que não cumpram o que seria de exigir pelo *standard* do «gestor criterioso e ordenado» solicitado pela lei, não merecem ser responsabilizados numa avaliação judicial *ex post* do mérito das suas escolhas, incentivando-se desta forma um *risco económico controlado* na gestão.

Ao mesmo tempo, a reforma de 2006 modificou o art. 64º do CSC, servindo para esclarecer e determinar os deveres legais gerais dos administradores (*cuidado e lealdade*) e ampliar o *interesse da sociedade* que baliza tais deveres no momento da sua execução. E tal foi fulcral para se concluir que a prescrição de BJR do CSC aplica-se na tarefa de sindicância do *dever geral de cuidado dos administradores*, previsto pelo art. 64º, 1, a), do CSC, enquanto normação de conduta resultante do dever de gestão. Compreende o espaço

² V., em conjunto, RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos administradores e *business judgment rule*”, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET – Colóquios n.º 3, Almedina, Coimbra, 2007, págs. 49 e ss, *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2014 (reimp. 2016), págs. 913 e ss, “Artigo 64º”, pontos 1. a 5., *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume (Artigos 1º a 84º), 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, págs. 764 e ss, em esp. 791 e ss, “A *business judgment rule* na responsabilidade societária: entre a razoabilidade e a racionalidade”, *Governança das sociedades, responsabilidade civil e proteção dos administradores*, coord.: Maria João Antunes/Alexandre de Soveral Martins, IJFDUC – IDET, 2018, págs. 95 e ss, que aqui seguirei em síntese (bem como as correspondentes influências doutrinárias).

³ O aproveitamento do art. 72º, 2, para as acções de responsabilidade previstas nos arts. 78º e 79º, não obstante as remissões legais, é residual e analítico: RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos administradores e *business judgment rule*”, *loc. cit.*, pág. 72, ID., “A *business judgment rule* na responsabilidade societária...”, *loc. cit.*, nt. 27 – pág. 112. Por isso, centra-se a análise para o efeito de aplicação do regime predisposto nos arts. 72º a 77º do CSC.

de liberdade e discricionariedade, onde as decisões não são juridicamente vinculadas e se verifica o campo por excelência da autonomia de julgamento dos administradores e de incerteza nos resultados, sempre balizadas, no entanto, pela realização do aludido “interesse da sociedade”. Em contrapartida, *não é, por regra e extensão, aplicável ao dever geral de lealdade*, previsto pelo art. 64º, 1, b), e aos *deveres específicos* – deveres vinculados e de execução especificada –, pois aspira a prescrever apenas que não há que, para efeitos de responsabilidade, tomar sempre as decisões mais razoáveis quando há liberdade de escolha. Só neste contexto se oferece à administração um *porto seguro de abrigo* e um regime especial de responsabilidade pela administração discricionária.⁴

É neste regime que se cria um *espaço de imunidade jurídica* dos actos dos administradores, onde a avaliação da qualidade das decisões salvaguarda a discricionariedade técnica dos administradores, que não pode ser escrutinada pelos juízes (o conhecido *subsequent second-guessing*) sob o ponto de vista da sua correcção técnica ou adequação (ao critério de diligência do «gestor criterioso e ordenado»).

Acolher a BJR implicou pois uma *suavização* do regime de responsabilidade dos administradores, na exacta medida em que os administradores invocam o reconhecimento de uma *libertação de responsabilidade pelas consequências* dos seus actos/decisões perante o *risco de administração*.

2. O decisivo “teste da irracionalidade”

Dos três requisitos que compõem o ramalhete do art. 72º, 2 (ausência de conflito de interesses em relação à decisão/deliberação do órgão e/ou ao negócio/acto celebrado; actuação em termos informados/teste da informação adequada”; decisão tomada, como já referido, «segundo critérios de racionalidade empresarial»)⁵, o *teste da irracionalidade* constitui o seu âmago aplicativo.

Com este – como tenho sustentado –, passa a ser legítimo construir *dois círculos de actuação dos administradores*: o das decisões *razoáveis* (*círculo da razoabilidade*: mais restrito e definido pelo dever de actuação cuidadosa que o art.

⁴ Detalhadamente, por último, RICARDO COSTA, “A *business judgment rule* na responsabilidade societária...”, *loc. cit.*, págs. 105 e ss.

⁵ Ao qual se acrescenta o pré-requisito implícito da “decisão consciente” do administrador: com desenvolvimentos, RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos administradores e *business judgment rule*”, *loc. cit.*, págs. 81-83.

64º, 1, a), exige) e o das decisões *racionais*, mesmo que irrazoáveis (*círculo da racionalidade*: mais amplo).

A irracionalidade surge se a decisão se torna tão incompreensível e incoerente que *não pode deixar de se colocar fora da fronteira permitida à autonomia dos administradores* para responder a uma dada situação. Ao administrador basta demonstrar que a sua actuação *não foi irracional, não foi incompreensível, não deixou de ter explicação coerente*. Logo, a decisão tomada tem que se inserir ainda nesse segundo círculo de escolhas, que constituem ainda alternativas disponíveis para aquela matéria por serem *objectivamente* racionais: é na diferença entre o que está fora da razoabilidade mas ainda dentro da racionalidade que se confere o conhecido *safe harbour* que evita que o administrador incorra em responsabilidade; fora desse segundo círculo, *a invocação de um direito a actuar dentro de uma margem de discricionariedade é abusivo e reprovado em última instância pelo direito*, em consonância com a investidura do juiz em entrar na análise da *exigibilidade da função administrativa*, onde o *dever de gestão razoável* (manifestação basilar do dever geral de cuidado) permanece imutável para a verificação da decisão empresarial que causou o dano.

Neste contexto jurídico-interpretativo, tenho destacado três asserções essenciais.

I. Como a decisão empresarial que beneficia da BJR é *tipicamente* uma decisão “económica” ou “com risco” (*economic or risky decisions*), a racionalidade há-de ser *económica*, assente na escolha dos objectivos e meios para os atingir – a avaliação judicial deve socorrer-se dos clássicos princípios da *economia dos meios* (consecução de um dado fim com o mínimo dispêndio de meios) e do *máximo resultado* (consecução do grau máximo de realização do fim com dados meios)⁶.

II. Quando a lei portuguesa exige que a racionalidade seja «empresarial», julgo que se deve ler social (= societária), na exacta medida em que a decisão deve basear-se na sua *influência para a sociedade* em vez de atender a considerações estranhas ou a influências extrassociais (o que não invalida a importância de auscultar informação exterior de quem tem experiência e/ou competência sobre o *thema decidendum*, de atingir e viabilizar compromissos com terceiros, etc.). Logo, essa influência implica que o *administra-*

⁶ Continuo a seguir COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores*, 2ª ed., IDET – Cadernos nº 5, Almedina, Coimbra, 2010, págs. 44-45.

dor (na busca de uma racionalidade ainda cuidadosa) se norteie pelo interesse da sociedade (art. 64º, 1, b)) enquanto conjugação de interesses e pela hierarquização dos interesses que nele está implicado: em plano principal ou prevalectente, o interesse social (interesse comum a todos os sócios enquanto tais na realização do máximo lucro através da atividade da sociedade, que não se esgotem no curto prazo); em plano secundário, os «interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores»⁷.

III. É censurada a irracionalidade económico-societária *objectiva*, de tal modo que a decisão não encontre qualquer explicação coerente. Tal *método principal* não obsta a que a 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 fé. Mas a racionalidade de uma decisão não pode ser sustentada *com base tão-só na boa fé*: a lei não seguiu um critério *subjectivo* mas antes um critério *padrão* de racionalidade *objectiva*, menos maleável e indiferente à crença da administração no acerto da decisão⁸.

3. A conjugação dos arts. 72º, 2, e 64º, 1, do CSC no confronto das práticas de “responsabilidade social das empresas”

3.1. A aplicação da exclusão de responsabilidade do art. 72º, 2, a contextos específicos de actuação empresarial-societária deve implicar a adopção de algumas *nuances ou especialidades* (dou como exemplo as circunstâncias de crise empresarial pré-insolvência, com insolvência *provável* assente em “situação económica difícil” ou “insolvência iminente” – em que defendo um *teste da recuperação*⁹ –, ou de relacionamento entre administrações de

⁷ V., sobre o ponto, RICARDO COSTA, “Artigo 64º”, *loc. cit.*, págs. 780, 791-792.

Entre nós, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “*Business judgment rule...*”, *loc. cit.*, págs. 55, 58, considera que a actuação «segundo critérios de racionalidade empresarial» se enquadra no dever de lealdade, embora, formalmente, se concretize nas qualidades legais do administrador inscritas no art. 64º, 1, a).

⁸ Criticamente e sobre a recondução de um ponderável *duty of good faith* aos deveres gerais inscritos no art. 64º, 1, do CSC, v. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “*Business judgment rule...*”, *loc. cit.*, págs. 46 e ss, 55-56, 57 (“*aspecto objectivo da omissão do comportamento devido*, isto é, à ilicitude ou licitude do agir do gestor”).

⁹ V. RICARDO COSTA, “A *business judgment rule* na responsabilidade societária...”, *loc. cit.*, págs. 121-122, que transcrevo:

sociedades em relações de grupo ou de domínio simples – com os seus “interesses sociais” sobrepostos ou paralelos¹⁰), nomeadamente no que respeita ao *juízo de prioridade dos interesses atendíveis para a decisão*. Logo, nestas hipóteses, o fundamental é a mobilização do «interesse da sociedade» *global e multiforme* a que alude o art. 64º, 1, a), do CSC, a fim de nutrirmos a leitura mais adequada do art. 72º, 2, do CSC.

“Nesse contexto, emerge, no que toca à valência do dever geral de cuidado, a *redução da discricionariedade gestória e da autonomia e a vinculação ao interesse da conservação e da promoção do valor da empresa*. Assim, chegados à fiscalização desse dever quando convocado o art. 72º, 2, percebe-se que o *círculo da racionalidade fique mais apertado*, uma vez que a coerência, a explicação e o fundamento estão guiados pela lógica de escolhas orientadas pela conservação e saneamento da empresa e pelo impedimento preventivo da insolvência. A «racionalidade económica» e «empresarial» admitida pela lei no *safe harbour* da administração gestionária está, na *moldura temporal da crise*, ancorada num equilíbrio (delicado e sensível) entre a inibição para o “*overinvestment*”, assente em operações e negócios com álea e risco excessivos e cujos resultados negativos agravarão a situação da sociedade (mediatamente, dos credores), e a inibição para o “*underinvestment*”, assente no desinteresse e aniquilamento da sociedade e cuja impossibilidade de obtenção de resultados positivos de gestão alavancará a agonia e a astenia da sociedade. É verosímil que na ponderação deste equilíbrio – fundamentalmente centrado na decisão sobre o grau de risco *em abstracto* e o fito de continuidade *em concreto* – se encontrem mais decisões possíveis como sendo qualificáveis como irracionais (desde logo por serem de grave imprudência e se colocarem ao serviço de um retardamento da insolvência efectiva). Por outras palavras, é defensável que, para aplicação do art. 72º, 2, o teste da (ir)racionalidade seja ocupado pelo *teste da recuperação* – dirigido à *comprovação da idoneidade* das medidas escolhidas para permitir a reestruturação empresarial – e esse diminua o espectro de exclusão que o art. 72º, 2, oferece. Mas não só. Também se deverá exigir neste plano a *conjugação em igual plano e paridade* (e não em plano hierarquicamente desigual, como manda o art. 64º, 1, b)) dos *interesses dos sócios* (interesse social) e dos *interesses dos «sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade»*. Pelo menos assim deverá ser *em regra*. De todo o modo, não é de excluir que se deva optar por, nomeadamente em certas circunstâncias (p. ex., medidas de financiamento com oneração de património social), fazer prevalecer *os interesses dos credores* em relação aos demais interesses atendíveis, uma vez que o período de crise pré-insolvencial obriga os administradores à inibição/omissão de actos que, alegadamente em homenagem a interesses (perversos ou especulativos ou oportunistas) de prossecução, sem ponderação devida, de (eventual) lucro (dos sócios, portanto) e/ou de prolongamento indefensável da actividade empresarial (dos administradores), se traduzem numa, excessiva e inadmissível, translação do risco empresarial para a esfera dos credores. Ou de outros *stakeholders* diversos dos credores, como será, em particular, o interesse dos trabalhadores na manutenção dos seus postos de trabalho.”

¹⁰ V., para essa abordagem, RICARDO COSTA, *Os administradores de facto...* cit., págs. 270 e ss, 289 e ss.

É neste plano, por isso, que podemos discutir, em medida essencial à luz do nosso CSC, a assunção pela administração das sociedades comerciais de *objectivos, recomendações e práticas de carácter económico, social, ecológico-ambiental e ético, indicados* (muitas vezes através de “códigos de conduta”) *pela chamada “responsabilidade social das empresas”*¹¹.

Na verdade, a conformação da actuação gestória com esses ditames (muitas vezes extrassociais, na relação com *partes interessadas* na sociedade) não se enquadra por si só no seio da execução dos *deveres jurídicos impostos legalmente e heteronomamente vinculantes*; ainda é, como iniciativa em espaço de discricionariedade, uma actuação de *natureza voluntária e por regra conforme com a vontade dos administradores* (ou em *execução de deliberação de auto-regulação da gestão*, também admissível a cargo dos sócios), cuja abstenção não gera à partida qualquer sanção – por pretensão que seria, em especial, dos titulares-portadores desses interesses – e origina, em consequência, uma zona de conforto quanto à inobservância dessas coordenadas de “responsabilidade social”¹².

Com efeito, num espaço em que os administradores se encontram perante alternativas de decisão (mesmo até quanto ao sentido da lei a cumprir¹³) e a possibilidade de escolher entre diversas opções de acção (ou omissão), as que correspondem à tradução da “responsabilidade social” podem – é verdade – ser correspondência de uma *tutela legal (até jusconstitucional)* – estando protegida a sua *migração para o fundamento da decisão* e nessa circunstância convocando-se a(s) *sanções correspondentes ao incumprimento*¹⁴ –,

¹¹ V. CATARINA SERRA, “A responsabilidade social das empresas – sinais de um instituto jurídico iminente?”, *Questões Laborais*, 2005, 25, págs. 42 e ss, MARIA ELISABETE RAMOS, “Responsabilidad social corporativa en el contexto del buen gobierno. Interés social y comportamiento del órgano de administración. Especial atención al caso portugués”, *Empresa responsable y crecimiento sostenible: aspectos conceptuales, societarios y financieros*, Dir.: Ángel Fernández-Albor Baltar/Coord.: Elena F. Pérez Carrillo, Thomson Reuters – Aranzadi, Navarra, 2012, págs. 129 e ss, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de governo das sociedades*, Almedina, Coimbra, 2017, págs. 181 e ss.

¹² COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, Volume II, *Das sociedades*, 7ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, págs. 294-295, ID., “CSR – ‘responsabilità’ senza responsabilità (legale)?”, *Giur. Comm.*, 2019, I, págs. 1088-1089, 1091-1092.

¹³ V., neste sentido, ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *Administração de sociedades anónimas e responsabilidade dos administradores*, Almedina, Coimbra, 2020, pág. 254.

¹⁴ Caso evidente é o do art. 49º do DL 133/2013, de 3 de Outubro (regime do sector público empresarial): «As empresas públicas devem prosseguir objetivos de responsabilidade social e ambiental, a proteção dos consumidores, o investimento na valorização profissional, a promoção da igualdade e da não discriminação, a proteção do ambiente e o respeito por princípios de

mas serão as mais das vezes destituídas de apoio e exigência no *espaço legal* conferido aos poderes e deveres dos administradores (mesmo no contexto, como vimos, de aplicação do art. 64º, 1) – com a conseqüente irrelevância quanto à *ilicitude e culpa* do acto (omissivo, nomeadamente) cuja responsabilidade indemnizatória (ou outra consequência) se viesse(m) a colocar.

Sendo assim, estará o administrador condenado a refugiar-se nos *deveres gerais fiduciários* para recusar essa ponderação e decisão, desde logo porque evita ser responsável por prejuízos causados *em face da sociedade* pela violação desses deveres? Ou poderemos encontrar neles uma solução para consagrar uma mediação de interesses que, de forma proactiva, se precipite nessa decisão gestória, à partida vedada pela concretização pura e simples do “interesse social” (do sócio ou dos sócios, mesmo que em termos de criação de “valor” ou “rendimento patrimonial” «a longo prazo», como se refere no art. 64º, 1, b)) em sentido potencialmente exclusivo ou prioritário?

3.2. O *dever de cuidado* legalmente exigido – enquanto obrigação reguladora de esforço, conhecimento, disponibilidade, competência e circunstâncias em concreto – fiscaliza a discricionariedade gestória, em particular no *dever de tomar decisões razoáveis e adequadas*. Neste sentido, estas decisões podem (e até devem) abranger no seu conteúdo (e não só no seu procedi-

legalidade e ética empresarial.» (em conjugação com o respectivo art. 47º: «1 – Cada empresa adota ou adere a um código de ética que contemple exigentes comportamentos éticos e deontológicos, procedendo à sua divulgação por todos os seus colaboradores, clientes, fornecedores e pelo público em geral. / 2 – As empresas públicas tratam com equidade todos os seus clientes e fornecedores e demais titulares de interesses legítimos, designadamente colaboradores da empresa, outros credores que não fornecedores ou, de um modo geral, qualquer entidade que estabeleça alguma relação jurídica com a empresa.»).

Para a compreensão dessa obrigação de actuação em consonância com a responsabilidade social da empresa *pública estadual* (*maxime*, societária; também a empresa *local*-“sociedade de responsabilidade limitada”: art. 21º da L 50/12, de 31 de Agosto) no âmbito da compatibilidade do dever de lealdade do gestor público com o *princípio de observância do interesse público ou geral*, v. RICARDO COSTA, “Órgãos de empresas públicas: entre o interesse público e o direito societário”, *Diálogos com Coutinho de Abreu. Estudos oferecidos no aniversário do Professor*, Org.: Alexandre de Soveral Martins/Paulo de Tarso Domingues/Carolina Cunha/Maria Elisabete Ramos/Ricardo Costa/Rui Pereira Dias, Almedina, Coimbra, págs. 861 e ss (“(...) *também é desleal* a conduta, para administradores verdadeiramente investidos de uma *delegação pública*, que viola, desrespeita, comprime ou restringe a valência desse princípio de *concretização do interesse público*. E *ainda é leal* o comportamento gestório que, *em conformidade com a lei*, se pauta por tal *densificação público-colectiva*.”).

mento, relativo ao cosmos da informação envolvente¹⁵) *uma filosofia de actuação socialmente responsável*, desde que seja de ponderar *secundária ou acessoriamente os interesses dos “stakeholders” relevantes em face do seu balanceamento com o “interesse social”* (mais restrito)¹⁶.

Podem – no espaço da discricionariedade e da razoabilidade substancial imanente¹⁷ quanto a dimensões de tutela social- -corporativa que não são primariamente impostas pela lei. Sem prejuízo de, olhando para a integridade do problema em algumas das *manifestações de “responsabilidade social” com efeito reputacional* (concretizada em actos e negócios gratuitos), o poder jurídico dos administradores estar condicionado pela regra da capacidade jurídica das sociedades (limitada pela especialidade de fim lucrativo no art.

¹⁵ Outra categoria de procedimentos, nesta sede, diz(em) respeito, também com manifestações legais, à elaboração e respectiva comunicação pública de informação relevante e transparente (“balanços”, “relatórios”) sobre as relações e o envolvimento com os sócios e os “grupos de interesse” (v., elucidativos, os arts. 251º-B, C e D, do CVM, para “investidores institucionais” e “intermediários financeiros”), a adopção de regras de “governance” e o impacto exógeno das decisões tomadas na sociedade (particularmente no que toca às políticas de “responsabilidade social”). Neste contexto, recorro novamente ao DL 133/2013/RSPE e ao seu art. 45º, I: «Anualmente, cada empresa informa o titular da função acionista e o público em geral do modo como foi prosseguida a sua missão, do grau de cumprimento dos seus objetivos, da *forma como foi cumprida a política de responsabilidade social, de desenvolvimento sustentável* e os termos de prestação do serviço público, e em que medida foi salvaguardada a sua competitividade, designadamente pela via da investigação, do desenvolvimento, da inovação e da integração de novas tecnologias no processo produtivo.».

¹⁶ V., com a comunhão do “enlightened shareholder value” (revelado na normatividade da sec. 172 do *Companies Act* de 2006: “Duty to promote the success of the company”) para a interpretação do art. 64º, I, b), a posição de CATARINA SERRA, “O novo Direito das Sociedades: para uma governação socialmente responsável”, *Scientia Iuris*, Universidade Estadual de Londrina, 2010, 14, págs. 163 e ss, ID., “Entre *Corporate Governance* e *Corporate Responsibility*: deveres fiduciários e ‘interesse social iluminado’”, *I Congresso Direito das Sociedades em revista*, Almedina, Coimbra, 2011, págs. 244 e ss (e transcreva-se o inspirador § (1): «A director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole, and in doing so have regard (amongst other matters) to (a) the likely consequences of any decision in the long term, (b) the interests of the company’s employees, (c) the need to foster the company’s business relationships with suppliers, customers and others, (d) the impact of the company’s operations on the community and the environment, (e) the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct, and (f) the need to act fairly as between members of the company.»).

¹⁷ Pois a pauta do “interesse da sociedade” prevista na al. b) não deixa de se aplicar à al. a) do art. 64º, I (RICARDO COSTA, “Artigo 64º”, *loc. cit.*, pág. 780).

6º do CSC) e pela aptidão de as suas excepções o abraçarem (em especial as liberalidades “usuais” e as doações comprometidas com o lucro)¹⁸.

E até *devem*, se entendermos que essa atendibilidade de interesses, para um certo grupo de casos, se funda num verdadeiro *dever de correcção em prol do interesse da sociedade*, que se desentranha ainda do dever de cuidado (adquirindo *natureza obrigacional*), em ordem a evitar (ou prevenir) situações-limite de “recomposição” ou (em contraponto) “falência” empresarial com prejuízo manifesto para esses sujeitos interessados (por exemplo, os trabalhadores ou os fornecedores, directos ou indirectos na contratação: interesses *internos* ou *externos*), mesmo que solução diversa comportasse uma melhor satisfação do interesse dos sócios enquanto tais^{19, 20}.

¹⁸ MARIA ELISABETE RAMOS, “Responsabilidade social corporativa...”, *loc. cit.*, pág. 133, COUTINHO DE ABREU, “CSR – ‘responsabilità’ senza responsabilità (legale)?”, *loc. cit.*, págs. 1090-1091.

Se a actuação se funda em deliberação dos sócios adoptada em matéria de gestão (a propósito, v. RICARDO COSTA, “Artigo 64º”, *loc. cit.*, pág. 71, ID., “A administração da sociedade PME e o sócio gestor”, *O sócio gestor*, Almedina, Coimbra, 2017, págs. 21 e ss) ou de definição-aprovação da política de “responsabilidade social” (porventura ao abrigo de competência deliberativa “implícita”, para as sociedades anónimas), teremos que, nesse caso e a montante, avaliar a validade dessa deliberação, tendo em conta igualmente a subordinação ao regime do art. 6º, 1 a 3.

¹⁹ Esta é uma construção que dá ênfase ao edifício dogmático (no campo do desenvolvimento dos deveres fiduciários) de FRANCESCO DENOZZA, “Responsabilità dell’impresa e «contrato sociale». Una critica”, *Diritto, mercato ed etica. Dopo da crisi. Ommagio a Piergaetano Marchetti*, a cura di Luigi Arturo Bianchi, Federico Ghezzi, Mario Notari, Università Bocconi Editore, Milano, 2010, págs. 284 e ss, em esp. 286.

Algumas dessas situações-limite, relativas a decisões empresariais com lesão dos interesses dos trabalhadores, podem ser surpreendidas na exemplificação exposta por COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, Vol. II cit., págs. 291 e ss.

²⁰ Creio que é nesta senda de positivação de um dever de conduta, formatado no cuidado dos administradores e assente (fundamentalmente) na prevenção e omissão de actos causadores de “efeitos negativos”, que vai a recente Proposta de Directiva relativa ao “*dever de diligência das empresas e à responsabilidade empresarial*”, constante da Resolução do Parlamento Europeu, de 10/3/2021, com recomendações à Comissão (em matéria da tutela de direitos humanos, v., em abono, GERHARD WAGNER, “Haftung für Menschenrechtsverletzungen”, *RabelsZ*, 2016, págs. 757 e ss).

Vejamos alguns pontos da normatividade (com sublinhado no mais pertinente):

art. 1º: «1. A presente diretiva visa garantir que as empresas abrangidas pelo seu âmbito de aplicação que operem no mercado interno cumpram o seu *dever de respeitar os direitos humanos, o ambiente e a boa governação* e não causem *efeitos negativos, potenciais ou reais, nos direitos humanos, no ambiente e na boa governação*, ou *para eles contribuam*, através das suas próprias atividades ou das atividades diretamente relacionadas com as suas operações, os seus produtos ou os seus

serviços de uma relação empresarial ou nas suas cadeias de valor, e que previnam e atenuem esses efeitos negativos. / 2. A presente diretiva estabelece as obrigações em matéria de *dever de diligência nas cadeias de valor das empresas* abrangidas pelo seu âmbito de aplicação, a saber, *tomar todas as medidas proporcionadas e adequadas e envidar esforços, na medida das suas possibilidades, para impedir a ocorrência de efeitos negativos nos direitos humanos, no ambiente e na boa governação nas suas cadeias de valor, e para dar uma resposta apropriada a esses efeitos negativos quando ocorram*. O exercício do dever de diligência exige que as empresas identifiquem, avaliem, previnam, cessem, atenuem, controlem, comuniquem, contabilizem, abordem e corrijam os efeitos negativos, potenciais e/ou reais, nos direitos humanos, no ambiente e na boa governação que as suas próprias atividades e as das suas cadeias de valor e relações empresariais possam representar. Mediante a coordenação das salvaguardas para a proteção dos direitos humanos, do ambiente e da boa governação, esses requisitos em matéria de dever de diligência visam melhorar o funcionamento do mercado interno. 3. A presente diretiva visa ainda assegurar que *as empresas possam ser responsabilizadas, em conformidade com a legislação nacional, pelos efeitos negativos nos direitos humanos, no ambiente e na boa governação que causem ou para os quais contribuam na sua cadeia de valor*, e destina-se a garantir que as vítimas tenham acesso a vias de recurso.»;

art. 3º: «Para efeitos da presente diretiva, entende-se por: 1) «Partes interessadas»: as pessoas e os grupos de pessoas cujos direitos ou interesses possam ser afetados pelos efeitos negativos, potenciais ou reais, nos direitos humanos, no ambiente e na boa governação provocados por uma empresa ou pelas suas relações empresariais, bem como as organizações cuja finalidade estatutária seja a defesa dos direitos humanos, incluindo os direitos sociais e laborais, do ambiente e da boa governação. Entre estas podem incluir-se os trabalhadores e seus representantes, as comunidades locais, as crianças, os povos indígenas, as associações de cidadãos, os sindicatos, as organizações da sociedade civil e os acionistas das empresas; 2) «Relações empresariais»: as filiais e as relações comerciais de uma empresa ao longo da sua cadeia de valor, incluindo fornecedores e subcontratantes, que estejam diretamente ligadas às operações comerciais, aos produtos ou aos serviços da empresa; (...) 5) «Cadeia de valor»: todas as atividades, operações, relações empresariais e cadeias de investimento de uma empresa, incluindo as entidades com as quais a empresa tenha uma relação empresarial direta ou indireta, a montante e a jusante, e que: a) Forneçam produtos, partes de produtos ou serviços que contribuam para os próprios produtos ou serviços da empresa; ou b) Recebam produtos ou serviços da empresa; 6) «Efeito negativo, potencial ou real, nos direitos humanos»: qualquer efeito negativo, potencial ou real, suscetível de prejudicar o pleno usufruto dos direitos humanos por pessoas ou grupos de pessoas no que respeita aos direitos humanos, incluindo os direitos sociais, laborais e sindicais, tal como definidos no anexo (...) da presente diretiva. (...); 7) «Efeito negativo, potencial ou real, no ambiente»: qualquer violação das normas ambientais internacionalmente reconhecidas e das normas ambientais da União, tal como definidas no anexo (...) da presente diretiva. Esse anexo deve ser revisto periodicamente e ser coerente com os objetivos da União em matéria de proteção do ambiente e atenuação das alterações climáticas. A Comissão fica habilitada a adotar atos delegados, nos termos do artigo 17º, para modificar a lista que figura no anexo (...); 8) «Efeito negativo, potencial ou real, na boa governação»: qualquer efeito nega-

De todo o modo, a *sobrevalorização desses interesses, fora dessa ponderação secundária ou acessória*, é, dentro do catálogo inicial de alternativas possíveis, *irrazoável* e, portanto, *ilícita*; por outro lado, se for mobilizada no campo da actuação vinculada, *indevida*.

No entanto, poderemos ir mais longe. Como?

3.3. No que toca ao «interesse da sociedade» que baliza a acção dos administradores, a lei portuguesa permite atender a «interesses dos outros

tivo, potencial ou real, na boa governação de um país, região ou território, tal como definida no anexo (...) da presente diretiva. (...); 10) «Contribuir para»: o facto de as atividades de uma empresa, conjugadas com as atividades de outras entidades, produzirem um efeito, ou de as atividades da empresa provocarem, facilitarem ou incentivarem a produção de um efeito negativo por outra entidade. A contribuição tem de ser substancial, o que significa que estão excluídas as contribuições menores ou insignificantes. Para avaliar a natureza substancial da contribuição e compreender se as ações da empresa podem ter causado, facilitado ou incentivado a produção de um efeito negativo por outra entidade, pode ser necessário tomar em consideração múltiplos fatores.»;

art. 4º: «1. Os Estados-Membros devem estabelecer regras para garantir que as empresas observem um dever de diligência efetivo no que diz respeito aos efeitos reais ou potenciais nos direitos humanos, no ambiente e na boa governação nas suas operações e relações empresariais. / 2. As empresas devem envidar constantemente todos os esforços, dentro das suas possibilidades, para identificar e avaliar, através de uma metodologia de monitorização baseada no risco que tenha em conta a probabilidade, a gravidade e a urgência dos efeitos potenciais ou reais nos direitos humanos, no ambiente ou na boa governação, a natureza e o contexto das suas operações, nomeadamente do ponto de vista geográfico, bem como determinar se as suas operações e relações empresariais causam alguns desses efeitos negativos, potenciais ou reais, para eles contribuem ou a eles estão diretamente ligadas. (...);»;

art. 19º: «1. O facto de uma empresa respeitar as suas obrigações em matéria de dever de diligência não a exonera da eventual responsabilidade em que pode incorrer nos termos do Direito nacional. / 2. Os Estados-Membros devem assegurar que dispõem de um regime de responsabilidade ao abrigo do qual as empresas podem, nos termos do Direito nacional, ser responsabilizadas e proceder à reparação de quaisquer danos decorrentes de efeitos negativos, potenciais ou reais, nos direitos humanos, no ambiente ou na boa governação que tenham causado ou para os quais tenham contribuído por atos ou omissões. / 3. Os Estados-Membros devem assegurar que o seu regime de responsabilidade a que se refere o nº 2 seja de molde a que as empresas que provem que tomaram todas as precauções necessárias, em conformidade com a presente diretiva, para evitar os danos em questão, ou que o dano teria ocorrido mesmo que tivessem sido tomadas todas as precauções necessárias, não sejam responsabilizadas por esses danos. / 4. Os Estados-Membros devem assegurar que o prazo de prescrição para intentar ações de responsabilidade civil relativas a danos resultantes de efeitos negativos nos direitos humanos e no ambiente seja razoável.».

sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade». A lei exemplifica com os trabalhadores, credores e clientes. Mas não se esgota neles o *elenco de titulares desses interesses*. É nesses outros titulares que devem situar-se outros beneficiários das iniciativas de “responsabilidade social”, nomeadamente *externa ou endógena*, desde que em *ligação com a sustentação a prazo da empresa social*. Uma vez identificados – a comunidade local, a associação de defesa de protecção ou defesa de interesses (empregadores, trabalhadores, consumidores, ambientalistas, por exemplo), a organização não-governamental, o Estado (central ou autárquico), a entidade reguladora e de supervisão, a universidade, os clientes e trabalhadores futuros potenciais, juntamente com os elencados pela lei –, são eles que *comprovam a idoneidade das medidas, iniciativas e providências escolhidas* (digamos assim) *em função do* (chamado) “*stakeholder value*”²¹.

Privilegiar a situação dos trabalhadores quanto a higiene e segurança e à boa organização do trabalho, considerar a posição de parceiros empresariais, diminuir o prejuízo ambiental da exploração, interagir com os anseios de educação e saúde das populações e das comunidades onde se inserem as empresas exploradas, cumprir as recomendações da supervisão em códigos de *soft law*, investir em apoios e investigação em universidades e centros de formação são *fundamentos para as decisões e justificam procedimentos para uma adequada informação no processo interno de tomada de decisão*. Caucionam uma mobilização da discricionariedade gestória em consideração de outros referentes, como seja a conservação e a promoção do valor social da empresa e o papel sobre a rentabilidade da sociedade e competitividade empresarial numa lógica de continuidade a prazo. E nestes pode vislumbrar-se uma espécie de *cláusula de “responsabilidade social”* ancorada no “interesse da sociedade” e mobilizada na actuação dos administradores (em pauta de equilíbrio e de sustentabilidade)²², enquanto cláusula a que subjaz uma *coligação de interesses plurais*, a tomar em conta na liberdade decisória referida à

²¹ A propósito, v. FRANZISKA HUMBERT, “Corporate Social Responsibility und die Frage nach staatlicher Regulierung: eine rechtspolitische Einschätzung”, *ZGR*, 2018, págs. 296-298, 300-301, 315.

²² V. GERARD SPINDLER, “Corporate Social Responsibility in der AG – Mythos oder Realität?”, *Festschrift für Perter Hommelhoff*, Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 2012, págs. 1139 e ss, 1148, mas recusando que os padrões de conformidade com a “responsabilidade social” (ainda que utilizados nos limites da discricionariedade) possam funcionar como uma espécie de “social governance Kodex”, que, na prática de organização e gestão da sociedade, se substituíssem às regulações legais prescritivas (sociais, laborais, ambientais) que emanam do poder legislativo.

discricionariedade da administração diligente (*não vinculada ao dever de correção*) e, portanto, com repercussão no juízo sobre a infração dos deveres de administração²³.

Para tal efeito, compreendemos que a regra da BJR serve como *mecanismo de ampliação da discricionariedade empresarial*. E desde logo se percebe que, *afastando-se a decisão da razoabilidade-regra para o dever de cuidado imposto aos administradores, o círculo da racionalidade fique mais ampliado se os ditames da “responsabilidade social” nela virem uma porta de entrada: é verosímil que se encontrem mais decisões possíveis como sendo qualificáveis como não irracionais* (desde que bem informadas) *tendo em conta a influência recíproca desses fundamentos sobre a actividade da sociedade*. De tal sorte que essa racionalidade admitida pela lei constituirá uma tradução normativa de *institucionalização jurídica* da “responsabilidade social”, contribuindo ademais para a sua *auto-regulação no campo da gestão*.

De que forma?

Será de compreender como *racional* (*recte*: não irracional) que, em determinadas circunstâncias justificadas, se aceite a *conjugação em igual plano e paridade* (e não em plano hierarquicamente desigual, como em primeira linha manda o art. 64º, 1, b)) dos *interesses dos sócios* (interesse social) e dos *interesses dos «sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade»*. E até, em outras circunstâncias igualmente (e bem) justificadas, se opte por fazer inclinar com privilégio na balança *estes últimos interesses*, nomeadamente porque qualquer outra decisão *seria mais onerosa para o interesse de sustentação da empresa* (ainda como *meio para atingir o fim do benefício dos sócios*) e *incompatível*

²³ V. as reflexões de GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO, “Interés social, buen gobierno y responsabilidad social corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva jurídico-societaria)”, *Responsabilidad social corporativa. Aspectos jurídico-económicos*, Publicacions de la Universitat Jaume I – Servei de Comunicació i Publicacions, Castelló de la Plana, 2005, págs. 47 e ss, em esp. 53- -54, tendo em conta o antecedente normativo na revogada *Ley de Sociedades Anónimas* do actual art. 227, 1, da *Ley de Sociedades de Capital* (dever de lealdade: «Os administradores desempenharão o seu cargo como um representante leal em defesa do interesse social, *entendido como interesse da sociedade*, e cumprirão os deveres impostos pelas leis e pelos estatutos.» – sobre esse entendimento, como consagração da “dimensão institucional do interesse social” e integração dos “outros interesses em jogo”, v. JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ, “Dever de lealdad: régimen de imperatividad y dispensa”, *Estudios sobre la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital a la luz de sus recientes reformas legislativas y pronunciamientos judiciales*, Dir.: Alberto Díaz Moreno/José Carlos Vázquez Cueto, Coord.: Josefa Brenes Cortés, Thomson Reuters – Aranzadi, Navarra, 2018, pág. 26).

com a inadmissibilidade de uma translação intolerável do risco empresarial para a esfera extrassocial.

É óbvio que, em ambas as circunstâncias, *se acentua o dever procedimental de conduta informativa dos administradores* (enquanto subdever de cuidado dos administradores²⁴, decisivo na aplicação do art. 72º, 2²⁵) no diagnóstico

²⁴ RICARDO COSTA, “Artigo 64º”, *loc. cit.*, pág. 775.

²⁵ RICARDO COSTA, “A *business judgment rule* na responsabilidade societária...”, *loc. cit.*, págs. 115 e ss:

“(…) é de advogar que, na *pauta suficiente* de comportamento exigido ao administrador pelo art. 72º, 2, se encontra 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 da obrigação administrativa*: o dever de actuação *procedimentalmente* correcta e razoável em termos informativos *e* de tomar decisões *não irracionais*.

Não se trata de configurar uma obrigação alternativa ao dever principal. Nem de vislumbrar um dever conflituante. Esse dever *ambivalente* corresponde, de acordo com a lei, ao conteúdo funcional *mínimo* do dever *de cuidado*, *exclusivamente considerado no momento de avaliar a conduta do administrador*.

Esta ambivalência pode ser ainda melhor concretizada.

Visto na sua globalidade exegética, o art. 72º, 2, privilegia o facto de não desencorajar os administradores a tomar decisões audazes e empreendedoras, *mas não descarta a exigência de se observar um dever procedimental de conduta na formulação dessas decisões* (requisito *interno*). Se o fizer, mesmo perante uma decisão não razoável, porque, em particular, demasiado arriscada, o administrador, em princípio, não será condenado, pois a decisão, ao tempo da sua assunção, não podia considerar-se irracional. Estão assim protegidas as *escolhas* de gestão *informadas*, desde que não haja abuso no processo de decisão, mesmo que haja perdas devidas a imprudência, a erros de julgamento, etc. Assim, o *cuidado devido* no contexto da escolha da decisão é um cuidado *procedimental*, *a razoabilidade é pedida quanto à obtenção de informação*; por outro lado (requisito *externo*), a razoabilidade decai no conteúdo da decisão em favor da racionalidade (*rectius*, não irracionalidade). Enquanto isso, ser a decisão «livre de qualquer interesse pessoal», atinente ao exame do dever de lealdade, constitui um requisito *prévio* – se houver conflito, se o administrador não esteve «livre de qualquer interesse pessoal», desde logo o administrador não poderá beneficiar da consequência do art. 72º, 2; Com ele, a eliminação ou a prevenção do conflito de interesses assegura o respeito pelo interesse da sociedade, que deve ser visto como *condição de cumprimento do dever de gestão*.

Isto quer dizer que a *ilicitude decorrente do incumprimento do dever legal de conduta* – dever de cuidado, de prestação mais exigente – previsto pelo art. 64º, 1, *a*), pode ser afastada pelo *cumprimento desse dever (legal) mínimo de conduta*, individualizado e imposto pelo art. 72º, 2. Como se refere juscivilisticamente, esta causa justificativa não legitima a prática do dano, constitui antes a expressão de uma “faculdade de agir”, que, para este efeito, corresponde às precauções exigidas pela norma jussocietária de exclusão de responsabilidade. Para este efeito, estas precauções surgem como uma espécie de cordão legal – que, para o caso, parece dever ser valorado em

ex ante das prognoses sobre a decisão a tomar²⁶: em geral, informação sobre o impacto das decisões sobre os grupos de *stakeholders* e informação sobre o reflexo das decisões na exploração empresarial a prazo e no interesse dos sócios, como informação adequada a justificar a decisão *contranatura* na ponderação de interesses.

A valorização (em igual medida ou em patamar superior) desses interesses de “responsabilidade social” poderá (e deverá) ainda ser vista no âmbito da *base racional* das decisões, *suportadas no compromisso que vai para além dos mínimos de conduta relativos a regras legais, negociais, regulamentares e delituais que obrigam a sociedade, que confere identidade à “responsabilidade social”*²⁷ (por isso chamado de “sobrecumprimento normativo”, isto é, para além dos parâmetros normativos vigentes ou no espaço das lacunas ou vazios legais)²⁸. Se assim for, teremos ainda uma decisão não irracional que *justifica uma ilicitude* decorrente da *irrazoabilidade primária da decisão no domínio do dever geral de cuidado* e, conseqüentemente, logra ilidir a presunção de culpa firmada no art. 72º, 1º²⁹.

3.4. Não obstante a BJR não actuar directamente no domínio da ilicitude do incumprimento do *dever de lealdade* – ou das suas manifestações legais

patamar axiológico-normativo *igual* ao dever que lhe é sucedâneo, pelo menos no momento da avaliação judicial do comportamento do administrador – para o fim de delimitar o mínimo de cuidado e reconhecer que o administrador fez aquilo que a ordem jurídica pode *racionalmente* exigir dele no âmbito do arbítrio gestório.”

²⁶ Neste sentido, para o direito alemão, sem esquecer a necessária ausência de conflito de interesses (por ex., com uma entidade financiada) para o recurso à BJR (§ 93, 1, 2ª frase, *AktGesetz*, em que, recorde-se, se demanda a actuação «para o bem da sociedade» (*zum Wohle der Gesellschaft*)), v. GREGOR BACHMANN, “CSR-bezogene Vorstands- und Aufsichtsratspflichten und ihre Sanktionierung”, *ZGR*, 2018, págs. 235-236, 237-238, que salienta, desde logo, a consideração dos princípios de responsabilidade social no âmbito do compromisso da esfera de arbítrio gestório (maior ou menor, desde logo em função das expectativas internas e externas de cumprimento de “CSR-Belange”) com o *Unternehmensinteresse*.

²⁷ Alargando a tutela da BJR para decisões tomadas em nome de medidas éticas impostas pelo “interesse da sociedade” e ancoradas no dever estrito de legalidade, v. JOCHEN VEITER, “Geschäftsleiterpflichten zwischen Legalität und Legitimität”, *ZGR*, 2018, págs. 344 e ss, 353-354, 376-377.

²⁸ V. JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO/PAULA DEL VAL TALENS, *La responsabilidad social corporativa y el Derecho de sociedades de capital: entre la regulación legislativa y del soft law*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2016, págs. 33 e ss.

²⁹ RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos administradores e *business judgment rule*”, *loc. cit.*, pág. 77.

transmutadas em deveres específicos –, não podemos olvidar a *valência cruzada* do dever de lealdade, guiado igualmente pela prossecução do “interesse da sociedade” e, nele, a *ilegitimidade da ponderação de interesses alheios a esse interesse* ou a *ilegitimidade da inversão do peso dos interesses distintos dos sócios*.

À primeira vista, uma sobrevalorização desses interesses – em relação ao interesse dos sócios – não deverá ser admitida e será ilícita por desleal. Compreende-se: se o dever de lealdade é pressuposto de conduta para a actuação da BJR («livre de interesse pessoal», diz a nossa lei), não poderemos por via da BJR defraudar o “interesse da sociedade” que baliza o dever de lealdade como obrigação absoluta dos administradores. Se assim fosse, poderíamos mesmo entender que o primeiro requisito colocado pelo art. 72º, 2, falece. Mesmo que assim não fosse de entender, sempre seria de sustentar que o art. 72º, 2, excluiria a responsabilidade pela violação do dever de cuidado mas não escaparia o administrador a responder pelo prejuízo causado pela violação do dever de lealdade.

Todavia, entendo que poderemos empreender um juízo de lealdade menos exigente na hierarquização de interesses ao administrador “criterioso e ordenado” sempre que haja uma racionalidade legítima no campo da gestão integrada pela “responsabilidade social”. O risco que se evita é desvirtuarmos a BJR, em circunstâncias justificadas de prossecução do “interesse da sociedade”, no que respeita à tutela de todos os interesses em presença (desde que não violadores da inibição de promover interesses alheios sem conexão com a sociedade, pois isso seria dar uma “carta branca” para afastar responsabilidade). Logo, não poderemos ver essas decisões como violadoras da lealdade, uma vez que ainda instrumental à prossecução global do “interesse da sociedade” a que se deve obediência. Deveremos ver essas decisões como respeitadoras de um dever de lealdade mínimo.

Em suma:

Decisão aprovada no teste da racionalidade em sede de “responsabilidade social” será decisão leal para com o “interesse da sociedade” e leal será para ser aprovada no teste da (ir)racionalidade.

Quando muito, assumindo-se a decisão como violadora da lealdade, poderemos ver uma decisão ilícita, mas sem culpa imputável ao administrador (ilidindo-se a presunção do art. 72º, 1, *in fine*)³⁰, tendo em conta justamente o *reflexo da fundamentação racional na exclusão de culpa para não responsabilizar pela deslealdade*.

³⁰ RICARDO COSTA, “Artigo 64º”, *loc. cit.*, pág. 792.

3.5. Em conclusão – na interacção entre os artigos 64º e 72º, 2 (e em razão da responsabilidade dos administradores para com a sociedade), do CSC:

I. a adopção de medidas de “responsabilidade social” no conteúdo das decisões gestórias, por força da ponderação secundária ou acessória dos interesses dos *stakeholders* interessados, pode ser traduzida na esfera de actuação discricionária dos administradores, fiscalizada pela actuação do dever geral de cuidado, ou é imposta por um “dever de correcção” guiado pelo “interesse da sociedade” (radicado nesse dever geral de cuidado);

II. em caso de decisão irrazoável ou indevida por (sobre)valorização ilegítima dos interesses de “partes interessadas”, pode a decisão ingressar no círculo da racionalidade que exclui a responsabilidade dos administradores em sede de controlo da razoabilidade primária no domínio do dever geral de cuidado;

III. em caso de decisão não irracional e justificadora dessa valorização ou sobrevalorização de interesses de “responsabilidade social”, a decisão será ainda leal para com a sociedade ou, quando muito, causa de exclusão da culpa em sede de controlo do dever geral de lealdade (compreendido em sentido mínimo).