

Algumas considerações críticas sobre a responsabilidade civil dos administradores perante os accionistas no ordenamento jurídico português

DR.^a CATARINA PIRES CORDEIRO

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. A responsabilidade dos administradores perante os sócios em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros. 3. Apreciação crítica do entendimento tradicional da responsabilidade dos administradores perante os sócios: 3.1. O critério da incidência do dano; 3.2. A pré-determinação do carácter delitual. 4. Ensaio de reconstrução crítica do âmbito normativo da responsabilidade do administrador perante os sócios: 4.1. Administradores, sócios e pessoa colectiva: paradigma relacional; 4.2. Os poderes de gestão e os deveres dos administradores no ordenamento jurídico português; 4.3. Densificação do âmbito normativo do artigo 79.º: a norma como critério de ressarcimento dos accionistas prejudicado por actuações graves dos administradores praticadas no exercício ou por causa das suas funções orgânicas; 4.4. As falsas aporias: a remissão operada pelo n.º 2 do artigo 79.º e pela norma do artigo 114.º; 4.5. Rejeição de uma natureza pré-determinada da responsabilidade dos administradores perante os sócios; o contrato com eficácia de protecção de terceiros, em especial, enquanto via de responsabilização do administrador. 5. Ensaio conclusivo.

1. Introdução

A responsabilidade dos administradores perante os sócios encontra acolhimento legal no artigo 79.º do Código das Sociedades Comerciais, o qual estabelece que *os gerentes, administradores ou directores respondem também, nos termos gerais, para com os sócios e terceiros pelos danos que directamente lhes causarem no exercício das suas funções*¹.

¹ Referem-se ao Código das Sociedades Comerciais todas as disposições normativas cujo assento

Apesar da importância prática da questão² e da polémica que o assunto tem gerado em alguns ordenamentos jurídicos, a doutrina e a jurisprudência portuguesas não lhe têm dedicado especial atenção³. A orientação tradicionalmente adoptada, circunscreve o dever de indemnizar os sócios ao domínio da responsabilidade delitual e insiste na exigência de um dano directo causado ao accionista, sem que haja prejuízo no património social.

É sob este pano de fundo que o presente estudo visa examinar criticamente o sentido e o fundamento do critério normativo contemplado no referido artigo 79.º⁴.

legal se omita. Trataremos, pois, da acção directa dos sócios e não acção social *ut singuli*. Nesta última, a titularidade do crédito ressarcitório é da sociedade e não do sócio. Nem todos os ordenamentos jurídicos admitem a acção social *ut singuli*. Não a admite, por exemplo, o Direito alemão. Neste sentido, RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, “Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas” (responsabilidade civil do administrador para com a sociedade), *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 193, 1970, p. 139 ss.

² As situações que podem ser apontadas como geradoras de prejuízos para os sócios são muito diversificadas: violação da obrigação de distribuição de dividendos, preterição de regras de elaboração de contas, preterição do direito à informação de um sócio, impedimento da participação do sócio na assembleia geral, aumento de capital irregular, irregularidades em operações de tomada de controlo das sociedades (fusão e aquisição), irregularidade em operações de reestruturação e de dissolução da sociedade, *insider trading*, falta de notificação de um sócio para exercício do direito de preferência em aumento de capital, entre outras.

³ Assim, RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, “Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas” (responsabilidade civil do administrador para com terceiros/responsabilidade civil do administrador para com os sócios), *Boletim do Ministério da Justiça* (doravante, BMJ), n.º 194, p. 90.

⁴ Cuidaremos apenas dos aspectos substantivos do regime da responsabilidade dos administradores perante os sócios. Prescinde-se da análise da responsabilidade do administrador de facto e do tratamento que, nesta sede, cabe ao administrador de sociedade em relação de grupo ou de grupo de sociedades. Sobre a responsabilidade do administrador de facto, pode ver-se, por exemplo, C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori di società*, tomo I, Giuffrè, Milano, 2003, p. 108-134. Sobre a abordagem específica da responsabilidade dos administradores em relação a grupos de sociedades ou sociedade de grupo, pode ver-se C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori*, *cit.*, I, p. 90-108, F. BONELLI, “La responsabilità degli amministratori”, *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. Colombo e G. Portale, vol. 4, UTET, Torino, 1991, p. 405 ss., A. PAVONE LA ROSA, “La responsabilità degli amministratori della controlante nella crisi del gruppo societario”, *Rivista delle società*, n.º 47, 2002, p. 793 ss., P. GIUSTO JAEGER, “Direzione unitaria di gruppo e responsabilità degli amministratori”, *Rivista delle società*, ano 30, 1985, n.ºs 4-5, p. 817 ss.

2. A responsabilidade dos administradores perante os sócios em alguns ordenamentos jurídicos estrangeiros

A redacção do artigo 79.º acompanha, de perto, o preceito espanhol e o italiano, importando assim, em especial, a sua análise.

Principiaremos pelo Direito italiano, de onde se terão inspirado ambas as soluções peninsulares⁵.

Em Itália, a percepção da dimensão do risco da gestão cedo conduziu à consagração da acção individual do sócio, tratada pelo artigo 2395.º do *Codice Civile*⁶: os administradores respondem perante os accionistas quando provocam directamente danos na esfera jurídica destes últimos. A casuística italiana em torno da acção individual em apreço é já bastante rica⁷.

É comum a diferenciação entre a responsabilidade perante os sócios e responsabilidade perante a sociedade com base no critério da incidência do dano⁸. A acção do sócio contra o administrador exige danos directamente provocados na sua esfera jurídica, por oposição a danos provocados no património social⁹.

⁵ Assim, em relação ao Direito espanhol, DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anonima*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1995, p. 475-476.

⁶ Dispõe a primeira parte deste artigo: *le disposizioni dei precedenti articoli non pregiudicano il diritto al risarcimento del danno spettante al singolo socio o al terzo che sono stati direttamente danneggiati da atti colposi degli amministratori*. O preceito foi modificado pela reforma de 2003, aditando-se uma segunda parte referente à prescrição, que anteriormente constava do artigo 2947.º do *Codice*. Sobre este aspecto *vide*, por todos, F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. (dopo la riforma delle società)*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, p. 213 ss. Sobre a acção individual, *vide* C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori*, cit., II, p. 833-940, G. MAGGIORE, *La responsabilità individuale degli amministratori (articolo 2395)*, Giuffrè, Milano, 1969, em especial p. 209 ss.

⁷ Para uma resenha da jurisprudência italiana nesta matéria, F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a.*, cit., p. 215-222. Parece que o artigo 2395.º do *Codice* se terá ficado a dever a um caso julgado em Roma pela *Cassazione* (24 de Maio de 1912), no qual se considerou o administrador responsável pelo dano causado aos sócios em virtude da aquisição de acções no pressuposto da veracidade dos dados de um balanço, afinal, falsos. F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a.*, cit., p. 215-216.

⁸ M. FRANZONI, “La responsabilità civile degli amministratori di società di capitali”, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia*, VII, Padova, 1984, p. 83, em especial notas 256 e 257, C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori*, cit., tomo II, p. 842-848, G. FERRI, “Le società”, *Trattato di Diritto civile italiano*, (diretto da Filippo Vassali), vol. 10.º, tomo 3.º, Unione Tipografico Editrice Torinese, Torino, 1971, p. 534.

⁹ U. CARNEVALI, “La responsabilità civile degli amministratori per danno ai risparmiatori”, *Contratto e impresa*, Cedam, Padova, 1998, n.º 1, p. 85 e 87, G. MAGGIORE, *La responsabilità individuale degli amministratori*, cit., p. 93-96 e 265-271, C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministra-*

A doutrina não é, contudo, uniforme a este respeito, destacando-se certa orientação, apesar de minoritária, que atribui significado diverso ao advérbio *directamente*, apreendendo-o como expressão de uma conduta danosa intencional do administrador¹⁰.

O âmbito operativo do artigo 2395.º é normalmente circunscrito a hipóteses de dano provocado no exercício das funções de administrador. É o entendimento de Conforti¹¹, Campana¹², Picardi¹³, Ferri¹⁴, Marcora¹⁵ e da jurisprudência dominante¹⁶. Em sentido diverso destaca-se – ao que se sabe isoladamente – o ponto de vista de Minervini¹⁷.

Apesar de predominar o entendimento extracontratual¹⁸, inaugurado por Carnevali, a natureza da responsabilidade tem motivado alguma polémica¹⁹. Discordando do sentido aquiliano, Frè²⁰ e Bonelli²¹ apontam um caminho

tori, cit., p. 177-178, F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori, cit.*, p. 445-450 e BIANCHI, *Gli amministratori di società di capitali*, Cedam, Milano, 1998, p. 600 ss.

¹⁰ G. CAMPANA, *La responsabilità civile degli amministratori, cit.*, p. 259 ss., e S. CAVANNA, “L’azione individuale di responsabilità ex art. 2395 cod.civ. negli anni 80/90 e dintorni”, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, ano XI, 1995, n.º 2, p. 130-131.

¹¹ C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori, cit.*, tomo II, p. 848-852.

¹² G. CAMPANA, *La responsabilità civile degli amministratori, cit.*, p. 259-261.

¹³ L. PICARDI, “Responsabilità degli amministratori e tutela dei terzi (profili giurisprudenziali)”, *Rivista critica del Diritto Privato*, ano XII, 1994, p. 443.

¹⁴ G. FERRI, *Le società, cit.*, p. 534. Segundo este autor, os casos em apreço representam ilícitos praticados por causa do exercício das funções (*idem*, p. 536).

¹⁵ MARCORA, *L’azione civile di responsabilità contro gli amministratori di società anonima*, Vita e Pensiero, Milano, 1931, p. 55.

¹⁶ S. CAVANNA, *L’azione individuale di responsabilità, cit.*, em especial p. 122 ss.

¹⁷ G. MINERVINI, “Note in tema di responsabilità degli amministratori di società per azioni”, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 1954, n.ºs 5-6, p. 221-224.

¹⁸ G. CAMPANA, “La responsabilità civile degli amministratori delle società di capitali”, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, ano XVI, 2000, n.º 3, p. 260.

¹⁹ U. CARNEVALI, *La responsabilità civile degli amministratori, cit.*, p. 83 *et passim*. A tese deste autor é sufragada, entre outros, por G. MAGGIORE, *La responsabilità individuale degli amministratori, cit.* p. 93, M. FRANZONI, *Le responsabilità civile, cit.*, p. 90, G. BIANCHI, *Gli amministratori di società di capitali, cit.*, p. 597 ss., G. FERRI, *Le società, cit.*, p. 536 e C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori, cit.*, p. 177-178. GRAZIANI, MINERVINI e BELVISO referem ser pacífica a natureza contratual da acção de responsabilidade social e a natureza extracontratual da acção individual do sócio e de terceiro. Parece-nos, contudo, que esta observação é discutível, atentas as posições discordantes – A. GRAZIANI/G. MINERVINI/U. BELVISO, *Manuale di diritto commerciale, cit.*, p. 262.

²⁰ G. FRÈ, “Società per azioni”, *Commentario del codice civile*, a cura di Scialoja e Branca (art. 2325-2461), Zanichelli, Bologna-Roma, p. 530.

²¹ F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori, cit.*, p. 452. O autor reafirmou recentemente

exclusivamente obrigacional. Di Sabatto²² prescinde de uma solução apriorística, aceitando o carácter contratual ou aquiliano, consoante os casos, designadamente conforme a natureza da norma violada. Este autor salienta, ainda, que a razão de ser do preceito em causa é a de precisar que os danos provocados pelos administradores, no exercício das suas funções, se devem a uma conduta imputável à sociedade, mas que à responsabilidade da sociedade se deve juntar a responsabilidade pessoal do administrador²³. Também Picardi, na esteira de Borgioli, acentua que a responsabilidade em apreço é cumulável com a responsabilidade da pessoa colectiva²⁴.

Os tribunais têm defendido que o juiz não pode sindicar o mérito dos actos cometidos pela administração, julgando com base em critérios abstractos discricionários de oportunidade ou de conveniência, devendo antes decidir se o administrador violou a obrigação de cumprir com diligência os deveres do cargo, causando dano à sociedade²⁵.

A doutrina italiana tem, também, firmado o princípio da insindicabilidade das decisões de mérito²⁶. A limitação dos poderes de apreciação jurisdicional tem sido trabalhada a partir da ideia de razoabilidade. Assim, apenas terão relevo, do ponto de vista da responsabilidade, os comportamentos dos administradores que não sejam razoáveis²⁷. O risco da empresa onera os sócios e integra todas as decisões do administrador que sejam tomadas com um certo grau de racionalidade²⁸.

esta sua posição – cf. *Gli amministratori di s.p.a., cit.*, p. 225. BONELLI entende que a responsabilidade em apreço se funda em deveres de protecção que incumbem ao administrador, emergentes da lei ou dos estatutos.

²² F. DI SABATO, *Manuale delle società, cit.*, p. 285.

²³ F. DI SABATO, *Manuale delle società, cit.*, p. 285.

²⁴ L. PICARDI, *Responsabilità degli amministratori, cit.*, p. 447.

²⁵ Sobre este aspecto, pode ver-se M. DELLACASA, “Dalla diligenza alla perizia come parametri per sindacare l’attività di gestione degli amministratori”, *Contratto e impresa*, 1999, n.º 1, p. 209 ss., C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori, cit.*, I, p. 370-385, S. CAVANNA, *L’azione individuale di responsabilità, cit.*, p. 122-128, R. VENTURA, “La diligenza degli amministratori nelle acquisizioni societarie”, *Giurisprudenza commerciale*, 29.2, 2002, p. 218. Para uma apreciação crítica das decisões jurisprudenciais minoritárias que apreciam a ligeireza e imprudência da conduta dos administradores, M. FRANZONI, *Le responsabilità civile, cit.*, p. 40-42.

²⁶ M. DELLACASA, *Dalla diligenza alla perizia, cit.*, 209 ss., C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori, cit.*, I, p. 385-389, F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori, cit.*, p. 361-364.

²⁷ C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori, cit.*, I, p. 385-389, M. DELLACASA, *Dalla diligenza alla perizia, cit.*, p. 211.

²⁸ Esta tendência não logra, contudo, um acolhimento pacífico. Cf. E. GOMES RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 90.

A recente reforma do Direito societário italiano introduziu uma alteração significativa quanto à estruturação das sociedades anónimas, erguendo um novo sistema de governo monista²⁹. Com interesse (directo) para o tema que nos ocupa salienta-se, apenas, que o legislador acolheu a acção social proposta por uma minoria no artigo 2393.º *bis*³⁰. Assim, perde hoje terreno a orientação que realçava a importância da norma do artigo 2395.º do *Codice* como forma de tutela das minorias, na ausência de previsão legal da acção social *ut singuli*³¹.

Ao contrário do modelo italiano, o sistema espanhol não conhece o modelo dualista ou germânico de sociedade anónima, mas tão só o desenho monista (artigo 9.º da Lei das Sociedades Anónimas ou LSA)³².

O artigo 133.º da LSA determina que os administradores serão responsáveis perante os credores sociais, a sociedade e os accionistas pelos danos que causarem, se agirem em termos contrários à lei ou aos estatutos ou sem a diligência requerida no desempenho do cargo³³.

²⁹ A reforma resulta do Decreto legislativo n.º 6, de 17 de Janeiro de 2003. Sobre a reforma pode ver-se, G. CASELLI, “I sistemi di amministrazione nella riforma delle s.p.a.”, *Contratto e impresa*, ano 19, n.º 1, 2003, p. 149 ss., e F. BONELLI, “L’amministrazione delle spa nella riforma”, *Giurisprudenza commerciale*, 30.6, 2003, p. 700 ss. e, desenvolvidamente, F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a.*, cit., p. 3 ss. Os modelos de governo societário são hoje três. O sistema tradicional concentra o poder executivo num único órgão de administração (o administrador ou o conselho de administração) eleito pela assembleia geral, salientando-se, depois, a existência de um órgão interno de fiscalização (*collegio sindacale*). O modelo dualístico integra o *consiglio di gestione* e o *consiglio di sorveglianza*, eleito pela assembleia dos sócios e com funções de controlo da gestão social. Finalmente, a configuração monista, com comissão de controlo interno da gestão, maioritariamente composta por administradores não executivos ou *independentes*. Sobre esta tripartição, pode ver-se A. GRAZIANI/G. MINERVINI/U. BELVISO, *Manuale di diritto commerciale*, Cedam, Padova, 2004, p. 243-244, C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori*, cit., I, p. 45-46. Sobre o(s) modelo(s) tradicionais, E. GOMES RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 34-36. Para uma análise crítica das vias monista e dualista tradicionais e propondo já um novo modelo monista – V. ALLEGRI, “Gli amministratori delle società per azioni in una prospettiva di riforma”, *Rivista delle società*, ano 44.º, 1999, n.ºs 2-3, p. 394-395.

³⁰ CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori*, cit., II, p. 853, A. GRAZIANI/G. MINERVINI/U. BELVISO, *Manuale di diritto commerciale*, cit., p. 261.

³¹ M. FRANZONI, *Le responsabilità civile degli amministratori*, cit., p. 83-84, F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, cit., p. 445, V. ALLEGRI, “L’azione di responsabilità della società per azioni verso gli amministratori e le scelte del legislatore”, *Rivista delle società*, ano XVI, 1971, p. 311 ss., F. DI SABATO, *Manuale delle società*, UTET, Torino, 1999, p. 281-282.

³² F. VICENT CHULIÁ, *Introducción al Derecho Mercantil*, 16.ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

³³ Por “lei” tem-se entendido qualquer norma jurídica – A. ALONSO UREBA, “Pressupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima”, *Revista de Derecho Mer-*

O artigo 135.º, relativo à chamada acção individual dos sócios, segue de perto o texto do artigo 2395.º do Código italiano³⁴. A doutrina tem reconduzido a esta norma as condutas consistentes na preterição de direito ao dividendo ou na violação das regras de prestação de contas, entre outras³⁵.

É, também, discutida a natureza desta responsabilidade individual³⁶. Garrigues e Uría consideram que, nos casos em que se trate de uma violação de direitos do accionista, reconhecidos pela lei ou pelo contrato social, estaremos perante um figurino obrigacional; já nas demais ocorrências, a referência será, em princípio, delitual³⁷. Segundo Polo, a responsabilidade do administrador (no exercício das suas funções) perante o accionista é obrigacional³⁸. Em sentido próximo, A. Ureba preconiza que, nas hipóteses de prejuízo directo do sócio, a responsabilidade se baseia numa pressuposta relação jurídico-societária interna entre aquele e o administrador, situando-nos num contexto distinto do que é dado pela tradicional contraposição entre responsabilidade contratual e extra-contratual³⁹. Também Garreta salienta a insusceptibilidade de reconduzir *a priori* o regime jurídico a um modelo ou a outro; a responsabilidade em apreço pode ser obrigacional ou delitual, consoante os casos⁴⁰.

cantil, n.º 198, Octubre/Diciembre, Madrid, 1990, p. 676. Note-se que a formulação do preceito é disjuntiva: de um lado, temos a violação da lei ou dos estatutos e, de outro, a preterição do dever geral de diligência, ambas como fontes de responsabilidade civil do administrador. O artigo 79.º da lei das sociedades anónimas espanhola de 1951 dispunha que os administradores respondem perante a sociedade, os accionistas e os credores sociais pelo dano causado com *malicia, abuso de facultades o negligencia grave*. A doutrina considerava, então, que existia uma verdadeira *zona de impunidad* dos administradores – A. ALONSO UREBA, “Pressupuestos de la responsabilidad social”, *cit.*, p. 681.

³⁴ DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad civil de los administradores*, *cit.*, p. 475-476. O artigo 135.º citado dispõe o seguinte: *no obstante lo dispuesto en los artículos precedentes, quedan a salvo las acciones de indemnización que puedan corresponder a los socios y a los terceros por actos de administradores que lesionen directamente los intereses de aquéllos*. Sobre a acção individual, V. CHULIÁ, *Introducción al derecho mercantil*, *cit.*, p. 405-406, M. BUEYO JALÓN, [et tal], *Responsabilidad de los administradores*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2000, p. 50 ss., e A. ALONSO UREBA, “Pressupuestos de la responsabilidad social”, *cit.*, p. 657-660.

³⁵ DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad civil de los administradores*, *cit.*, p. 489-490.

³⁶ A. ALONSO UREBA, “Pressupuestos de la responsabilidad social”, *cit.*, p. 658 e 639 ss., M. BUEYO JALÓN, *Responsabilidad de los administradores*, *cit.*, p. 13, e DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad civil de los administradores*, *cit.*, p. 490.

³⁷ GARRIGUEZ/URÍA, *Comentario*, tomo II, p. 124 ss.

³⁸ *Apud* DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad civil de los administradores*, p. 492.

³⁹ A. ALONSO UREBA, “Pressupuestos de la responsabilidad social”, *cit.*, p. 659.

⁴⁰ *Apud* DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad civil de los administradores*, p. 492.

É comum a exigência de um dano na esfera jurídica dos sócios de forma directa⁴¹. Inversamente, exclui-se o dever de indemnizar quando existe um prejuízo que lesa o património social e, só reflexivamente, a esfera jurídica dos sócios, através da diminuição do valor das acções⁴².

É, ainda, frequente, a ideia de que o acto lesivo pode ser praticado fora do âmbito de competências do administrador, desde que o seja no exercício das suas funções.

O panorama é bastante diferente em França e na Alemanha, embora por motivos distintos⁴³. No Direito societário francês, não existe uma norma espe-

⁴¹ A. ALONSO UREBA, “Pressupuestos de la responsabilidad social”, *cit.*, p. 685 *et passim*, DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad civil de los administradores cit.*, p. 477. V. CHULIÁ critica o carácter indeterminado e as dificuldades de aplicação prática suscitadas por este critério – *Introducción al derecho mercantil, cit.*, p. 406. DÍAZ ECHEGARAY, *idem*, p. 474, também frisa a indeterminação e as dificuldades suscitadas na concretização dos elementos da responsabilidade.

⁴² DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad civil de los administradores, cit.*, p. 478, e M. BUEYO JALÓN, *Responsabilidad de los administradores, cit.*, p. 51.

⁴³ Em França, o assento legal da disciplina jurídica da administração consta da Lei de 24 de Julho de 1966. Segundo o Direito francês, a administração pode seguir um modelo próximo do latino, com conselho de administração e presidente do conselho de administração (modelo clássico ou monista) ou um modelo germânico dualista, com direcção e conselho de vigilância – M. COZIAN/A. VIANDIER/F. DEBOISSY, *Droit des sociétés, cit.*, p. 276 ss. e 348 ss., G. RIPERT e R. ROBLLOT, *Traité élémentaire de Droit Commercial*, tomo I, 10.^a edição, LGDJ, Paris, 1980, p. 814 ss. É o conselho quem nomeia, destitui e vigia a actividade do director geral (M. COZIAN/A. VIANDIER/F. DEBOISSY, *Droit des sociétés, cit.*, p. 315 e 331) e a quem incumbe a gestão diária da sociedade (*ibidem*, p. 318 ss.). Contudo, é frequente, no modelo monista, que o presidente do conselho seja também encarregado da direcção geral da sociedade: trata-se do *Président Directeur Général* (P.D.G.), referido pela primeira vez na lei de 16 de Novembro de 1940 e, desde então, um órgão com grande relevo prático na estruturação das sociedades anónimas francesas – E. SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence des administrateurs de sociétés: Droit anglais et français*, LGDJ, Paris, 1998, p. 14, e M. COZIAN/A. VIANDIER/F. DEBOISSY, *Droit des sociétés, cit.*, p. 276. Criticando a concentração de poderes neste órgão, E. SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence cit.*, p. 196 *et passim*. O sistema alemão distingue-se, desde logo, pela circunstância de se fundar exclusivamente num modelo dualista. De um lado, temos a direcção, nomeada e destituída pelo conselho de vigilância, a quem incumbem amplos poderes de gestão da sociedade (*Vorstand*) e, de outro lado, o conselho de vigilância, encarregado da fiscalização, entregue a accionistas e trabalhadores (*Aufsichtsrat*). O *Vorstand* dirige a sociedade, assumindo a responsabilidade por esta actividade e exercendo as suas competências em regime de exclusividade. Cf. K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1991, p. 675 ss. Sobre o *Vorstand* e o *Aufsichtsrat* na lei alemã sobre as sociedades anónimas e em comandita por acções, de 6 de Setembro de 1965 (“AktG”), E. GAUDENCIO VELASCO, *El poder de decision en las sociedades anonimas*, Civitas, Madrid, 1982, p. 231–249.

cífica sobre responsabilidade dos administradores perante os sócios. As soluções práticas fazem apelo a um conceito de *faute*⁴⁴. Com efeito, o artigo 244.º da lei das sociedades anónimas responsabiliza os administradores pelas infracções aos deveres legais e regulamentares, pela violação de normas estatutárias e pelas *fautes de gestion*⁴⁵.

No sistema alemão, a responsabilidade dos administradores perante os accionistas não é tratada pela AktG. A lei não reconhece a acção social *ut singuli*⁴⁶ e, no que respeita à acção individual do accionista, a imputação de responsabilidade ocorre por força das regras gerais do BGB, *maxime* dos §§ 823 e 826⁴⁷. O único desvio a esta situação consta do § 117.2 AktG, cujo âmbito se refere à conduta culposa do membro do *Vorstand* que nomeia um procurador

⁴⁴ O Código Civil napoleónico veio consagrar uma cláusula geral de responsabilidade alicerçada sobre a ideia de *faute*. É a seguinte a redacção do artigo 1382.º do *Code Civile: tout qui fait quelque chose de l'homme qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer*. Sobre a *faute*, L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, 3.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, p. 351, e A. MENEZES CORDEIRO, *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lex, Lisboa, 1997, p. 469-470 e *Da boa fé no Direito civil*, cit., nota 96, p. 682. Sobre a evolução histórica da *faute*, JEAN-LOUIS GAZZANIGA, "Notes sur l'histoire de la faute", *Revue Française de Théorie Juridique*, n.º 5, 1987, p. 17 ss. A recondução da responsabilidade do titular dos órgãos sociais à *faute* consta dos artigos L-225-251 do *Code de Commerce*.

⁴⁵ A *faute* em sentido amplo traduz a prossecução contínua de uma actividade deficitária. A *faute* em sentido estrito integra as falhas nos processos de decisão, a ausência de reacção e, finalmente, a incompetência dita genérica dos administradores. A jurisprudência tem entendido que a *faute* verificada em situações de prestação de informações falsas, de desvio de fundos e de falta de vigilância constitui caso paradigmático de responsabilidade do administrador, designadamente perante os sócios. Cf. E. SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence*, cit., p. 43 ss. *et passim*. A responsabilidade do administrador perante os sócios tem sido distinguida da acção social com base na localização do prejuízo decorrente da *faute* do administrador – cf. M. JEANTIN, *Droit des sociétés*, Montchrestien, Paris, 1992, p. 142, e M. COZIAN/A. VIANDIER/F. DEBOISSY, *Droit des sociétés*, cit., p. 332. A jurisprudência tem entendido que a desvalorização de títulos, em virtude de má gestão, não representa um prejuízo individual.

⁴⁶ U. HÜBNER, *Managerhaftung*, C.H. Beck, München, 1992, p. 14-15.

⁴⁷ W. SCHILLING, *Aktiengesetz Grosskommentar*, De Gruyter, Berlin, New York, 1973, p. 733 ss., U. HÜBNER, *Managerhaftung*, cit., p. 19 ss., e RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas*, BMJ n.º 194, 1970, p. 101-105. A recondução dos direitos protegidos aos direitos absolutos do § 823 do BGB suscita algumas dúvidas quanto à indemnizabilidade de situações de lesão patrimoniais sofridas pelos sócios. A responsabilidade em apreço depende, pois, da circunstância de o accionista ter violado uma norma de protecção dos accionistas – W. SCHILLING, *Aktiengesetz*, cit., p. 751, U. HÜBNER, *Managerhaftung*, cit., p. 20-21, e U. HÜBNER, *idem*, p. 21-22.

ou mandatário da sociedade, em prejuízo desta ou dos seus accionistas⁴⁸. Perante este cenário, a doutrina tem aludido à necessidade de intensificação dos meios de tutela do accionista contra comportamentos danosos dos administradores⁴⁹.

Na tradição anglo-americana, a concreta organização de uma sociedade de responsabilidade limitada não se esgota numa bitola única⁵⁰. A responsabilidade dos administradores tem sofrido desenvolvimentos relevantes, sendo férteis as decisões judiciais que condenam administradores pelos danos causados a accionistas.

Normalmente, as acções surgem apreciadas de acordo com o tipo de deveres violado e tendo por horizonte a limitação resultante da *business judgement rule*⁵¹. Esta regra de origem jurisprudencial permite a exclusão da valoração judicial do mérito dos actos da administração e pretende que, na determinação de violações do dever de diligência, as decisões dos administradores não possam ser substituídas *a posteriori* por decisões judiciais⁵². A sua aplicação depende

⁴⁸ U. HÜBNER, *Managerhaftung*, cit., p. 19.

⁴⁹ U. HÜBNER, *Managerhaftung*, cit., p. 22.

⁵⁰ A. TUNC, *Le gouvernement des sociétés anonymes*, cit., p. 65. Nestes países, sobressai com nitidez um figurino composto por posições distintas, embora com zonas de sobreposição, do ponto de vista dos respectivos direitos e deveres, da sua permanência na sociedade e da sua relevância externa. Este figurino é composto pelos *managing directors*, *chief executive officer*, o *board of directors* e os administradores independentes. Cf. ANDRÉ TUNC, *Le Droit anglais des sociétés anonymes*, Dalloz, Paris, 1978, p. 117-123. Com os recentes escândalos financeiros e com o Sarbanes-Oxley Act de 30 de Julho de 2002, reabriu o extenso debate em torno dos modelos de *corporate governance*, com especial incidência para os meios de controlo interno e o relevo da figura do administrador independente. O administrador independente e os comités criados junto da administração (*maxime* o comité de auditoria) desempenham a função de controlo e de vigilância da actividade dos *directors*, criando um duplo grau de ordenação de responsabilidades executivas e, de certo modo, dualizando com o poder do *board*. O modelo não se confunde, porém, com o modelo germânico dualista do *Vorstand* e *Aufsichtsrat*. Aliás, o sistema germânico tem atraído a atenção da doutrina, como forma de supressão das falhas organizacionais do modelo de administração norte-americano. Sobre este aspecto, pode ver-se EDWARD ROCK, “America’s shifting fascination with the comparative corporate governance”, *Corporate Law*, de William W. Bratton (editor), Ashgate, Dartmouth, Aldershot, Burlington, 2000, p. 367 ss., em especial, p. 378 ss. e p. 138-139.

⁵¹ As acções em que os sócios são parte activa configuram duas hipóteses distintas: *derivative actions* e *class actions*. A primeira corresponde à acção social *ut singuli*, a segunda à responsabilidade dos administradores perante os sócios em sentido estrito.

⁵² Sobre a *business judgement rule* pode ver-se M. EISENBERG, “Obblighi e responsabilità degli amministratori e dei funzionari delle società nel diritto americano”, *Giurisprudenza commerciale*,

de certas condições formais: é necessário que a decisão empresarial tenha sido assumida (a omissão não está salvaguardada), que não exista conflito de interesses do administrador em apreço (há pois, plenos poderes de apreciação nos casos de *self-dealing*) e, finalmente, que o administrador se tenha razoavelmente informado antes de tomar a decisão. Verificadas estas circunstâncias, só será responsável o administrador que tome uma decisão inequivocamente irracional.

3. Apreciação crítica do entendimento tradicional da responsabilidade dos administradores perante os sócios

Regressando ao sistema jurídico português, encontramos, tanto na doutrina como na jurisprudência, a pacífica aceitação de que a norma do artigo 79.º só servirá para ressarcir danos causados ao accionista sem intermediação do património social. Parece-nos, contudo, que se colocam fundadas dúvidas acerca da bondade desta interpretação.

3.1. O critério da incidência do dano

A doutrina nacional, com destaque para Raúl Ventura, Brito Correia, Menezes Cordeiro e Coutinho de Abreu, tem convencionado que a acção individual do sócio só pode basear-se em danos directos, isto é, em prejuízos cau-

19.4, 1992, p. 623 ss., F. GHEZZI, “I doveri fiduciari degli amministratori nei Principles of Corporate Governance”, *Rivista delle società*, ano 41, n.ºs 2-3, p. 497 ss., V. PETRONE, “La responsabilità degli amministratori di società nel sistema americano”, *Diritto ed economia dell’assicurazione*, 1995, 2-3, p. 376-402. Entre nós, cf. JOÃO SOARES DA SILVA, “Responsabilidade civil dos administradores de sociedades: os deveres gerais e os princípios da corporate governance”, *Revista da Ordem dos Advogados*, 1997, p. 624-626, e P. CAETANO NUNES, *Responsabilidade civil dos administradores perante os accionistas*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 23 ss. Os tribunais têm fundamentado esta regra em quatro circunstâncias. Primeiro, certas decisões de administradores diligentes podem *a posteriori* parecer negligentes pelo facto de se terem revelado financeiramente infelizes. Depois, a assunção de riscos é uma característica intrínseca à administração. Terceiro, é prejudicial para a própria sociedade que as decisões dos administradores possam ser constantemente questionadas pelos administradores. Finalmente, os juízes não se encontram habilitados para valorar as decisões tomadas pelos administradores LLEBOT MAJO, *Los deberes de los administradores de la sociedad anonima*, Civitas, Madrid, 1996, p. 75.

sados em termos que não são intermediados ou interferidos pela presença da sociedade⁵³.

A jurisprudência segue uma orientação similar. O acórdão da Relação de Lisboa, de 16 de Maio de 2000, considera que a acção individual exige que os danos sejam produzidos directamente na esfera jurídica do sócio⁵⁴. O acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 19 de Novembro de 1987, dispõe que o antigo artigo 24.º do Decreto-Lei n.º 49 381 se fundamenta em actos ilícitos que atinjam os sócios enquanto tais, desde que o dano seja directo⁵⁵. Finalmente, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 3 de Maio de 2000, reconhece a possibilidade de cumulação da acção social *ut singuli* com a acção pessoal, podendo o accionista deduzir o pedido a favor da sociedade e em benefício próprio (individual)⁵⁶.

A alusão a dano directo surge, por vezes, em alguma confusão com o nexo de causalidade, misturando a questão do dano com o problema da imputação⁵⁷.

Não nos parece que a distinção entre a acção social e a acção individual possa ser feita com base no carácter do dano, prescrevendo-se apenas uma solução ressarcitória para os casos em que a desvantagem se produz na esfera jurídica do accionista, sem intermediação do património da pessoa colectiva. O dano corresponde, como se sabe, à supressão ou diminuição de uma situação favorável que estava protegida pelo Direito⁵⁸. Se os sócios sofrem prejuízos, caberá

⁵³ RAÚL VENTURA/L. BRITO CORREIA, “Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas” (nota explicativa ao capítulo II do Decreto-Lei n.º 49 381 de 15 de Novembro de 1969), *BMJ* n.º 195, 1970, p. 70 e, dos mesmos autores, *Responsabilidade civil dos administradores*, *cit.*, n.º 194, p. 84, BRITO CORREIA, *Os administradores das sociedades anónimas*, *cit.*, p. 607 ss., A. MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores*, *cit.*, p. 496, e J. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade. As empresas no Direito*, Almedina, Coimbra, 1996, p. 231. Opinam no mesmo sentido P. CAETANO NUNES, *Responsabilidade civil dos administradores*, *cit.*, p. 44 ss., E. GOMES RAMOS, *A responsabilidade dos membros da administração*, *cit.*, p. 88, J. MARQUES ESTACA, *O interesse da sociedade nas deliberações sociais*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 177.

⁵⁴ Colectânea de Jurisprudência (doravante CJ), 2000, tomo 3, p. 89 ss..

⁵⁵ *BMJ* n.º 371, 1987, p. 473 ss..

⁵⁶ CJ, 2000, tomo 2, p. 41 ss..

⁵⁷ S. CAVANNA, *L'azione individuale di responsabilità*, *cit.*, p. 119-120. Sobre o nexo de causalidade, A. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, 2.º volume, AAFDL, Lisboa, 1994 (reimpressão), p. 297.

⁵⁸ A. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, 2.º volume, *cit.*, p. 283.

apurar responsabilidades, independentemente das vicissitudes produzidas no património social⁵⁹.

3.2. A pré-determinação do carácter delitual

A doutrina e a jurisprudência nacionais têm em boa conta que entre os sócios e os administradores, ao contrário do que sucede entre estes e a sociedade, não existem relações jurídicas obrigacionais⁶⁰.

É a opinião de Menezes Cordeiro⁶¹ e, *de iure condito*, de Raúl Ventura e Brito Correia⁶², entre outros. Estes autores não deixam, contudo, de alertar que a *responsabilidade por violação de direitos sociais dos sócios* [caso exista] *tem natureza obrigacional e não delitual*⁶³.

⁵⁹ G. FRÈ, *Società per azioni*, *cit.*, p. 433. Será ainda de notar que a aludida orientação descure o tratamento dos danos como danos patrimoniais puros (*primärer Vermögensschaden, pure economic loss*), isto é, dos danos desacompanhados de uma lesão física, pessoal ou patrimonial. Cf. F. GOMÉZ POMAR, “La noción de daño puramente económico: una visión crítica desde el análisis económico del derecho”, *Estudios en Homenaje al Profesor Luís Díez-Picazo*, tomo II, Civitas, Madrid, 2003, p.1197. No domínio que nos ocupa, os danos patrimoniais puros correspondem aos chamados danos relacionais ou causadores de dano em ricochete (cf. M. BUSSANI/V. PALMER, “The notion of pure economic loss and its setting”, *Pure economic loss in Europe*, Cambridge University Press, 2003, p. 10). Sobre os danos patrimoniais puros, B. MARKESINIS/S. DEAKIN, *Tort Law*, Oxford, 1999, p. 212 ss. Em língua portuguesa, salientam-se as obras de J. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989, em especial p. 187 ss., M. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2004, em especial p. 238-251 e nota 703, p. 650-654 e, do mesmo autor, *Contrato e deveres de proteção*, separata do volume XXXVIII do Suplemento ao *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1994, p. 173 ss., e *Uma “terceira via” no Direito da responsabilidade civil?*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 37 ss..

⁶⁰ A orientação delitual parece ser também dominante na doutrina italiana, francesa, alemã e espanhola. Além do que *supra* se referiu, *vide*, para uma súmula da orientação francesa e germânica, RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, *Responsabilidade civil dos administradores*, BMJ n.º 194, *cit.*, p. 86-90.

⁶¹ A. MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil*, p. 496.

⁶² RAÚL VENTURA/L. BRITO CORREIA, *Responsabilidade civil*, BMJ n.º 195, *cit.*, p. 71, p. 33 e dos mesmos autores, “Responsabilidade civil dos administradores”, n.º 193, *cit.*, p. 12-13.

⁶³ RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, *Responsabilidade civil dos administradores*, BMJ n.º 194, *cit.*, p. 91. Note-se que os autores, apesar de entenderem ser justo admitir a ação individual com base na violação de direitos sociais, concluem que a mesma não se encontra consagrada no ordenamento jurídico português.

Diferentemente, Oliveira Ascensão parece admitir espaço para outras perspectivas, quando observa que *o artigo 79.º também prevê, em paralelo [com a responsabilidade perante terceiros] a responsabilização perante os sócios. Mas a situação parece ser diferente, pois por natureza não há nenhum vínculo entre o administrador e terceiros*⁶⁴.

A orientação tradicional, confinando o universo delimitador do dever de indemnizar às situações do artigo 483.º do Código Civil, preocupa-se com a determinação do escopo das disposições legais, enquanto normas de protecção dos accionistas⁶⁵.

Em geral, o que está em causa na imputação delitual é a protecção de posições jurídicas contra interferências danosas de terceiros, através de valorações gerais que se exprimem em normas impositivas ou valorativas⁶⁶. Não parece ser este o caso da responsabilidade que nos ocupa.

Ademais, convirá não esquecer que, na esteira do *Codice*, este artigo do Código das Sociedades Comerciais cuida simultaneamente dos terceiros e dos sócios, quando nos parece inequívoco que as situações de uns e de outros serão, em princípio, diferentes. Prescindindo de fórmulas fixas, na esteira de Borgioli e de Di Sabato, haverá que experimentar um novo critério decisivo da conduta danosa do administrador.

⁶⁴ J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2000, p. 278.

⁶⁵ Segundo SINDE MONTEIRO, para uma norma jurídica poder ser reconhecida como lei ou disposição de protecção tem de visar a protecção de uma pessoa ou de um círculo de pessoas, não bastando que se destine a proteger a colectividade em geral. A protecção individual tem de ser intencionada. Cf. J. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos*, cit., p. 249 ss. O carácter de protecção da norma é clarificado nos casos em que as disposições normativas sancionam a conduta infractora com uma pena ou uma contraordenação. O autor considera mesmo que *só às disposições de carácter penal deve em princípio ser atribuída a natureza de leis destinadas a proteger interesses meramente patrimoniais* (*idem*, p. 256). Neste campo, a tarefa sairá, pois, facilitada, atendendo à riqueza de disposições penais que integram o Código das Sociedades Comerciais (artigos 515.º ss.) e o Código de Valores Mobiliários (cf. artigos 378.º e 379.º).

⁶⁶ M. CARNEIRO DA FRADA, *Uma “terceira via”*, cit., p. 32.

4. Ensaio de reconstrução crítica do âmbito normativo da responsabilidade do administrador perante os sócios

4.1. Administradores, sócios e pessoa colectiva: paradigma relacional

Nas legislações europeias nascidas do liberalismo, a responsabilidade do administrador era concebida sob o figurino de uma relação de mandato entre este e a sociedade. Esta orientação entra em crise no século XX, passando a generalidade das legislações a admitir que os administradores não são mandatários dos sócios, mas sim membros de um órgão da pessoa colectiva⁶⁷.

Em Itália, os autores tendem a afastar a tese do mandato sufragada, entre outros, por Marcora⁶⁸, bem como a rejeitar a tendência de laboralização estrita. Em geral, prevalece a matriz contratualista⁶⁹.

Em Portugal, é comum a identificação da administração com o figurino negocial⁷⁰, muito embora se destaquem opiniões em contrário⁷¹.

⁶⁷ Esta evolução surgiu historicamente acompanhada de um outro movimento: o da progressiva concentração dos poderes de gestão na administração e autonomização deste órgão no seio da estrutura societária. Neste contexto, exhibe singular importância, enquanto marco histórico, a lei das sociedades anónimas alemã de 1937, que vem limitar a função de controlo do *Aufsichtsrat* e garantir a posição independente do *Vorstand* no seio da sociedade. A. ALONSO UREBA, "Presupuestos de la responsabilidad social", *cit.*, p. 649 ss., E. GAUDENCIO VELASCO, *El poder de decision*, *cit.*, p. 155 ss.

⁶⁸ MARCORA, *L'azione civile di responsabilità contro gli amministratori*, *cit.*

⁶⁹ C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori*, *cit.*, I, p. 12-17, F. DI SABATO, *Manuale delle società*, UTET, Torino, 1999, p. 271, A. GRAZIANI/G. MINERVINI/U. BELVISO, *Manuale di diritto commerciale*, *cit.*, p. 256. Criticando a teoria do mandato e reconduzindo a administração a um órgão, G. MAGGIORE, *La responsabilità individuale degli amministratori*, *cit.*, p. 37 ss., em especial 79 ss. Para um balanço do estado da doutrina italiana quanto à interpenetração do sistema de responsabilidade civil dos administradores perante os sócios e a questão da natureza jurídica do mandato, cfr. G. MAGGIORE, *La responsabilità individuale degli amministratori*, *cit.*, p. 21-84. Apesar de já possuir algumas décadas, parece-nos que este estudo decompõe, no essencial, aquelas que ainda hoje são as posições fundamentais quanto a esta matéria

⁷⁰ L. BRITO CORREIA, *Os administradores das sociedades anónimas*, *cit.*, p. 214-217, 412 ss. e nota 17, p. 602, RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, *Responsabilidade civil dos administradores*, BMJ n.º 192, *cit.*, p. 101-102, V. LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*, Almedina, Coimbra, 1998 (reimpressão) p. 242, J. COUTINHO DE ABREU, *Abuso de direito*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 121 e, do mesmo autor, *Da empresarialidade*, *cit.*, p. 226. Para uma análise das teorias sobre a relação entre a sociedade e o administrador, nos ordenamentos jurídicos francês, italiano e alemão, BRITO CORREIA, *idem*, p. 307-373.

⁷¹ No sentido da rejeição do contratualismo puro, A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das*

A natureza da administração e a sua relação com a pessoa colectiva é questão que tem sido debatida⁷². O problema é complexo e tanto mais intrincado quanto acompanha, em larga medida, os desenvolvimentos científicos operados quanto à construção da personalidade colectiva, desde os escritos de Savigny ao negativismo de Wolf⁷³. Entre nós, o peso do realismo jurídico tem sido recentemente temperado pela compreensão da pessoa colectiva como *instituição-coisa*⁷⁴ ou pela consideração da pessoa (colectiva) como *centro (colectivo) de imputação de normas jurídicas*⁷⁵.

A crise da teoria da empresa⁷⁶ e a perda de vitalidade de posições como a

sociedades, I, Almedina, Coimbra, 2004, p. 719 ss., A. MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 395. Criticando a tese que reconduz a administração ao mandato e valorizando o entendimento da administração como órgão da pessoa colectiva, A. SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação dos administradores das sociedades anónimas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, em especial p. 48 ss.

⁷² Para uma exposição detalhada das teorias contratualistas, unilaterais e analíticas, A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, cit., p. 699 ss., e do mesmo autor, *Responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 335, ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura do estabelecimento comercial. O problema da empresa como objecto de negócios*, Atlântida, Coimbra, 1967, nota 117, p. 301, J. COUTINHO DE ABREU, *Abuso de direito*, cit., p. 108-121 e, do mesmo autor, *Da empresarialidade*, cit., p. 225 ss. Para uma análise da fundamentação e natureza da pessoa colectiva em geral, A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, parte geral, tomo III, Almedina, Coimbra, 2004, p. 469 ss., em especial, 513 ss.

⁷³ Para uma exposição das principais orientações a propósito da construção da pessoa colectiva, A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das sociedades*, cit., p. 207-224, *O levantamento da personalidade colectiva no Direito Civil e Comercial*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 37-70, *Da responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 265-318, L. BRITO CORREIA, *Os administradores das sociedades anónimas*, cit., p. 175-189 e M. BASILE/A. FALZEA, “Persona giuridica” (diritto privato), *Enciclopedia del Diritto*, XXXIII, Giuffrè, Milano, 1983, p. 250-274. O entendimento tradicional da doutrina portuguesa vai, na esteira de FERRARA, no sentido do entendimento da sociedade como realidade jurídica; esta tese foi defendida, além de BRITO CORREIA (*idem*, p. 189), por MANUEL DE ANDRADE, CABRAL DE MONCADA e GUILHERME MOREIRA – para uma resenha da corrente realista, vide BRITO CORREIA, *idem*, nota 32, p. 181, A. MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 305-307. Parece ter sido também esta a posição inicial de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Teoria geral do Direito Civil*, vols. I e II, Lisboa, 1991, p. 228.

⁷⁴ J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. I, cit., p. 232-233. O autor parece, pois, afastar-se da concepção defendida anteriormente, que interpretamos como próxima do realismo jurídico – *Teoria geral do Direito Civil*, vols. I e II, Lisboa, 1991, p. 228.

⁷⁵ A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das sociedades*, cit., p. 226, *O levantamento da personalidade colectiva*, cit., p. 74, *Da responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 319.

⁷⁶ Questionamo-nos, contudo, sobre a possibilidade de um renascer legal da teoria da empresa, por via da influência do direito comunitário nos ordenamentos jurídicos nacionais. Pense-se, por

de Ripert ou de Rathenau não deve obscurecer a imagem da sociedade como entidade na qual confluem interesses distintos das vantagens meramente lucrativas dos sócios⁷⁷.

A ideia da sociedade como instituição não isenta os seus partidários do esforço dogmático de densificação do interesse social.

Bonelli salienta que a redefinição de interesse social deve ter em consideração a crise do escopo lucrativo, a exigência de neutralidade das sociedades anónimas, como meios de prossecução de fins diversos e, finalmente, o destaque de novos interesses, como os proveitos dos investidores e dos financiadores⁷⁸.

No nosso entendimento, o interesse da sociedade não se pode sintetizar no lucro imediato dos sócios⁷⁹. Não é este interesse que preside a determinações como a do artigo 31.º, n.º 2, que impõe ao administrador o dever de não cumprir deliberações dos sócios relativas a distribuições de bens sociais ou que auxilia a interpretação do disposto no artigo 58.º, n.º 1, alínea *b*), em matéria de deliberações abusivas⁸⁰.

Parece-nos exacta a formulação de Lobo Xavier, nos termos da qual o interesse da sociedade corresponde a uma ordenação colectiva de *interesses sociais comuns* dos sócios⁸¹.

exemplo, na recuperação do conceito pela nova Lei de Defesa da Concorrência ou pelo Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas. Sobre a noção de interesse da empresa, enquanto conceito complexo e multidimensional substitutivo da ideia de interesse social, E. GAUDENCIO VELASCO, *El poder de decisión*, cit., p. 582 ss., em especial 591-594. A doutrina portuguesa não tem sido indiferente à ideia de empresa. Pense-se no relevo da empresa na obra de ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura do estabelecimento comercial*, e no regresso a este tema ensaiado por J. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade*, cit., *passim*. Contudo, parece-nos difícil a construção de um critério orientador da conduta do administrador tendo em consideração o interesse da empresa. A própria ideia de empresa é, em si mesma, pluridimensional, apta a abarcar uma ampla diversidade de estruturas e só com grande esforço de abstracção pode ser reconduzida a uma bitola única, do ponto de vista teleológico e funcional.

⁷⁷ Sobre a doutrina de RATHENAU (*Unternehmen an sich*) e a sua repercussão na administração, E. GAUDENCIO VELASCO, *El poder de decisión*, cit., p. 123 ss.

⁷⁸ F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, cit., p. 373-374.

⁷⁹ Neste sentido, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, IV, Lisboa, 1993, p. 55.

⁸⁰ Para uma análise detalhada das normas do Código das Sociedades Comerciais que se referem ao interesse societário, J. MARQUES ESTACA, *O interesse da sociedade*, cit., p. 75 ss.

⁸¹ V. LOBO XAVIER, *Anulação da deliberação social*, cit., p. 242, nota 116. Diferentemente, mas com indubitável similaridade, dir-se-á tratar-se do interesse dos sócios enquanto *partes que puseram a gestão dos seus valores num modo colectivo de tutela e de protecção* (assim, A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, cit., p. 691). Esta consideração do interesse social conduz a uma conclusão importante em sede de ilicitude da conduta do administrador. É que se o administra-

Fica-nos, apesar disso, o problema da natureza da administração.

Um passar de olhos pelas tendências recentes permite concluir que o polimorfismo da situação da administração se impôs ao ponto de fazer claudicar as construções puras, unilateralistas ou dualistas, contratualistas ou organicistas, privatísticas ou publicísticas, e tem também contribuído para o enfraquecimento da dicotomia entre as correntes, sendo frequente a adopção de posições mistas ou dotadas de algum ecletismo⁸².

As linhas de força que sustentam a administração não dirão mais do que o seguinte: o conselho de administração é um órgão da sociedade, isto é, um centro institucionalizado de poderes funcionais que exprime a vontade juridicamente relevante imputável à pessoa colectiva⁸³. Além disto, o administrador mantém com a sociedade uma relação dotada de certo conteúdo, reconduzível a um vínculo obrigacional, regido segundo regras de Direito privado. Isto é, existe uma relação orgânica e uma relação contratual entre o administrador e a sociedade⁸⁴.

dor adoptar certa conduta, prejudicando o interesse lucrativo dos sócios em prol da defesa de um pretense bem geral da sociedade, o mesmo responderá nos termos gerais, mas poderá interceder uma causa de exclusão da ilicitude. Sobre o interesse social há que considerar a valência do contributo de J. OLIVEIRA ASCENSÃO. Retomando a perspectiva já aflorada em *Direito Comercial*, IV, p. 55, o autor veio recentemente reconduzir o interesse da sociedade ao interesse da estrutura jurídica – cf. “Invalidades das deliberações dos sócios”, *Problemas de Direito das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 389-392. Contra, reconduzindo o interesse social ao interesse dos sócios, RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, *Responsabilidade civil dos administradores*, BMJ n.º 192, cit., p. 101-102 e BRITO CORREIA, *Os administradores das sociedades anónimas*, cit., p. 189 e nota 17, p. 602, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Direito de preferência dos sócios em aumentos de capital nas sociedades anónimas e por quotas*, Almedina, 1993, p. 303 ss. Questionando a própria ideia de interesse da sociedade, A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, cit., p. 690-691. Para uma resenha das diferentes posições acerca do interesse social, na doutrina portuguesa e estrangeira, vide J. MARQUES ESTACA, *O interesse da sociedade*, cit., p. 106 ss.

⁸² Recorde-se, a respeito de ecletismo, a noção de administrador adiantada por BRITO CORREIA, já no desfecho da sua obra, segundo a qual o *administrador de uma sociedade anónima é a pessoa que se obriga, mediante retribuição ou sem ela, a prestar a sua actividade de gestão e representação orgânica a uma sociedade anónima, podendo essa situação resultar tanto de um contrato de administração, de natureza jurídico-comercial “sui generis”, como de um acto administrativo (unilateral), de um contrato administrativo ou de um acto processual (unilateral)* – BRITO CORREIA, *Os administradores das sociedades anónimas*, cit., p. 803.

⁸³ Seguindo, pois, ainda que em termos matizados, o ensinamento de MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. I, (reimpressão), Almedina, Coimbra, 2001, p. 204.

⁸⁴ A ideia de um vínculo negocial não é incompatível com a extensão e natureza de certos poderes atribuídos aos administradores, nem com o carácter de órgão societário do conselho de admi-

Mesmo abstraindo da natureza do acto constitutivo da administração e da relação desta com a pessoa colectiva⁸⁵, o conteúdo funcional que modela a ligação entre o administrador e a sociedade parece ser obrigacional, de onde subsistirá fundamento bastante para convocar institutos de matriz contratual quanto a certos aspectos da disciplina jurídica da administração.

No que respeita à relação entre o sócio e o administrador, há quem pense que *não existe qualquer tipo de relação jurídica*⁸⁶. Daqui se extraem, depois, consequências diversas, como a inexistência de deveres específicos do administrador para com o sócio e o carácter delitual da responsabilidade dos administradores perante os accionistas.

Na nossa ideia, os deveres específicos dos administradores beneficiam, *prima facie*, a sociedade: mas este raciocínio não basta à compreensão da riqueza inter-subjectiva no seio de uma pessoa jurídica, como a sociedade anónima.

4.2. Os poderes de gestão e os deveres dos administradores no ordenamento jurídico português

No Direito francês, os deveres de diligência e de lealdade são retirados *a contrario sensu* da interpretação do artigo 244.º da lei das sociedades anónimas, o qual, como vimos, responsabiliza os administradores pelas infracções aos deveres legais e regulamentares, pela violação de normas estatutárias e pelas *fautes de gestion*.

Diversamente, o § 93.1 AktG fixa que os administradores, na sua actividade de gestão, devem proceder com o cuidado de um gestor ordenado e consciencioso e guardar silêncio em relação a elementos confidenciais ou secretos da sociedade. Trata-se de deveres perante a sociedade⁸⁷, que convocam uma ideia

nistração. Neste sentido, A. SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação*, cit., p. 55. Em sentido próximo, BRITO CORREIA, *Os administradores das sociedades anónimas*, cit., p. 800 e 803.

⁸⁵ Não cumpre, obviamente, tomar aqui posição sobre cada uma destas questões. Apenas fazemos notar o interesse que pode resultar da consideração da administração como órgão, geneticamente assente no acto de nomeação do administrador como um acto jurídico unilateral e funcionalmente inserida no contrato de direito comum entre a pessoa colectiva e o administrador. A pista de reflexão foi-nos deixada por FERRER CORREIA (*Lições de Direito Comercial*, vol. II, Coimbra, 1968, p. 324 ss. *apud* BRITO CORREIA, *Os administradores das sociedades anónimas*, cit., p. 398).

⁸⁶ P. CAETANO NUNES, *A responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 37.

⁸⁷ W. SCHILLING, *Aktiengesetz*, cit., p. 726

de profissionalização⁸⁸. A diligência é considerada um critério objectivo do qual resultam adstrições, cuja violação pode ser fonte de responsabilidade civil, sendo invocado o interesse social como critério conformador da conduta diligente⁸⁹. Além da referida norma, o § 93.3 AktG contém um elenco exemplificativo de actuações ilícitas dos administradores, como a execução de um aumento de capital irregular ou a actuação em conflito de interesses⁹⁰.

Em Espanha, o artigo 127.º da LSA determina que os administradores devem desempenhar o seu cargo com a diligência de um gestor ordenado e de um representante leal⁹¹. Certa doutrina tem distinguido, dentro do dever de diligência, os deveres de informação, de investigação e de vigilância⁹², sendo comum o afastamento entre diligência e perícia⁹³. A lealdade, por seu turno, é identificada com a exigência de o administrador não obter para si benefícios ou vantagens, a expensas da sociedade⁹⁴.

No ordenamento italiano, dispõe o artigo 2392.º do *Codice Civile* que os administradores devem cumprir os deveres que lhes sejam impostos pela lei ou pelos estatutos com a diligência do mandatário⁹⁵. A doutrina tem sublinhado

⁸⁸ W. SCHILLING, *Aktiengesetz*, cit., p.726, THEODOR BAUMS, *Il sistema di “corporate governance” in Germania*, cit., p. 7.

⁸⁹ U. HÜBNER, *Managerhaftung*, cit., p. 8-9.

⁹⁰ W. SCHILLING, *Aktiengesetz*, cit., p. 733 ss. A lei vigente não consagra o critério do *bem da empresa*, mas a doutrina tem entendido que o dever de cuidado do administrador deve ser densificado em função da prossecução do interesse social e tendo em conta as características da sociedade, nomeadamente, objecto e dimensão da mesma – W. SCHILLING, *Aktiengesetz*, cit., p. 726. O § 70 da lei de 1937 consagrava que o *Vorstand* deve dirigir a sociedade de acordo com o bem da empresa (*Unternehmen*), e dos seus trabalhadores e a benefício comum da Nação e do *Reich*. Esta formulação não passou para a lei de 1965 mas, por influência da obra de RITTNER, parte da doutrina germânica continuou a aludir a uma exigência ou cláusula implícita de bem comum no sistema jurídico – assim, E. GAUDENCIO VELASCO, *El poder de decision*, cit., p. 235-236.

⁹¹ Cf. DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad civil de los administradores*, cit., p. 247-255, V. CHULIÁ, *Introducción al derecho mercantil*, cit., p. 400-402, A. ALONSO UREBA, “Pressupuestos de la responsabilidad social”, cit., p. 645-646 .

⁹² Assim, O. LLEBOT MAJO, *Los deberes de los administradores de la sociedad anonima*, Civitas, Madrid, 1996, p. 49 ss., E. PÉREZ CARRILLO, “El deber de diligencia de los administradores de sociedades”, *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 14, 2000, p. 279-281 e 312 ss.

⁹³ E. PÉREZ CARRILLO, *El deber de diligencia*, cit., p. 297 ss.

⁹⁴ LLEBOT MAJO, *Los deberes de los administradores*, cit., p. 91-92 e 95.

⁹⁵ No sentido de que a natureza da administração é reconduzível ao mandato, com base neste preceito, V. ALLEGRI, *Contributo alo studio della responsabilita civile degli amministratori*, Giuffrè, Milano, 1979, p. 61 ss. Este entendimento é hoje refutado pela doutrina italiana – G. BIANCHI, *Gli amministratori di società di capitali*, cit., p. 186. Sobre o artigo 2392.º, pode ver-se M. FRANZONI,

que a diligência esperada do administrador não se resume à do bom pai de família, exigida ao mandatário, devendo valorar-se de acordo com a natureza da actividade exercida⁹⁶. Este aspecto foi clarificado pela nova redacção dada ao artigo 1176.º, n.º 2, do *Codice*, nos termos do qual os administradores devem cumprir os deveres a que estão adstritos por força da lei ou dos estatutos com a diligência exigida pela natureza da actividade e pela sua específica competência⁹⁷. A orientação prevalente é a de que o dever de diligência encontra limites, devendo excluir a perícia: o administrador não é obrigado a possuir especiais qualificações técnicas que lhe permitam otimizar a gestão da empresa⁹⁸.

Além da diligência, reconhece-se o dever de vigilância e o dever de informação⁹⁹. Esta matéria foi, também, modificada pela reforma. A redacção actual da parte final do artigo 2392.º estabelece que os administradores são, nos termos do artigo 2381.º, solidariamente responsáveis se, tendo conhecimento de factos danosos, não fizerem o que estiver ao seu alcance para impedir ou atenuar a produção do dano¹⁰⁰. Há quem opine no sentido da supressão do dever geral de vigilância e quem duvide desta interpretação, vincando a manutenção

Le responsabilità civile degli amministratori, cit., p. 36 ss., V. ALLEGRI, *Contributo allo studio, cit.*, p. 156 ss., C. CONFORTI, *La responsabilità civile*, I, p. 359 ss.

⁹⁶ Nesse sentido e expando uma resenha das principais posições nesta matéria, G. CAMPANA, *La responsabilità civile degli amministratori, cit.*, p. 222 ss.

⁹⁷ C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori, cit.*, I, p. 362-366. M. DELLACASA entende que a diligência é entendida como uma categoria apta a densificar o dever de boa gestão da sociedade que incumbe ao administrador e não apenas como medida de um esforço despendido no cumprimento de uma obrigação – MATTEO DELLACASA, *Dalla diligenza alla perizia, cit.*, p. 211 e 216-217. Contra, entendendo tratar-se da diligência do *bonus pater familiae*, G. FRÈ, *Società per azioni, cit.*, p. 523, V. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità*, p. 162-163. No sentido de que se trata de uma diligência do bom pai de família, mas significando a diligência usada por um administrador normalmente diligente, se colocado na situação em causa, F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori, cit.*, p. 352. Sobre os termos desta controvérsia em Itália, V. ALLEGRI, *idem*, p.156-163.

⁹⁸ F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori, cit.*, p. 361, C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori, cit.*, I, p. 369.

⁹⁹ Cf. C. DI NANNI, “Il dovere di vigilanza degli amministratori di s.p.a.”, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, ano IV, 1988, n.º 5, p. 392 ss.

¹⁰⁰ C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori, cit.*, I, p. 395-397, F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a., cit.*, p. 49 ss. O artigo 2381.º do *Codice* estabelece que qualquer administrador deve agir de modo informado, podendo, no seio do conselho, solicitar a prestação de informações por outros administradores a quem tenham sido delegadas tarefas (C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori, cit.*, I, p. 53-54).

do dever de vigilância da gestão e o aparecimento de um renovado dever de informação¹⁰¹.

O dever de lealdade tem correspondido ao dever de não actuar em situações de conflito de interesses¹⁰².

No Direito norte-americano, a definição dos deveres gerais dos administradores é dada pelos *fiduciary duties*, que se decompõem em dever de diligência e dever de lealdade¹⁰³, ambos absorvidos pelos *Principles of Corporate Governance*¹⁰⁴.

Segundo este *Código*, o *duty of care* encontrar-se-á satisfeito se o sujeito agir de boa fé, de modo a corresponder ao melhor interesse da sociedade e com a diligência devida por um *gestor homem médio* colocado nas mesmas circunstâncias¹⁰⁵. Este dever pode ser decomposto em várias posições passivas, como: o dever de controlo da informação ou de vigilância (*duty to monitor*), o dever de tomar conhecimento (*duty to inquiry*), o dever de razoabilidade do processo de decisão (*duty to a reasonable decisionmaking process*) e o dever de razoabilidade da decisão (*duty to a reasonable decision*)¹⁰⁶.

¹⁰¹ Neste sentido, C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori*, cit., I, p. 396-397. No sentido da supressão do dever geral de vigilância, F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a.*, cit., p. 190 *et passim*.

¹⁰² São muito diversificadas as situações que a jurisprudência reconduz à actuação em conflito de interesses. Para uma resenha dos casos integrados nesta *fattispecie*, cf. F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, cit., p. 379-390.

¹⁰³ Sobre os aludidos deveres, cf. M. BLAIR, *Ownership and control*, Brookings Institution, Washington, 1995, p. 56 ss., A. TUNC, *Le Droit américain des sociétés anonymes*, Economica, Paris, 1985, p. 133-135 e 137-140 e, do mesmo autor, *Le gouvernement des sociétés anonymes*, cit., p. 62, E. GOMES RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores*, cit., nota 162, p. 81.

¹⁰⁴ Os *Principles of Corporate Governance* foram adoptados pelo *American Law Institute*, a 13 de Maio de 1992.

¹⁰⁵ O *duty of care* encontra acolhimento no § 4.01 dos *Principles of Corporate Governance* nos seguintes termos: *a director or officer has a duty to the corporation to perform the director's or officer's functions in good faith, in a manner that he or she reasonably believes to be in the best interests of the corporation, and with the care that an ordinary prudent person would reasonably be expected to exercise in a like position and under similar circumstances*. Sobre o *duty of care*, VERONICA PETRONE, *La responsabilità degli amministratori*, cit., p. 368 ss., E. TABELLINI, *L'azione individuale*, cit., p. 823-829. Em língua portuguesa, cf. J. SOARES DA SILVA, *Responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 622-624, P. CAETANO NUNES, *Responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 22-23

¹⁰⁶ Sobre estes deveres, pode consultar-se, por exemplo, V. PETRONE, *La responsabilità degli amministratori*, cit., p. 372 ss., M. EISENBERG, *Obblighi e responsabilità*, cit., p. 618-626, F. GHEZZI, *I doveri fiduciari*, cit., p. 484 ss. Estes deveres têm sido construídos a partir de casos judiciais. Distingue-se, na densificação do *duty to inquiry*, o caso *Smith vs. Van Gorkom*, no qual o tribunal concluiu, em

Já o dever de lealdade (*duty of loyalty*) corresponde ao dever de actuação no exclusivo interesse da sociedade e dos accionistas e encontra-se disperso pelo tratamento de diversas matérias, como é o caso do conflito de interesses, de actividades concorrentes, dos *pára-quebras dourados*, do *insider trading*, entre outros¹⁰⁷.

No Direito inglês, o *Companies Act* não descreve os poderes do Conselho de Administração, mas enuncia as situações em que os administradores podem ser responsabilizados. Destaca-se o relevo da boa fé, onde se incluem os deveres de lealdade (integrando deveres de respeito pela finalidade dos poderes que lhe são conferidos e dever de não se colocar numa situação de conflito de interesses), os deveres de cuidado e, por fim, os de diligência¹⁰⁸.

4.2.1. Os poderes de gestão: funcionalização e discricionariedade

O desenho da administração atende, genericamente, a três preocupações muito diferentes, como a tutela da sociedade, manifestada na autonomia e independência dos administradores¹⁰⁹, a tutela dos accionistas minoritários¹¹⁰ e a

relação a uma operação de fusão, que o administrador *did not reach informed business judgement in voting to sell the company (...) pursuant to cash-out merger proposal, but rather were grossly negligent in approving sale of company upon two hours' consideration, without prior notice, and without exigency crisis or emergency* (sobre este caso, cf. V. PETRONE, *idem*, p. 388-395). O *duty to monitor* foi realçado no caso *Francis vs. United Jersey Bank e Joy vs. North* (LEBOT MAJO, *idem*, p. 69-70).

¹⁰⁷ Sobre o dever de lealdade, V. PETRONE, *La responsabilità degli amministratori*, cit., p. 402-405, MELVIN A. EISENBERG, *Obblighi e responsabilità*, cit., p. 626 ss., F. GHEZZI, *I doveri fiduciari*, p. 509 ss. Este dever não encontra assento nos *Principles*, sendo aflorado casuisticamente a propósito de certas situações de conflituosidade latente (cf., por exemplo, § 5.05 (*taking of corporate opportunities by directors or senior executives*) ou § 5.06 (*competition with the corporation*). Ainda assim, pode ser definido com recurso à seguinte formulação: *the duty of loyalty embodies both an affirmative duty to protect the interests of the corporation and its stockholders or deprive them of profit or advantage* – E. TABELLINI, *L'azione individuale del socio*, cit., p. 812. Foi concretizado no *leading case Guth vs. Loft, Inc* em que o tribunal determinou que *corporate officers and directors are not permitted to use their position of trust and confidence to further their private interests. While technically not trustees, they stand in a fiduciary relation to the corporation and its stockholders*.

¹⁰⁸ A. TUNC, *Le Droit anglais des sociétés anonymes*, cit., p. 130 ss., J. DINE, *The Governance of corporate groups*, Cambridge University Press., 2000 p. 186 ss. Para uma comparação entre o sistema norte-americano e o inglês, D. ARSALIDOU, *The impact of modern influences on the traditional duties of care, skill and diligence of company directors*, Kluwer Law International, Hague/London/Boston, 2001, p. 155 ss.

¹⁰⁹ Ao mesmo tempo que atribui amplas competências aos administradores (cf. a norma imperativa do artigo 373.º, n.º 3, ou a permissão contemplada no artigo 456.º, alínea b)) e prevê

tutela dos credores sociais¹¹¹. O administrador figura como alguém que está incumbido da gestão de um património alheio estando, portanto, vinculado a deveres e sujeito a mecanismos destinados a reprimir abusos. Mas aparece, também, como um gestor que se pretende activo e autónomo.

O administrador deve gerir a sociedade anónima¹¹², o que significa, por um lado, conservar o bem administrado e, por outro lado, buscar o seu máximo rendimento económico. O Direito das sociedades comerciais adopta, quanto a este aspecto, uma linguagem que se individualiza da do Direito civil. Administração, no sentido societário, possui, em primeira linha, um sentido dinâmico, evolutivo, envolve um dado ritmo, funcionalizado à prossecução do fim social¹¹³.

Na confluência destes interesses, decidiu a lei que a administração é exercida mediante a concretização dos poderes exclusivos de gestão particularmente intensos¹¹⁴. O carácter destes poderes não é homogéneo, distinguindo-

mecanismos de eficiência do funcionamento da administração (a delegação de poderes, a possibilidade de representação do administrador nas reuniões), a lei impermeabiliza a actuação dos administradores em relação à tentativa intervencionista de terceiros, o que explica em passagens como a das normas do artigo 17.º, n.º 2 (acordos parassociais), do artigo 398.º (proibição de exercício de actividades com subordinação jurídica), ou ainda do artigo 405.º, n.º 1 (o conselho de administração apenas se deve subordinar às deliberações dos accionistas nos casos previstos na lei).

¹¹⁰ Esta exigência projecta-se em diversos aspectos da administração da sociedade, de que são exemplo a estrutura pluripessoal e funcionamento colegial do conselho, a proibição de certos negócios entre o administrador e a sociedade (artigo 397.º), a possibilidade de eleição isolada por lista de administrador(es) em tutela das minorias alargadas, prevista no artigo 392.º, n.º 2 e a faculdade do artigo 392.º, n.º 6, entre outros aspectos.

¹¹¹ Pensamos, por exemplo, no regime da vinculação da sociedade (artigo 409.º), na posição dos administradores delegantes no caso da existência de comissão executiva (artigo 407.º, n.º 5) ou na exigência de prestação de caução pelos administradores (artigo 396.º).

¹¹² Nesse sentido, RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, *Responsabilidade civil dos administradores*, BMJ n.º 192, *cit.*, p. 112, e V.ALLEGRI, *Contributo alo studio della responsabilità civile*, *cit.*, p. 131-132.

¹¹³ O que inviabiliza, em larga medida, a transposição, para o domínio societário, da dicotomia entre actos de administração ordinária e actos de administração extraordinária. Sobre esta distinção, *vide* MANUEL DE ANDRADE, *Têoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Almedina, Coimbra, 1987, p. 58 ss e C. MOTA PINTO, *Têoria Geral do Direito Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992, p. 406 ss.

¹¹⁴ O artigo 373.º, n.º 3, que integra uma norma imperativa, considera nula a deliberação da Assembleia sobre matérias de gestão, não devendo, pois, ser executada pelo conselho de administração. Sobre a extensão dos poderes de gestão dos administradores, no confronto com as competências permitidas ou atribuídas aos sócios, cf. J. ESPÍRITO SANTO, *Sociedades por quotas e anónimas*, *cit.*, p. 411-417.

-se um intenso colorido de situações jurídicas mais ou menos vinculadas, consoante o poder em exercício se afaste ou aproxime da margem de discricionariedade da gestão. Esta circunstância, juntamente com o facto de o objecto societário poder assumir teores muito diversificados e com a frequente utilização de mecanismos de delegação no seio da sociedade anónima de estrutura monista, penaliza uma noção única e apurada de poderes de gestão¹¹⁵.

Ainda assim, podemos ancorá-los em situações jurídicas compostas que integram faculdades de decisão e de condução dos negócios sociais do administrador, tendo em vista a prossecução do interesse societário, cujo núcleo mínimo (individualizador) deve ser exercido a título pessoal¹¹⁶.

Alguns destes poderes são atribuídos ao administrador de forma instrumental ao cumprimento de certos deveres, configurando poderes-deveres, situações jurídicas de carácter funcional¹¹⁷. Mas nem sempre assim acontecerá: resta a discricionariedade.

O reconhecimento de uma certa álea associada ao dever de administrar explica, depois, a restrição judicial devida na análise de condutas dos administradores. Apesar da doutrina portuguesa não ter dedicado especial atenção a este

¹¹⁵ Quanto à distinção entre poderes de gestão e poderes de representação, diremos que a gestão envolve actividades mais diversificadas do que a representação, como a decisão de assuntos sociais, e projecta-se tanto na esfera externa, como na esfera interna da sociedade. Depois, enquanto que a representação pode achar-se cometida a um administrador, a gestão da sociedade é uma tarefa irredutível e indissociável da qualidade de administrador, não parecendo ser de admitir a possibilidade de administradores que se desinteressem da administração (gestão) da sociedade.

¹¹⁶ Parece-nos ainda ser de rejeitar a possibilidade de, por via estatutária, os sócios excluírem determinados deveres dos administradores: desde logo, o próprio dever de administrar. Parece que, de acordo com o sistema português, os administradores têm o dever de gerir a sociedade e devem fazê-lo a título pessoal. Não parece legítimo, à luz do Código das Sociedades Comerciais, a transferência total de poderes do conselho de administração para qualquer outra entidade. Assim, NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anónima*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 69. Neste sentido, à luz do ordenamento jurídico italiano, C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori*, cit., tomo I, p. 22-23.

¹¹⁷ G. FRÈ, *Società per azioni*, cit., p. 407, V. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità*, cit., p. 131-132, LLEBOT MAJO, *Los deberes de los administradores*, cit., p. 46. É certo que a situação jurídica da administração deve ser vista como uma realidade autónoma, de cariz societário, com factos constitutivos múltiplos, privada, complexa, patrimonial, compreensiva e nuclearmente absoluta (MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 396 e *Manual de Direito das sociedades*, cit., p. 721). Não obstante, a maior parte dos poderes atribuídos aos administradores reveste um cariz funcional. Sobre a noção de poderes funcionais, A. MENEZES CORDEIRO, *Traçado de Direito Civil Português*, I, tomo I, Almedina, Coimbra, 2000, p. 181-182.

tema¹¹⁸, os tribunais portugueses têm respeitado um princípio de insindicabilidade do mérito das decisões dos administradores¹¹⁹.

O sistema jurídico português assume a discricionariedade das condutas da administração quando confirma a busca do lucro como fim da sociedade

¹¹⁸ Sobre a questão pode ver-se A. MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 522-523, E. GOMES RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 91 ss.

¹¹⁹ J. SOARES DA SILVA, *Responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 626. A doutrina italiana, sob o influxo da casuística jurisprudencial, tem discutido os limites da discricionariedade dos poderes de gestão dos administradores em torno do chamado *erro de gestão* (M. DELLACASA, *Dalla diligenza alla pericia*, cit., p. 209 ss). Considerando que os resultados da imperícia do administrador não podem fundar a sua responsabilidade, M. FRANZONI *Le responsabilità civile*, cit., p. 38 e F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, cit., p. 369-372. Os poderes de gestão são essencialmente funcionais, mas existe uma margem irreduzível de discricionariedade. O direito ao erro e o direito à assunção de riscos verifica-se, precisamente, em relação a matérias nas quais o Direito não interfere, proibindo certa conduta ou impondo certa regra de comportamento. Mas, só nestes limites se deve atenuar, tanto quanto possível, a ligação entre risco da empresa e responsabilidade dos administradores, e não no domínio da vinculação – assim, A. ALONSO UREBA, “Pressupuestos de la responsabilidad social”, cit., p. 648. Assim, os administradores não podem ser responsabilizados por resultados negativos porque não têm o dever específico de resultado de alcançar lucros. Apenas existem deveres de conduta e de diligência que propiciam um resultado lucrativo. Pode haver responsabilidade se não se alcançar lucros em virtude de falta de vigilância de actividades sociais importantes ou do exercício de actividades concorrentes com as da sociedade, por exemplo. A específica abordagem das fronteiras do poder jurisdicional no sistema anglo-americano tem motivado a colocação deste problema em termos da *judicial self-restraint* operada pela *business judgement rule*. No caso *Smith vs. Brown-Bornhek* o tribunal considerou que os administradores *would rarely ever accept a directorship if they could be held liable for every bad account or every mistake of judgement*. *From an early date this court has consistently and realistically recognized the danger* (LLEBOT MAJO, *Los deberes de los administradores*, cit., nota 76, p. 76). A *judicial self-restraint* dos tribunais é garantida pela ligação estabelecida entre o dever de diligência e a *business judgement rule*. Este princípio de *corporate governance* tem sido importado por alguns ordenamentos jurídicos europeus continentais, de entre os quais se distingue o italiano – assim, C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori*, cit., I, p. 379 ss. Que dizer da valência desta regra no ordenamento português? Parece-nos que o juiz deve examinar as questões submetidas a litígio e aplicar o Direito que ao caso couber. Deve, obviamente, fazê-lo com respeito pelos limites materiais e de intencionalidade das normas e princípios que compõem o sistema jurídico. A questão dos limites do poder jurisdicional não é exclusiva do Direito das sociedades, nem dos litígios que envolvam administradores. O juiz não é um “engenheiro social”, não devendo substituir-se à administração, impondo a prática de actos cujo teor é eminentemente jurisdicional. A racionalidade jurídica é prática, não tecnocrática. Cabe ao juiz o juízo decisório em função do sistema de normatividade vigente e do problema do caso concreto e não de uma intenção finalístico-consequencial ou de um princípio estratégico-eficiente. Cf. A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica, Problemas Fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, p. 61 ss.

(artigo 6.º) e quando sinaliza a actuação dos administradores mediante a imputação de deveres¹²⁰. As classificações a este respeito são numerosas¹²¹: daremos apenas conta de dois deveres específicos dos administradores, ambos de carácter indeterminado, que são o dever de diligência e o de lealdade.

4.2.2. *Dever de diligência*

O dever de diligência tem sido reconduzido, do ponto de vista do Direito positivo, à norma do artigo 64.º¹²².

Este preceito tem por antecessor directo o artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 49 381, o qual parece ter tido, por seu turno, inspiração no Direito alemão¹²³.

A maioria da doutrina considera que a violação desta norma não pode, por si só, ser tomada como origem da obrigação de indemnizar, sendo necessário coaduná-la com outra regra de conduta¹²⁴. É minoritária a corrente que nele

¹²⁰ No Direito português, a situação dos deveres dos administradores assemelha-se à retratada por LORENZO MOSSA: *i doveri degli amministratori sono, in relazione ai loro diritti, pochi ma buoni, ad essenzialmente in relazione alla posizione di diritto e di fatto della quale essi fruiscono* – LORENZO MOSSA, *Tratato del nuovo Diritto commerciale*, IV, Cedam, Padova, 1957, p. 402.

¹²¹ São diversas as classificações de deveres dos administradores. Cf. M. FRANZONI, *Le responsabilità civili*, cit., p. 8 ss., A. MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 373–374, E. GOMES RAMOS., *Responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 74–76.

¹²² BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anónimas*, Lisboa, 1991, p. 596 ss., E. GOMES RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 65 ss. Nos termos do artigo 64.º, os administradores devem actuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, tendo em consideração os interesses dos sócios e dos trabalhadores. O sentido deste artigo depende, pois, da concretização do interesse da sociedade e do interesse dos trabalhadores. Sobre o interesse social, já nos pronunciámos. Quanto ao interesse dos trabalhadores, a sua atenção pelo administrador parece-nos ser meramente indicativa. E. GOMES RAMOS preconiza a irrelevância do interesse dos trabalhadores do ponto de vista do interesse societário, assentando esta indiferença na base conflitual das relações entre entidade empregadora e trabalhadores do nosso sistema societário, E. GOMES RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 109. Em sentido diverso, COUTINHO DE ABREU defende a influência do interesse dos trabalhadores pode contribuir para atenuar ou excluir a culpa do administrador – J. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade*, cit., p. 233.

¹²³ E. GOMES RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 82. Note-se que o artigo 64.º não possui uma formulação disjuntiva, como o artigo 133.º da lei das sociedades anónimas espanhola, mas também não é idêntico ao artigo 2392.º italiano.

¹²⁴ J. ANTUNES VARELA (“Anotação ao Ac. Tribunal Arbitral 31.5.1993, caso da Sociedade Finan-

pondera também uma *fonte autónoma de determinação da conduta devida*, susceptível de ser violada¹²⁵.

O texto normativo-prescritivo da lei não é um *quid* pressuposto, objecto de conhecimento pelo jurista¹²⁶. A concretização dos deveres dos administradores no sistema jurídico não depende da enunciação expressa dos mesmos num preceito legal. Certos deveres resultarão dos estatutos da sociedade, outros da precipitação de uma intencionalidade normativa do ordenamento jurídico societário.

Não se vê porque é que, seja por via do artigo 64.º, seja por outra via, não se há-de acordar na existência e vigência cogente de um dever de diligência a cargo dos administradores das sociedades anónimas.

Os tribunais reconhecem o dever de diligência dos administradores, mas nem sempre determinam o seu conteúdo¹²⁷.

O dever de diligência ou de boa gestão dos administradores significa, na prática, que devem gerir racionalmente a sociedade, informar-se sobre a situação desta e controlar a forma como os administradores executivos ou os directores conduzem o dia-a-dia societário¹²⁸.

ceira Portuguesa”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 126.º ano, 1993-1994, p. 315) refere que este artigo 64.º é um *preceito bastante genérico e impreciso, mais retórico que realista, (...) capaz de interessar ao requisito da culpa, que não afasta o requisito da ilicitude requerida da conduta desses agentes*. MENEZES CORDEIRO entende que a violação desta norma não pode por si só ser tomada como fonte de obrigação de indemnizar; há que coaduná-la com outra regra de conduta (*Responsabilidade civil dos administradores, cit.*, p. 496). Recentemente, A. MENEZES CORDEIRO veio considerar que *o artigo 64.º, só por si, não pode ser violado: é uma norma incompleta. Ninguém é abstractamente não-diligente, poderá sê-lo na (não) execução de tarefas concretas* (*Manual de Direito das sociedades, cit.*, p. 694).

¹²⁵ Neste sentido, J. SOARES DA SILVA, *Responsabilidade civil dos administradores, cit.*, p. 615-616.

¹²⁶ Cf. a crítica e superação do modelo tradicional da interpretação jurídica (positivista) de A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica, cit.*, p. 115 ss.

¹²⁷ Cf., por exemplo, acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 23.5.2002 (Abel Freire) e de 19.11.1987 (Menéres Pimentel) e acórdão da Relação de Lisboa de 23.3.1995, disponíveis na respectiva base de dados, no sítio www.dgsi.pt.

¹²⁸ O que não importa necessariamente o acolhimento da *ragionevolezza* da conduta do administrador como critério de determinação do risco permitido ou da margem de discricionariedade do administrador. Na nossa construção, a distinção entre risco de empresa e risco de gestão negligente não possui eminentemente interesse prático. Sobre esta separação e sobre os critérios e limites da valoração do comportamento do administrador, E. GOMES RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores, cit.*, p. 91-92.

Trata-se, na nossa perspectiva, de um dever autónomo dos administradores, além de funcionar também, nos termos gerais, como um elemento que preside ao dever de administrar¹²⁹.

Enquanto medida do esforço, a diligência do gestor criterioso e ordenado não equivale estritamente à diligência do bom pai de família; a exigibilidade é qualificada, reclamando uma qualificação técnica¹³⁰. A ideia de esclarecimento implica que, mesmo que o administrador não possua *a priori* habilitações para o desempenho da função, tenha a obrigação de buscar os conhecimentos mínimos para que possa desempenhar devidamente o seu papel¹³¹.

A diligência do administrador deve admitir uma graduação conforme as especificidades do caso concreto, nomeadamente consoante o objecto social e a dimensão da sociedade¹³², o facto de o administrador ser remunerado ou não, o seu posicionamento na sociedade e as suas qualificações profissionais¹³³. O comportamento diligente é, muitas vezes, uma conduta arrojadada, desde que este risco seja suportável e resulte de um processo decisório esclarecido¹³⁴.

Ao contrário do dever de lealdade, a diligência não é imune à existência de delegação de poderes no seio do conselho de administração¹³⁵. É verdade que

¹²⁹ Contra, entendendo que apenas os concretos deveres dos administradores devem ser reconduzidos ao artigo 64.º, NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anónima*, cit., p. 92 ss.

¹³⁰ E. GOMES RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 84, P. CAETANO NUNES, *Responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 91.

¹³¹ Não constitui uma causa de exclusão da culpa o facto de o administrador não possuir habilitações ou perícia técnica para a prática do acto. No mesmo sentido, E. GOMES RAMOS, *Da responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 95-96. O administrador não é obrigado a ser um perito na matéria em que exerce as suas funções, mas deve diligentemente tudo fazer para que a administração por si exercida seja a de um gestor criterioso e ordenado, o que implica que o mesmo colmate a falta de perícia originária. As observações de G. BIANCHI são elucidativas: *per ricoprire la carica di sindaco, ad esempio, è necessario aver compiuto un corso di laurea, un período di tirocinio, un esame di Stato e, infine, ottenere l'ammissione in un apposito albo. Amministratore invece puo essere chiunque. Il fatto tuttavia non esime da eventuali responsabilità: ai fini di risarcimento del danno non assume rilievo l'incapacità ad amministrare* – G. BIANCHI, *Gli amministratori di società di capitali*, Cedam, Milano, 1998, p. 482.

¹³² U. HÜBNER, *Managerhaftung*, cit, p. 8 ss., ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità*, cit., p. 172-176.

¹³³ Assim, E. GOMES RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 88-89, M. FRANZONI, *Le responsabilità civile*, cit., p. 34-35 e, em especial, jurisprudência citada na nota 103 desta mesma página 35.

¹³⁴ U. HÜBNER, *Managerhaftung*, cit., p. 8 ss.

¹³⁵ Sobre a delegação de poderes no ordenamento jurídico português, A. SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação*, cit., p. 342 ss e PEDRO MAIA, *Função e funcionamento de administração da socie-*

a delegação de poderes não limita a competência do conselho de administração, apenas cria uma zona de competência concorrente com a deste órgão (artigo 407.º, n.º 5), e que existem restrições relevantes quanto ao objecto da delegação (por exemplo os projectos de fusão, cisão e transformação constituem matéria vedada à transferência de poderes). Contudo, há que questionar se o modelo de sociedade anónima monista com delegação não desenha um novo órgão, em que sobressai um duplo grau de poder e um duplo nível de deveres e de responsabilidades. Parece-nos inequívoco que os deveres dos administradores adquirem, com a delegação, expressões e intensidades diferentes, o que não pode deixar de adquirir consequências ao nível sancionatório¹³⁶. O administrador delegante estará especialmente incumbido do dever de vigilância e do dever de informação, como acentuou o legislador na recente reforma italiana¹³⁷.

dade anónima, Almedina, Coimbra, 2002, p. 247 ss., E. GOMES RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 57 ss. Em língua italiana, as obras são abundantes. Assim, pode ver-se, ANGELO PESCE, *Amministrazione e delega di potere amministrativo nella società per azioni (comitato esecutivo e amministratore delegato*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 63-124, G. FANELLI, *La delega di potere amministrativo nella società per azioni*, Giuffrè, Milano, 1952, e A. BORGIOILLI, “La delega di attribuzione amministrativa”, *Rivista delle società*, n.º 26, 1-2, 1981, p. 17 ss.

¹³⁶ No sentido de que o administrador delegado não merece um regime jurídico distinto, mas, quanto muito, uma diminuição de exigência quanto ao dever de diligência dos administradores delegantes, A. UREBA, “Pressupuestos de la responsabilidad social”, cit., p. 719 ss., M. BUEYO JALÓN, *Responsabilidad de los administradores*, cit., p. 37. V. CHULIÁ considera mesmo que, apesar da tendência de aproximação ao Direito norte-americano do *Código de Buen Gobierno de las Sociedades*, o Direito positivo exige o exercício da administração efectiva pelos administradores, rejeitando a ideia de descontinuidade do funcionamento da administração – V. CHULIÁ, *Introducción al Derecho mercantil*, cit., p. 386-387.

¹³⁷ Neste sentido O. CAGNASSO, “L’amministrazione collegiale e la delega”, *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. Colombo e G. Portale, vol. 4, UTET, Torino, 1991, p. 307 ss., A. ALONSO UREBA, “Pressupuestos de la responsabilidad social”, cit., p. 668-669, E. GOMES RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 89. A nuance emprestada pela delegação reside, primordialmente, na configuração e na intensidade dos deveres cometidos aos administradores: o administrador delegante encontra-se especialmente vinculado a deveres de vigilância e de intervenção; a conduta ilícita e culposa deste administrador prender-se-á sempre com a violação destes deveres. Cf. PEDRO MAIA, *Função e funcionamento*, p. 246 ss., A. BORGIOILLI, *La delega di attribuzioni*, cit., p. 72 e, do mesmo autor, *La responsabilità solidale*, cit., p. 1075-1076, G. FERRI, *Le società*, cit., p. 525-526, F. CAMILLETI, “Brevi note sull’obbligo di vigilanza degli amministratori delle società di capitali”, *Giurisprudenza commerciale*, 22.1, 1995, p. 156 ss. Distinguindo o dever de vigilância, consoante haja ou não delegação de poderes, A. BORGIOILLI, *La responsabilità solidale degli amministratori*, cit., p. 1087-1088 e, do mesmo autor, *La responsabilità solidale*, cit., p. 1075-1077. Contra, entendendo que o dever de vigilância é unitário, C. DI NANNI, *Il dovere di vigilanza*, cit., p. 397-398 e F. CAMILLETI, *Brevi noti sull’obbligo di vigilanza*, cit., p. 158 et passim.

O dever de diligência conhece uma natureza complexa, podendo ser decomposto em vários compromissos: deveres de informação, deveres de vigilância e deveres de intervenção¹³⁸.

O administrador deve actuar no sentido da obtenção de informação a dois níveis: o da tomada de decisões e o da actividade societária em geral, abrangendo, portanto, actividades que não lhe estão concretamente cometidas¹³⁹.

De igual modo, o dever de vigilância assume uma dupla feição: a de dever genérico de qualquer administrador em relação aos assuntos societários, emergente do imperativo de gestão criteriosa e ordenada, e o de dever dos administradores não executivos, no caso de delegação de poderes¹⁴⁰.

Note-se, uma vez mais, que a amplitude dos poderes de vigilância do administrador delegante é inferior à do órgão de fiscalização: trata-se tão só de garantir que a gestão efectiva não se afasta dos quadros do interesse da sociedade¹⁴¹.

¹³⁸ Acerca das diversas classificações possíveis dos deveres dos administradores, A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das sociedades*, cit., p. 729.

¹³⁹ A actual redacção do artigo 2381.º do *Codice* evidencia com clareza a dicotomia emergente quanto à informação no seio da administração, desenhando-se, ao lado do dever de informação, um direito à informação próprio do administrador e, portanto, com contornos diversos dos que tradicionalmente assistem ao administrador, enquanto representante da sociedade. O reconhecimento do direito à informação é inevitável num modelo de deslocação de poderes para os administradores delegados ou para a comissão executiva. No Direito norte-americano, o conselho de administração figura claramente como “credor” e “devedor” da informação. O administrador deve informar-se, antes de decidir, o que implica que o mesmo se possa informar. Entre nós, parece-nos que a abstenção do administrador, ditando para a acta do conselho ser motivo da sua abstenção a falta de informação, é razão suficiente para o eximir de responsabilidade. No sentido de um reconhecimento do direito à informação da sociedade, representada pelo administrador, A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das sociedades*, I, Almedina, Coimbra, 2004, p. 606-607. Aflorando a questão em relação aos gerentes das sociedades por quotas, C. PINHEIRO TORRES, *O direito à informação nas sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 175 ss., em especial p. 178-179. Sobre o problema da informação no seio do Conselho de Administração, E. SCHOLASTIQUE, *Le devoir de diligence*, cit, p. 215-218 e 256-260.

¹⁴⁰ Estabelece o artigo 407.º, n.º 5, a propósito da delegação, que os outros administradores (delegantes) são responsáveis, nos termos da lei, pela vigilância geral da actuação do administrador ou administradores delegados ou da comissão executiva e, bem assim, pelos prejuízos causados por actos ou omissões destes quando, tendo conhecimento de tais actos ou omissões ou do propósito de os praticar, não provoquem a intervenção do conselho para tomar as medidas adequadas.

¹⁴¹ G. FRÈ, *Società per azioni*, cit., p. 505, A. BORGIOI, *La responsabilità solidale degli amministratori*, cit., p. 1088.

De todo o modo, é de intensidade superior ao dever de vigilância que individualmente adstringe cada administrador, haja ou não delegação¹⁴².

O dever de intervenção deve ser exercido, tanto quanto possível, de forma colegial, pelo que, individualmente, significa apenas o dever de provocar a intervenção do conselho de administração.

4.2.3. Dever de lealdade

O dever de lealdade é formulado recorrendo a um método de tratamento casuístico. Em qualquer negócio ou acto da sociedade, o administrador deve ser leal; logo, como é natural, não podia o legislador pretender densificar com maior precisão a enorme diversidade de condutas que este dever pode *in casu* impor¹⁴³.

A lealdade dimana da relação de confiança entre os sócios e o administrador, enquanto *gestor* de um património alheio¹⁴⁴. É um elemento que vincula o administrador em qualquer circunstância, manifestando-se, em especial, num núcleo de obrigações, na maioria de cariz negativo, entre as quais avultam os deveres de não actuar em conflito de interesses com a sociedade, que emergem da proibição de concorrência (398.º), as proibições de celebrar negócios com a sociedade (397.º), a proibição de votar em deliberação do órgão de administração em que tenha um interesse em conflito com o da sociedade (397.º, n.º 2 e 410.º, n.º 6) e os deveres de comunicação da titularidade de acções ou obrigações constantes do artigo 447.º¹⁴⁵.

A lei não é, também aqui, absolutamente determinante. O administrador pode ser responsabilizado por ter preterido o interesse social em favorecimento da sua situação pessoal em outras circunstâncias que não as acabadas de elencar.

¹⁴² A delegação de poderes nunca abrangerá a totalidade das actividades societárias, conhecidas as restrições legais. Assim sendo, os administradores manterão sempre o seu dever de diligência em relação à generalidade das actividades de gestão não delegadas, redobrando este “controlo” no caso de delegação.

¹⁴³ Neste sentido, LLEBOT MAJO, *Los deberes de los administradores*, cit., p. 47.

¹⁴⁴ LLEBOT MAJO, *Los deberes de los administradores*, cit., p. 46.

¹⁴⁵ Certa doutrina nacional admite estribar o dever de lealdade na norma do artigo 64.º. Neste sentido, J. SOARES DA SILVA, *Responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 605 ss. Sobre o dever de lealdade dos administradores e a obrigação de não concorrência, vide PEDRO PORTELLANO DIEZ, *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, Civitas, Madrid, 1996.

Pensamos no caso em que o administrador utiliza ou se aproveita do seu cargo, dos bens que integram o património social ou da informação que possui acerca da sociedade para obter para si algum benefício, sem que estejamos nas circunstâncias do artigo 397.º ou se trate de *insider trading*. Algumas destas situações são trabalhadas na abordagem norte-americana da *corporate opportunities doctrine*¹⁴⁶. Tem-se entendido, neste sistema jurídico, que a violação do dever de lealdade não se consuma na produção de um dano no património social mas, apesar disso, o administrador deve restituir aquilo com que injustificadamente se locupletou¹⁴⁷.

Subsiste ainda um espaço próprio para situações que Ferrara trata como de abuso na gestão, isto é, casos em que o administrador não exerce os poderes de gestão no interesse comum dos sócios, mas para vantagem de algum ou de alguns deles¹⁴⁸. Está, pois, fundamentalmente em causa a preterição do princípio da paridade de tratamento dos sócios¹⁴⁹.

Muitas vezes, existe uma relação de complementaridade entre o dever de diligência e o dever de lealdade. Por exemplo, se um administrador viola a proibição de exercício de actividade concorrente (artigo 398.º), viola o dever de lealdade para com a sociedade.

O incumprimento do dever de lealdade tem sido trabalhado como uma hipótese genericamente mais gravosa, do ponto de vista ético, do que a falta de diligência do administrador¹⁵⁰.

¹⁴⁶ LLEBOT MAJO, *Los deberes de los administradores*, cit., p. 119-122, F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, cit., p. 382-383.

¹⁴⁷ Além da justificação própria do enriquecimento sem causa, intercedem, muitas vezes, preocupações de manutenção de credibilidade da sociedade, *v.g.*, quando esta é uma sociedade cotada em bolsa. Nestas hipóteses, o administrador deve restituir à sociedade o lucro que obteve pelo menos até ao limite do dano realmente sofrido pela sociedade. Caso típico será o do administrador que, sabendo do interesse da sociedade na compra de um determinado terreno, o adquire, revendendo-o mais tarde à sociedade pelo preço acordado. Mesmo que estejamos fora do domínio da especulação e mesmo que a sociedade ofereça o preço de mercado pela compra do bem, a verdade é que o administrador tomou partido de uma *corporate opportunity*. Sobre esta categoria de violação de deveres de lealdade, F. GHEZZI, *Il doveri fiduciari*, cit., p. 516-518.

¹⁴⁸ F. FERRARA, “La riforma delle società per azioni”, *Rivista delle società*, ano 7, 1962, n.ºs 2-3, p. 199. Cf., também, A. ALONSO UREBA, “Pressupuestos de la responsabilidad social”, cit., p. 659.

¹⁴⁹ Sobre o princípio da igualdade de tratamento pode ver-se, entre outros, J. COUTINHO DE ABREU, *Abuso de direito*, Almedina, Coimbra 1999, p. 153-155.

¹⁵⁰ Um exercício que não nos é permitido nesta sede é a aproximação entre a conduta ilícita do

4.3. *Densificação do âmbito normativo do artigo 79.º: a norma como critério de ressarcimento dos accionistas prejudicado por actuações graves dos administradores praticadas no exercício ou por causa das suas funções orgânicas*

A lesão na esfera jurídica do accionista pode resultar da violação de direitos sociais¹⁵¹ ou da extinção ou diminuição do valor de mercado das acções¹⁵². De outro modo, o direito ou interesse legalmente protegido do accionista pode ser de conteúdo primariamente pecuniário (perda do valor das acções) ou de conteúdo mediatamente pecuniário (participação em Assembleia Geral, direito a informação). A delicadeza da matéria adensa-se na segunda categoria de casos.

No tratamento da responsabilidade dos administradores perante os sócios, a doutrina não tem ensaiado uma distinção que nos parece fundamental e que destrinça dois tipos de condutas danosas: aquelas que são produzidas pelo incumprimento de um dever característico do administrador em si mesmo considerado e aquelas que radicam no incumprimento de uma obrigação da sociedade perante o sócio.

Como adverte Carneiro da Frada, *a responsabilidade pessoal dos titulares de órgãos perante terceiros – e o mesmo valerá dizer para os sócios – depende em princípio da viabilidade de afirmar um fundamento de imputação pessoal do prejuízo a tais sujeitos, ultrapassando o âmbito dos deveres próprios da pessoa colectiva, pelos quais esta apenas responde*¹⁵³.

administrador que ocasiona a sua responsabilização e a justa causa de destituição. A justa causa tem sido entendida como a violação grave de deveres do administrador. Ora, parece-nos que a violação do dever de lealdade conformará o núcleo típico de hipóteses de destituição com justa causa. Sobre a justa causa de destituição, *vide*, por todos, A. MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores*, *cit.*, p. 379 ss.

¹⁵¹ Sobre estes direitos *vide*, por todos, A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das sociedades*, I, Almedina, Coimbra, 2004, p. 509 ss. e SOVERAL MARTINS/M. E. GOMES RAMOS, “As participações sociais”, *Estudos de Direito das Sociedades*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, p. 100 ss. Sobre o direito ao lucro em especial, F. CASSIANO DOS SANTOS, *A posição do accionista face aos lucros de balanço. O direito do accionista ao dividendo no Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, em especial p. 89 ss e, do mesmo autor, “Direito aos lucros no Código das Sociedades Comerciais”, *Problemas de Direito das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 185 ss. Sobre o direito à informação, pode ver-se C. PINHEIRO TORRES, *O direito à informação*, *cit.*, em especial p. 121-248 e JOÃO LABAREDA, “Direito à informação”, *Problemas de Direito das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 119 ss.

¹⁵² Entendendo que esta distinção apenas faz sentido *de iure condendo*, RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, *Responsabilidade civil dos administradores*, BMJ n.º 194, *cit.*, p. 83 e 99.

¹⁵³ M. CARNEIRO DA FRADA, *Têoria da confiança*, *cit.*, nota 120, p. 172.

Na nossa opinião, as situações acima descritas não são só estruturalmente distintas, porque assentam em normas dirigidas a diferentes destinatários, como são, outrossim, ético-normativamente diversas. Vejamos se o seu tratamento ao nível da responsabilidade dos administradores deve, também, ser diferenciado.

Antes disso, uma brevíssima advertência, a qual não se dispensa por se observar amiúde um entendimento pouco claro a este respeito. Os actos do administrador são praticados no exercício ou por causa das suas funções. Segundo Schmidt, a responsabilidade dos administradores é concebida como uma responsabilidade no exercício das suas funções; assim, mesmo na eventualidade de nulidade da *Anstellung*, o administrador não estará resguardado de eventuais responsabilidades¹⁵⁴. Esta orientação é verdadeira, mas insuficiente. A restrição a hipóteses de exercício de funções pode, por vezes, figurar como uma limitação indevida, incapaz de perceber, por exemplo, o abuso de informação privilegiada. Nestas, dir-se-á, pois, que o acto foi praticado em ligação directa com o exercício das funções.

Regressemos, então, às duas hipóteses atrás destrinchadas.

No primeiro caso enunciado (incumprimento de um dever característico do administrador em si mesmo considerado), o administrador provoca um dano na esfera jurídica do sócio em virtude de uma violação de deveres próprios da personalidade singular, como é o dever de lealdade. Trata-se de comportamentos praticados em violação de deveres específicos que, apesar de serem encargos do administrador para com a sociedade, irradiam uma eficácia normativa conformadora de posições jurídicas, a qual alberga, dentro de certos limites, a própria posição jurídica dos sócios.

A violação dos deveres de lealdade compõe o núcleo duro da responsabilidade dos membros da administração perante os accionistas, de tal forma que certa doutrina, como a de Maggiore, depura a abordagem deste tema de qualquer outra interferência danosa que não a decorrente de uma infidelidade do administrador¹⁵⁵.

Esta posição favorece a compreensão dos casos de violação dos deveres de lealdade como o âmago da responsabilidade dos administradores perante os sócios. Mas é duvidoso que as coisas possam ficar balizadas desta forma¹⁵⁶.

¹⁵⁴ K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, cit., p. 684.

¹⁵⁵ G. MAGGIORE, *La responsabilità individual degli amministratori*, cit., p. 152 ss. Na tese do autor, as demais situações de abuso da posição de administradores em sentido amplo, *v.g.*, casos de abuso de poder e de excesso de poder, estarão fora dos limites da acção individual do sócio.

¹⁵⁶ A ideia de um duplo nível de gravidade no seio da responsabilidade civil dos admistradores

Passemos agora à segunda categoria de factos acima mencionada, isto é, sempre que se verifica o não cumprimento de obrigações da sociedade, ainda que imputável ao administrador. Como assinalam Oliveira Ascensão e Carneiro da Frada, os actos praticados pelos administradores são actos da pessoa colectiva e pelos quais esta se responsabiliza¹⁵⁷.

Mas, se assim é, como é que devemos interpretar e, sobretudo, delimitar o conteúdo material da norma do artigo 79.º?

A doutrina italiana tem dedicado atenção ao sentido do artigo 2395.º do *Codice* que, como vimos, é próximo do nosso artigo 79.º. Certa orientação tem preconizado que, nos casos desta norma, teríamos uma responsabilidade pessoal do administrador, além da responsabilidade da pessoa colectiva. Picardi destaca que o dito artigo contribuiu para a recuperação do modelo de imputação orgânica, cabendo-lhe, conjuntamente, o mérito do redimensionamento do tradicional postulado *dell'eclissi della soggettività del titolare d'organo*¹⁵⁸. Cuida, ainda, Galgano que a introdução de uma norma específica sobre responsabilidade dos administradores perante os sócios apenas visa superar a imunidade que se deveria reconhecer aos órgãos da pessoa colectiva, quando praticam actos no exercício das suas funções¹⁵⁹.

encontra acolhimento no Direito norte-americano. Neste, a *business judgement rule* não se aplica nos casos de violação do dever de lealdade; estas hipóteses, particularmente gravosas, não comportam o benefício do *safe harbour* que a *rule* representa para os administradores. Veja-se o tratamento dado aos casos de conflitos de interesses (*self interested transactions*). Cf. V. PETRONE, *La responsabilità degli amministratori*, cit., p. 405 ss.

¹⁵⁷ Segundo os autores, *a relação entre a pessoa colectiva e os seus órgãos não é uma relação de representação, mas sim orgânica, o que significa que o acto do órgão se imputa imediatamente à pessoa colectiva* (J. OLIVEIRA ASCENSÃO/M. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato celebrado por agente de pessoa colectiva. Representação, responsabilidade e enriquecimento sem causa*, separata da Revista de Direito e Economia, 16 a 19, 1990-1993, nota 46, p. 64). As considerações que expendemos abstraem da concreta conduta do administrador, reportando-se à regra da generalidade das situações. Contudo, não menosprezamos a complexidade de certas hipóteses, em que o administrador pratica isoladamente um acto sem conhecimento dos demais membros do conselho, incidindo sobre matérias abrangidas pela competência exclusiva deste órgão em funcionamento colegial. Há quem entenda que, em casos próximos destes, sem prejuízo da organicidade, a sociedade não deverá responder – cf. PINARDI, “La responsabilità per danni da informazione nel mercato finanziario”, *La nuova giurisprudenza civile commentata*, ano XVIII, 2002, n.º 4, p. 362. A observação destas circunstâncias interessa não só à culpa dos administradores e à sua individualização, como também à imputação do acto à pessoa colectiva.

¹⁵⁸ L. PICARDI, *Responsabilità degli amministratori*, cit., p. 443.

¹⁵⁹ F. GALGANO, *Diritto Commerciale*, cit., p. 292.

Também Pinardi salienta que o facto ilícito é um acto da sociedade mas, em determinadas circunstâncias, pode implicar a responsabilidade do administrador¹⁶⁰. Cottino também aceita esta possibilidade¹⁶¹.

Minervini desenvolve uma argumentação duvidosa em torno do artigo 2395.º do *Codice*. O raciocínio do autor é o seguinte. Segundo a doutrina que analisa a sociedade como órgão, esta responde directamente pelos actos ilícitos praticados pelo administrador no exercício das suas funções. Contudo, nos termos do artigo 2395.º, o administrador seria responsável perante os sócios. A aparente disfunção ditaria, de acordo com o autor, um afastamento da tese orgânica¹⁶². Esta orientação é claramente minoritária, opondo-se-lhe frontalmente – quanto a nós com razão – Picardi¹⁶³ e Ferri¹⁶⁴.

Parece-nos que a lógica e a estrutura da pessoa colectiva postulam uma responsabilidade da sociedade perante o accionista pelas actuações dos administradores que impliquem uma preterição de deveres da sociedade. Assim, há que apartar as construções que estiolam a personalidade colectiva no plano ressarcitório, imunizando-a de responsabilidade por actos que lhe são impu-táveis.

Todavia, esta construção não poderá evitar as agruras próprias da responsabilização de pessoas colectivas. Como reconhecem Raúl Ventura e Brito Correia, *o problema da responsabilidade das pessoas colectivas por actos ilícitos dos seus órgãos é dos mais importantes e também dos mais difíceis da teoria das pessoas colectivas*¹⁶⁵.

A questão da responsabilidade das pessoas colectivas tem sido analisada sobretudo em hipóteses de responsabilidade delitual e, quando fora dos limites estritos desta, dirigida a situações de responsabilidade perante os credores sociais

¹⁶⁰ M. PINARDI, *La responsabilità per danni da informazione*, cit., p. 359.

¹⁶¹ G. COTTINO, “Società per azioni”, *Novissimo Digesto Italiano*, diretto da Antonio Azara e Ernesto Eula, XVII, Editrice Torinese, Torino, 1965, p. 636.

¹⁶² G. MINERVINI, *Note in tema di responsabilità degli amministratori*, p. 221 ss. Esta posição de MINERVINI é minoritária na doutrina italiana. Debruçando-se sobre o mesmo problema, GALGANO, bem como a maioria da doutrina italiana, reconhece o carácter orgânico da administração, natureza que não é contrariada pelo sentido do artigo 2395.º do *Codice* – F. GALGANO, “Diritto Commerciale. Le società”, Zanichelli, Bologna, 2000/2001, p. 292.

¹⁶³ L. PICARDI, *Responsabilità degli amministratori*, cit., p. 443.

¹⁶⁴ G. FERRI, *Le società*, cit., p. 534. Segundo este autor, as situações em apreço representam ilícitos praticados por causa do exercício das funções. Em virtude do vício de que padecem, não se pode considerar que se integram no âmbito funcional de competências do órgão (*idem*, p. 536).

¹⁶⁵ RAÚL VENTURA/L. BRITO CORREIA, *Responsabilidade civil*, cit., n.º 195, p. 9.

ou perante terceiros¹⁶⁶. Interessa-nos, pelo contrário, a responsabilidade obrigacional da sociedade perante os accionistas.

No caso proposto, a questão é particularmente complexa, dado que a sociedade não é só o somatório dos interesses individuais dos sócios. No limite, se a sociedade tivesse que indemnizar todos os sócios pelo dano sofrido, estes como que se dariam com uma mão aquilo que a si mesmos entregariam com a outra.

A imputação directa de responsabilidade a uma pessoa colectiva deve ser aceite sem dramatismos, cabendo, a este respeito, três precisões. Primeiro, os artigos 165.º do Código Civil e 6.º, n.º 5 do Código das Sociedades Comerciais, não integram a representação orgânica¹⁶⁷. Segundo, há que aceitar a autonomia da responsabilidade da sociedade em relação aos sócios, *maxime* face a hipóteses de responsabilidade perante terceiros ou credores sociais. Terceiro, sem prejuízo da autonomia, nada impede que, sendo o discurso jurídico analógico, se encontrem espaços de semelhança entre realidades nuclearmente diferentes o que servirá, naturalmente, ao discurso interpretativo e à aplicação do artigo 800.º ao caso concreto¹⁶⁸.

¹⁶⁶ Sobre os termos da discussão em torno questão da responsabilidade objectiva das pessoas colectivas, cf., por todos, M. CARNEIRO DA FRADA, *Têoria da Confiança*, nota 260, p. 278.

¹⁶⁷ A aplicação destes preceitos depende da consideração de estas normas abrangerem a situação dos órgãos da pessoa colectiva, como preconiza BRITO CORREIA (*Os administradores das sociedades anónimas*, cit., p. 550). Negando esta extensão ao artigo 165.º do Código Civil, e entendendo que o mesmo apenas se refere à representação voluntária, J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Têoria Geral*, I, cit., p. 276 e CARNEIRO DA FRADA/OLIVEIRA ASCENSÃO, *Contrato celebrado por agente*, cit., nota 56, p. 64. Quanto a nós, a responsabilidade do representante da pessoa colectiva não nos parece assimilável pela lógica do artigo 165.º do Código Civil. Somos tentados a responder afirmativamente à questão de OLIVEIRA ASCENSÃO: *há diferença entre o ilícito ser considerado da própria pessoa colectiva (teoria orgânica) ou esta responder objectivamente pelo ilícito nos termos do artigo 500.º (teoria da representação)?* (J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Têoria Geral*, I, cit., nota 291, p. 275). Na verdade, nos terrenos em que nos movemos, só uma abordagem orgânica permite visualizar com clareza o triângulo relacional: sócios, sociedade, administrador.

¹⁶⁸ Que tanto o artigo 500.º como o artigo 800.º se podem harmonizar com o sentido da remissão operada pelo artigo 165.º do Código Civil já o demonstraram OLIVEIRA ASCENSÃO e CARNEIRO DA FRADA, *Contrato celebrado por agente*, cit., p. 65–67 e 71–72. Parece-nos ser possível ir mais longe. A similitude de situações jurídicas pode fundamentar a aplicação da base normativa do artigo 500.º ou do artigo 800.º à hipótese de danos causados pelo membro do órgão da pessoa colectiva. Outra via será a da aproximação ao artigo 165.º e, deste, a qualquer um dos referidos casos – assim, OLIVEIRA ASCENSÃO/CARNEIRO DA FRADA, *Contrato celebrado por agente*, cit., p. 64–65. Sobre a responsabilidade objectiva por facto de outrem, M. CARNEIRO DA FRADA, *A responsabilidade objectiva por facto de outrem*, cit., p. 297 ss.

Acresce que, na maioria das situações, a violação de um dever da sociedade perante o sócio é acompanhada da preterição de um dever específico do administrador perante a sociedade. Os factos são distintos, mas de verificação simultânea. Pense-se numa situação em que o accionista realiza certo investimento desastroso, induzido por erros constantes nos documentos de prestação de contas: não se vê como é que deste facto possa não nascer um ilícito do administrador.

Posto isto, julga-se não ser descabido ensaiar um tratamento unitário da responsabilidade dos administradores perante os sócios. Retomando assim o fio da meada, perguntar-se-á, aqui chegados: quando é que o administrador responde perante o sócio?

A resposta procede de duas considerações.

Em primeiro lugar, o administrador responde porque provoca um dano com a adopção de uma conduta ilícita. A reprovação ética que a ordem jurídica concita emerge da preterição de deveres específicos para com a sociedade.

Em segundo lugar, em princípio, a negligência não basta para poder responsabilizar o administrador por actos praticados no exercício das suas competências e que lesem a esfera jurídica dos sócios: a conduta deve ser dolosa¹⁶⁹. Esta solução não causa estranheza tendo sido acolhida, conforme referido, na legislação espanhola pretérita.

A doutrina portuguesa é dominante no sentido da responsabilização do administrador na eventualidade de negligência grave¹⁷⁰.

¹⁶⁹ A negligência corresponde ao grau menor de censurabilidade, já que não há a intenção do dolo, mas o agente praticou um comportamento omitindo o dever de diligência a que estava adstrito. Na negligência consciente, *o agente previu como provável o resultado ilícito, mas actuou para alcançar um resultado lícito na esperança do primeiro não se produzir*; na negligência inconsciente, *o agente não teve consciência que do acto poderia decorrer o resultado ilícito, embora objectivamente este fosse provável e portanto previsível* (F. PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1999 (reimpressão), p. 322). Já no dolo, distingue-se o dolo directo do dolo necessário e, ainda, do dolo eventual. No primeiro, *o agente actua para atingir um fim ilícito*, no segundo, *pretende atingir o fim lícito mas sabe que a sua acção determinará inevitavelmente o fim ilícito* e, finalmente, no terceiro, *o agente actuou em vista de um fim lícito, mas com a consciência que pode eventualmente advir do seu acto um resultado ilícito* (*idem*, p. 322). Sobre a negligência e sua distinção do dolo *vide*, ainda, L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, p. 317 ss.

¹⁷⁰ E. GOMES RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores*, *cit.*, p. 210 ss., A. MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores*, *cit.*, p. 524 ss., RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, *Responsabilidade civil dos administradores*, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 194, p. 108. Cf. W. SCHILLING, *Aktiengesetz*, *cit.*, p. 726. O *Supreme Court of Delaware* tem defendido, desde a década de oitenta, que a responsabilidade dos administradores depende da existência de *gross negligence* e não de mera negligência leve. TABELLINI, *L'azione individuale del socio*, *cit.*, p. 826. Em qualquer caso, no Direito norte-americano, a responsabilidade dos administradores, *maxime* perante os

Parece-nos, porém, que o discurso jurídico tem forçado a aproximação do Direito societário ao Direito civil, diluindo a necessidade de, naquele domínio, se prescrever soluções adequadas à consideração da pessoa colectiva, enquanto ente autónomo, e dos administradores como titulares do órgão.

Ora, quanto a nós, a ilicitude e a culpa assacáveis à conduta do administrador devem ser particularmente intensas, o que apenas sucederá no caso de comportamentos dolosos ou, em hipóteses especiais, praticados com negligência grave.

A restrição do grau de exigência ética da conduta do administrador é reclamada por motivos socialmente relevantes: a possibilidade de assunção de riscos. Mas não só: possui, do mesmo modo, a virtualidade de auxiliar a demarcação das condutas imputáveis ao administrador daquelas que se repercutem na esfera da sociedade, apesar de ambas serem materialmente praticadas pelo membro do órgão.

Esta delimitação coube, na doutrina tradicional, a Oliveira Ascensão, ao escrever que *se o representante usar dolo, a acção não deixa de ser ilícita pelo facto de ter sido praticada no interesse da pessoa colectiva*. O autor admite que *nestes termos restritos, uma responsabilidade do suporte do órgão é possível. Seriam particular ou mesmo exclusivamente condutas dolosas as que poderiam estar em causa*¹⁷¹.

Recapitulando: em regra, o administrador só responde quando viola, com dolo, ou, em circunstâncias especiais, com negligência grave, deveres específicos para com a sociedade. Nestas hipóteses é o administrador – e não a pessoa colectiva – quem poderá ser responsabilizado. No segundo grupo de casos acima recortados – em que o administrador age no cumprimento de um dever da sociedade para com o sócio –, se o acto for praticado com dolo o Direito “desconsidera” a pessoa colectiva, para imputar a responsabilidade ao prevaricador. Ressalta aqui a distinção de Gomes da Silva entre dever de prestar e dever de indemnizar.

Retomando o sentido da norma do artigo 79.º, dir-se-á que *directamente* significará mediante um acto próprio não imputável à sociedade¹⁷². Está em

sócios, é tratada de forma específica no que respeita às operações de tomada de controlo da sociedade, onde os deveres dos administradores se projectam com especial intensidade – P. CAETANO NUNES, *Responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 26 ss.

¹⁷¹ J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria Geral*, vol. I, cit., p. 278.

¹⁷² Em sentido próximo, G. BIANCHI, *Gli amministratori di società di capitali*, cit., p. 598. G. MAGGIORE (*La responsabilità individual degli amministratori*, cit., p. 88) considera que, em princípio, a responsabilidade do administrador perante os sócios pressupõe uma violação de deveres desse mesmo administrador perante a sociedade.

causa uma responsabilidade directa e pessoal do administrador¹⁷³. O que significa dizer que há dano *directamente* causado quando o sócio for destinatário da protecção normativa da disposição que é violada pelo administrador e este praticar um acto que não é imputável à sociedade (*maxime* violação do dever de lealdade) ou que, sendo-o, responsabiliza (também) o administrador.

No contexto assinalado, a norma do artigo 79.º é, assim, uma norma especial em relação ao regime jurídico da responsabilidade jurídica. Não se trata de uma norma excepcional, correspondente ao *ius singulare*, em interrupção da consequencialidade dos princípios gerais, mas de uma adaptação desta mesma consequencialidade às especificidades (normativas) do caso concreto¹⁷⁴.

Para finalizar, e se se admitiu a responsabilização da pessoa colectiva, não se deve olvidar a situação oposta: o comportamento pode lesar a sociedade. Efectivamente, em certas situações, a conduta do administrador apresenta um carácter plurilesivo: pense-se, uma vez mais, na violação de regras de prestação de contas¹⁷⁵. A omissão de rubricas passivas, por exemplo, surtirá um efeito potencialmente prejudicial para a sociedade, para os sócios e para os credores sociais¹⁷⁶.

¹⁷³ Em sentido próximo, G. BIANCHI, *Gli amministratori di società di capitali*, cit., p. 599.

¹⁷⁴ A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica*, cit., p. 273.

¹⁷⁵ O conselho de administração delibera sobre os relatórios e contas anuais [artigos 406.º, alínea d), e 407.º, n.º 4]. O conselho deve ainda, até 30 dias antes da data da Assembleia convocada para apreciar os documentos de prestação de contas, apresentar ao conselho fiscal o relatório de gestão e as contas do exercício (artigo 451.º, n.º 1). Finalmente, o conselho submete as contas à assembleia dos sócios (artigo 376.º, n.ºs 2 e 3). Sobre o regime jurídico da prestação de contas, A. MENEZES CORDEIRO, “Escrituração comercial, prestação de contas e disponibilidade do ágio nas sociedades anónimas”, *Estudos em homenagem a Inocêncio Galvão Telles*, vol. IV, Coimbra, 2003, em especial p. 591-598 e M. RAMALHO CROCA, “As contas do exercício. Perspectiva civilística”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 57, 1997, p. 629 ss., PAULO DE TARSO DOMINGUES, “Capital e patrimónios sociais, lucros e reservas”, *Estudos de Direito das Sociedades*, 6.ª edição, Almedina, Coimbra, 2003, p. 127 ss. O problema do balanço falso é um tema tradicionalmente trabalhado pela doutrina italiana (cf. B. LIBONATI, “Amministratori e bilancio: i principio della verità dei bilanci”, *Rivista delle società*, 1969, p. 539 ss), tendo sido recentemente retomado na sequência dos escândalos que abalaram os mercados financeiros internacionais (cf., por todos, G. MARCORA, *L'azione civile di responsabilità*, cit., p. 56 ss).

¹⁷⁶ M. FRANZONI, *Le responsabilità civile*, cit., p. 26, F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, cit., p. 453, G. MARCORA, *L'azione civile di responsabilità*, cit., p. 56 ss G. FERRI, *Le società*, cit., p. 534. Contra, entre outros, D'AMELIO (*apud* MARCORA, *L'azione civile di responsabilità*, cit., p. 61 ss.). Sobre a pluralidade de interesses tutelados pelas regras de elaboração das contas, M. RAMALHO CROCA, *As contas do exercício*, cit., p. 641-656. Aludimos, assim, a condutas do administrador que produzam danos em esferas jurídicas diferentes, tratadas de forma diferente pelo Direito (sociedade, sócios, credores sociais).

Há que determinar se o administrador poderá responder perante mais do que uma pessoa, *v.g.*, perante o sócio e perante a sociedade.

A maioria da doutrina que exclui a possibilidade de coexistência de pretensões indemnizatórias tem feito assentar a sua construção no critério da incidência do dano ou na necessidade de prevenir o duplo ressarcimento indevido dos sócios¹⁷⁷. No caso de o dano ser indirecto, existiria uma pretensa dupla responsabilidade, a ser resolvida a favor da sociedade¹⁷⁸.

Bonelli, Bianchi e Díaz Echegaray admitem expressamente a possibilidade de concurso de pretensões indemnizatórias da sociedade e do accionista quando o administrador provoque um dano na esfera jurídica de ambos¹⁷⁹. Maggioro¹⁸⁰ e Cottino¹⁸¹ parecem não excluir esta possibilidade. Não vemos razão para não o admitir, desde que acautelado o perigo do duplo ressarcimento. Claro está que, também aqui, a responsabilidade do administrador perante a sociedade tenderá a ficar limitada em função de condutas danosas praticadas no exercício das suas funções ou por causa delas, com dolo ou, excepcionalmente, com negligência grave.

4.4. *As falsas aporias: a remissão operada pelo n.º 2 do artigo 79.º e pela norma do artigo 114.º*

A orientação que acolhemos reclama uma especial atenção às normas constantes dos artigos 72.º, n.º 4, 74.º, n.º 1, e 114.º.

O artigo 79.º, n.º 2, remete para a disciplina constante dos n.ºs 2 a 5 do artigo 72.º, do artigo 73.º e do n.º 1 do artigo 74.º.

O artigo 73.º estabelece o princípio da solidariedade entre os administradores responsáveis, embora com regresso na medida das respectivas culpas que, em princípio, se presumem iguais¹⁸². A solidariedade passiva é, aliás, imposta

¹⁷⁷ G. MARCORÀ, *L'azione civile di responsabilità*, cit., p. 65-66 e 77-82.

¹⁷⁸ RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, *Responsabilidade civil dos administradores*, cit., n.º 194, p. 103-104.

¹⁷⁹ F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, cit., p. 454, GIORGIO BIANCHI, *Gli amministratori di società di capitali*, Cedam, Milano, 1998, p. 599, DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad civil de los administradores*, cit., p. 478.

¹⁸⁰ MAGGIORE, *La responsabilità individuale degli amministratori*, cit., p. 265 ss.

¹⁸¹ G. COTTINO, *Società per azioni*, cit., nota 7, p. 635.

¹⁸² Sobre a solidariedade passiva, pode ver-se, por exemplo, L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, cit., p. 168 ss.).

pelo artigo 100.º do Código Comercial. Assim, por força do regime legal da solidariedade (artigo 512.º e ss do Código Civil), os sócios podem demandar qualquer um dos administradores pela totalidade da indemnização. Ora, a solidariedade obrigacional estriba-se, além de outras motivações, num pressuposto de colegialidade do funcionamento do órgão¹⁸³. Mas, se assim é, então a delegação de competências devia implicar uma quebra da solidariedade obrigacional. Parece-nos possível interpretar o artigo 73.º operando uma especificação teleológica, de modo a excluir as hipóteses de delegação de poderes. Esta regra, tradicionalmente incontestada, suscita uma enorme desconfiança num modelo de administração monista com delegação de poderes¹⁸⁴. Na verdade, a inten-

¹⁸³ Assim, V. ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità*, p. 204, A. ALONSO UREBA, “Presupuestos de la responsabilidad social”, *cit.*, p. 694-697, A. BORGIOILLI, “La responsabilità solidale degli amministratori di società per azioni”, *Rivista delle società*, ano 23, 1978, n.º 5, p. 1066-1069 e 1092. Sobre os fundamentos do funcionamento colegial do conselho de administração, PEDRO MAIA, *Função e funcionamento*, *cit.*, p. 181 ss., em especial 211-215, O. CAGNASSO, *L’amministrazione collegiale e la delega*, *cit.*, p. 245 ss., F. CHIOMENTI, “Il principio della colegialità dell’amministrazione pluripersonale nella società per azioni”, *Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, n.º 80, (9-12), 1982, p. 319 ss..

¹⁸⁴ Sobre a especificação teleológica *vide*, por todos, A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica*, *cit.*, p. 186-187. Sobre a influência da delegação na solidariedade, pode ver-se DÍAZ ECHEGARAY, *La responsabilidad civil de los administradores*, *cit.*, p. 352-377, G. MAGGIORE, *La responsabilità individuale*, *cit.*, p. 165 ss., E. GOMES RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores*, *cit.*, p. 114-115, A. BORGIOILLI, *La responsabilità solidale*, *cit.*, p. 1075-1079. É certo – e já o referimos – que a delegação de poderes não exclui a competência do conselho de administração (artigo 407.º n.ºs 2 e 5), nem contende com a natureza monista da administração. Mas, há que relativizar a tentação homogeneizadora. Em primeiro lugar, a delegação cria um novo órgão na estrutura da sociedade (assim, *vide* por todos G. FANELLI, *La delega di potere*, p. 21 ss.). Depois, os deveres cometidos ao delegante e ao delegado não são exactamente os mesmos, como já se observou. Finalmente, quebrando-se a regra da colegialidade, dificilmente o administrador não se poderá exonerar nos termos previstos no n.º 2 do artigo 72.º.

Na Alemanha, onde o funcionamento da administração segue trilhos distantes dos que vimos considerando, a distribuição de tarefas ou pelouros no seio do *Vorstand* tem sido entendida como um princípio de quebra da solidariedade obrigacional – assim, ULRICH HÜBNER, *Managerhaftung*, *cit.*, p. 10.

Em Itália, a jurisprudência tem considerado que a natureza solidária do dever de indemnizar dos administradores não fica prejudicada pela existência de delegação de poderes – C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori*, *cit.*, I, p. 63 e 78-79. Segundo MAGGIORE, a solidariedade prevalece mesmo em caso de delegação e mesmo nas acções individuais de responsabilidade do sócio contra o administrador – G. MAGGIORE, *La responsabilità individuale degli amministratori*, *cit.*, p. 204 ss. PESCE e, genericamente, a doutrina tradicional adoptam uma solução semelhante – cf. A. PESCE, *Amministrazione e delega di potere*, *cit.*, p. 86 ss *et passim*. BORGIOILLI alude a uma ate-

cionalidade material da norma é a de prover uma solução para casos em que se pressupõe uma actuação colegial do administrador, o que não se verifica quando existem delegados ou quando funciona uma comissão executiva¹⁸⁵.

Outra dúvida – esta mais específica do nosso tema – corresponde à aplicabilidade do n.º 4 do artigo 72.º à responsabilidade dos administradores perante os accionistas.

Nogueira Serens discorda da exclusão da obrigação de indemnizar em relação aos sócios e a terceiros, se o acto ou omissão do administrador assentarem numa deliberação dos sócios¹⁸⁶. A aplicação indiscriminada da norma contemplada no n.º 4 do artigo 72.º implicaria, muitas vezes, um prejuízo não indemnizável para os sócios minoritários. Parece-nos, contudo, que o problema deverá encontrar solução adequada em sede de deliberações sociais abusivas, não sendo

nuação da responsabilidade do delegante – A. BORGIOLO, *La responsabilità solidale*, cit., p. 1076 *et passim*. A reforma de 2003 veio alterar o artigo 2381.º, referente à delegação e o artigo 2392.º, relativo à acção de responsabilidade do administrador perante a sociedade. No primeiro caso, salienta-se a introdução do dever de informação do administrador delegante; no segundo, a referência à solidariedade da obrigação de indemnizar contém uma ressalva, correspondente à remissão para o regime do artigo 2381.º. Segundo F. BONELLI, os deveres do administrador delegado são diferentes dos do delegante e, por isso, o tratamento da responsabilidade de um e de outro há-de também ser diferente – F. BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a.*, Giuffrè, Milano, 2004, p. 52-54. Mas essa diversidade não contende com a manutenção da solução de solidariedade obrigacional (*idem*, p. 190).

A doutrina italiana tem, também, discutido se a responsabilidade do delegante é uma responsabilidade própria ou por facto alheio. A doutrina dominante inclina-se no primeiro sentido – C. CONFORTI, *La responsabilità civile degli amministratori*, cit., p. 74-76, ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità*, p. 197 ss., F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, cit., p. 391 ss. Notam-se as vozes discordantes de A. BORGIOLO, *La responsabilità solidale*, cit., p. 1056 ss e G. FERRI, *Le società*, cit., p. 526.

¹⁸⁵ Acresce que o argumento de a solidariedade conformar uma presunção de culpa que aproveita a terceiros – que não sabem exactamente qual o agente infractor –, além de pouco convincente, parece deparar-se com algumas dificuldades de construção no caso de o terceiro lesado ser, por exemplo, um sócio maioritário. Segundo URÍA e GARRIGUES, a responsabilidade é repartida colectivamente porque o acto foi praticado em modo colegial, de tal forma que é impossível individualizar a culpa (J. GARRIGUES/R. URÍA, *Comentario a la ley*, cit., p. 138). A solidariedade, enquanto forma de presunção de culpa, desaparece quando a culpa possa ser individualizada em um dos membros do conselho de administração. Consideram ser este o caso quando existe um administrador delegado ou uma comissão executiva (*idem*, p. 138-139). Contra, entendendo que a solidariedade não significa impossibilidade de individualizar a culpa, E. GOMES RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 254.

¹⁸⁶ NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anónima*, cit., p. 100.

legítimo desproteger o administrador, *a priori* e de forma generalizada, retirando-lhe a imunidade conferida pela determinação da assembleia.

O n.º 1 do artigo 74.º estabelece que *é nula a cláusula (...) que exclua ou limite a responsabilidade dos administradores*. Poder-se-ia argumentar que, na nossa construção, estaríamos perante uma restrição do âmbito da responsabilidade do membro da administração vedada por esta disposição. Não é, porém, assim. A restrição operada resulta de um juízo de adequação da norma jurídica do artigo 79.º aos princípios que compõem o ordenamento jurídico societário: trata-se de uma questão interpretativa e não de uma limitação nascida da autonomia privada das partes. Aliás, o problema acompanha a reflexão em torno das cláusulas limitativas e de exclusão da responsabilidade¹⁸⁷.

Finalmente, resta-nos a observação da compatibilidade da nossa tese com o disposto no artigo 114.º. Este preceito estabelece que os membros do órgão de administração e os membros do órgão de fiscalização de cada uma das sociedades participantes (na fusão) são solidariamente responsáveis pelos danos causados pela fusão à sociedade e aos seus sócios e credores, desde que, na verificação da situação patrimonial das sociedades e na conclusão da fusão não tenham observado a diligência de um gestor criterioso¹⁸⁸.

O regime jurídico da responsabilidade no caso de fusão aproxima-se, apesar do seu âmbito mais extenso, da disciplina alemã, constante dos §§ 349 e 350 do AktG¹⁸⁹ e nasce, em parte, na sequência de uma imposição comunitária (o artigo 20.º da terceira directiva).

No Direito alemão, a pretensão indemnizatória resultante de um dano provocado numa fusão decorre do § 349 AktG. Resulta deste preceito que os administradores da sociedade incorporada respondem como devedores solidários pelos danos que a sociedade transmitida cause aos seus credores e accionistas através da fusão. Esta obrigação de indemnizar é limitada: não existe quando no exame da situação patrimonial ou na outorga da escritura de fusão tenham sido observados os deveres de diligência. Já os administradores da sociedade incorporante respondem nos termos gerais, ou seja, de acordo com o § 93 AktG¹⁹⁰.

¹⁸⁷ A. PINTO MONTEIRO, *Cláusulas limitativas e de exclusão de responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2003 (reimpressão), p. 245 ss. *et passim*.

¹⁸⁸ Sobre a fusão, pode ver-se A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das sociedades*, cit., p. 783 ss., RAÚL VENTURA, *Fusão, cisão, transformação de sociedades*, Almedina, Coimbra, 2003 (reimpressão da 1.ª edição), p. 5 ss.

¹⁸⁹ RAÚL VENTURA, *Fusão, cisão e transformação de sociedades*, Coimbra, 1990, p. 289-291.

¹⁹⁰ U. HÜBNER, *Managerhaftung*, cit., p. 68-69.

Em relação ao accionista, estará em causa o ressarcimento pela diminuição ou extinção do valor das acções. Certa doutrina preconiza que do artigo 114.º se deve extrair um princípio geral de tutela dos accionistas e de responsabilização civil dos administradores nas operações de controlo da sociedade que não se traduzam em fusões, isto é, noutras formas de transmissão do domínio da sociedade (*management buyout*, tomada da sociedade, etc)¹⁹¹. A esta tese preside a ideia de comunhão de interesses e de objectivos entre as situações de fusão e as demais situações de tomada de controlo (em ambas estão primordialmente em causa interesses dos accionistas e não interesses da sociedade (*v.g.* lucro)¹⁹². Postula-se, ainda, que o artigo 64.º impõe um dever de diligência dos administradores resritro aos casos de operações de tomada de controlo em sociedades anónimas¹⁹³.

É duvidoso que do artigo 114.º se possa extrair um tal princípio responsabilizante¹⁹⁴. Mas, mais do que isso, é questionável que o sentido do sistema de responsabilização dos administradores perante os sócios seja o de abordar de forma especial esta matéria quando esteja em causa uma fusão. Também aqui o administrador só responderá se violar um dever que especificamente lhe incumbe; a natureza dos deveres nesta sede não distará da dos encargos dos administradores quanto à condução geral da gestão da sociedade.

O facto de, numa dada situação da vida, a vigilância do sujeito quanto ao cumprimento dos deveres que o Direito lhe assaca se intensificar, não implica

¹⁹¹ P. CAETANO NUNES, *Responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 83 ss. Esta orientação é influenciada pelo tratamento dos *hostile take overs* no Direito norte-americano, em especial a orientação jurisprudencial do Estado de Delaware – sobre este aspecto *vide*, por todos, V. PETRONE, *La responsabilità degli amministratori*, cit., p. 419 ss.

¹⁹² Assim, P. CAETANO NUNES, *Responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 60.

¹⁹³ P. CAETANO NUNES, *Responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 88-90.

¹⁹⁴ Desde logo, porque as operações de transferência do controlo da sociedade configuram uma realidade muito heterogénea, em que a participação e os poderes dos administradores são muito variáveis e, sobretudo, diferentes dos que relevam em sede de fusões. Depois, não se vê em que medida é que a responsabilidade dos administradores, nestes casos, deva ser tratada de forma distinta da que se prescreve para o dia-a-dia societário. Nem se compreende porque é que o dever de diligência dos administradores deve achar-se circunscrito aos casos de transmissão da sociedade. O único argumento impressivo seria o de que, nas operações de controlo da sociedade, estão essencialmente em causa interesses dos accionistas (P. CAETANO NUNES, *Da responsabilidade civil dos administradores*, cit., p. 74). Contudo, na orientação que sufragamos, o sócio é mais beneficiado no dia-a-dia societário, comparativamente à posição que lhe dedica a tese tradicional, que compreende exclusivamente a relação entre o administrador e a sociedade, abandonando o sócio em terra de ninguém. Cremos que a presença simultânea de interesses dos sócios e da sociedade é uma constante da vida societária, não podendo por isso servir para individualizar as ditas operações.

uma transmutação desses deveres. No desenrolar de uma fusão, o administrador continua vinculado a exigências de diligência e de lealdade para com a sociedade. Da violação destes deveres, pode resultar um prejuízo para a sociedade, para os sócios e para os credores sociais – é o que refere o artigo 114.º. Mas, na nossa orientação, o mesmo pode suceder em qualquer outra actividade de gestão, que não implique uma transferência do controlo da sociedade.

Por outro lado, é de notar que o artigo 114.º se refere à situação dos sócios porque a fusão corresponde, precisamente, a uma das circunstâncias em que sobressaem deveres próprios do administrador para com a sociedade com eficácia de protecção para terceiros. Não estão em causa deveres da sociedade perante os sócios, mas deveres do administrador para com a sociedade e deveres de protecção dos accionistas. Daí que o preceito não aluda à responsabilidade da sociedade, mas sim à responsabilidade pessoal dos membros dos seus órgãos¹⁹⁵. Ora, esta interpretação, que é a que nos parece correcta, não só não agride como corrobora o sentido que acima descortinámos em relação à norma do artigo 79.º.

Em suma, na nossa opinião, o sentido da norma do artigo 114.º não contende com o que assacámos à disposição do artigo 79.º. Nem o regime jurídico da responsabilidade dos administradores perante os accionistas sofre qualquer desvio fundamental em sede de fusões; as especialidades que episodicamente este regime possa seguir não alteram o pano de fundo, apenas afinam certo aspecto da norma em função do caso concreto. É o que sucederá no cômputo do prazo prescricional¹⁹⁶.

4.5. *Rejeição de uma natureza pré-determinada da responsabilidade dos administradores perante os sócios; o contrato com eficácia de protecção de terceiros, em especial, enquanto via de responsabilização do administrador*

Não se ignora a diferente função e recondução teleológica da responsabilidade delitual e da responsabilidade obrigacional¹⁹⁷. É da sua diversa proble-

¹⁹⁵ RAÚL VENTURA, *Fusão, cisão e transformação de sociedades*, Coimbra, 1990, p. 291.

¹⁹⁶ O prazo prescricional dos direitos de indemnização referidos no artigo 114.º é de cinco anos a contar do registo da fusão (artigo 174.º, n.º 4) e não do termo da conduta dolosa ou culposa nem, tendo já terminado, da sua revelação ao lesado [artigo 174.º, n.º 1, alínea b) aplicável ao accionista *ex vi* artigo 174.º, n.º 2].

¹⁹⁷ Neste sentido, M. CARNEIRO DA FRADA, *Tèoria da confiança*, *cit.*, nota 253, p. 274 e, do mesmo

maticidade e intencionalidade normativa que provém a insusceptibilidade de as homogeneizar¹⁹⁸.

Mas, de igual modo, não se desconhece a incapacidade de, nos quadros dogmáticos actuais do Direito civil, se seguir uma divisão rígida entre uma e outra responsabilidade, sendo já diversas as manifestações de responsabilidade intermédias. Nem se deprecia o discurso jurídico próprio da responsabilidade de órgãos de pessoas colectivas, *maxime* dos administradores¹⁹⁹.

Ora, a responsabilidade dos administradores perante os sócios, em geral, parece situar-se a meio caminho, do ponto de vista da intensidade do contacto

autor, *Contrato e deveres de protecção*, p. 117 ss., em especial p. 123-129. Sobre as diferenças de regime jurídico pode ver-se A. MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil, cit.*, p. 487-488.

¹⁹⁸ As normas jurídicas que prescrevem diferentes soluções normativas para aspectos específicos da disciplina de uma e de outra responsabilidade mais não são, pois, do que decorrências desta diferenciação teleológica. Ao nível das soluções, pensamos que a aplicação de uma norma jurídica ao caso concreto deve abstrair do postulado monista ou dualista que se perfilhe: o discurso jurídico é fundamentalmente analógico, cabendo buscar juízos de semelhança normativa entre os casos e as normas, de forma a prover uma solução justa para o caso. Para uma diferenciação entre as duas responsabilidades, M. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança*, p. 275 ss. No sentido de uma concepção monista da responsabilidade civil, *vide* M. GOMES DA SILVA, *Do dever de prestar e de indemnizar*, Lisboa, 1944, vol. I, p. 189 ss., em especial p. 210, PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil, cit.*, p. 40-42, L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, cit.*, I, p. 285 ss., em especial 287-288, e A. MENEZES CORDEIRO em *Direito das Obrigações*, vol. 2.º, *cit.*, p. 263-266. No sentido do dualismo, destaca-se a doutrina de MANUEL DE ANDRADE, que realçava já a diferença entre o ilícito contratual e o ilícito extracontratual: o primeiro resultante da *infração de um dever ou obrigação especial* e o segundo emergente da *infração de um dever ou vínculo jurídico geral* – *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, Coimbra, 1987, p. 7-8. Opinam, entre outros, no mesmo sentido, ANTUNES VARELA, *Direito das Obrigações*, I, Almedina, Coimbra, 2000, p. 518-522, C. MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, p. 426-429 e J. CALVÃO DA SILVA, *Cumprimento e sanção pecuniária compulsória*, p. 146-148 e, recentemente, A. MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil, cit.*, p. 485 ss. O dualismo foi, também, acolhido por GUILHERME MOREIRA e GALVÃO TELLES. ALMEIDA COSTA parece seguir os passos de GOMES DA SILVA (ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Almedina, Coimbra, 2003, p. 495). Para uma resenha das diversas posições, pode ver-se P. FERREIRA MÚRIAS, “A responsabilidade por actos de auxiliares e o entendimento dualista da responsabilidade civil”, *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, ano 37, 1996, n.º 1, em especial p. 175 ss. Apenas haverá que acrescentar a posição (actual) de A. MENEZES CORDEIRO. Para uma súmula das principais diferenças de regime jurídico, pode ver-se M. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações, cit.*, p. 496-499 ou L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, *cit.*, p. 286-287.

¹⁹⁹ A autonomia do Direito das sociedades é, nalguns casos, marcada pelo próprio legislador, quando, por exemplo, consagra regras específicas a propósito do prazo prescricional (o artigo 174.º), preferindo-as à remissão para o regime geral constante do Código Civil.

jurídico ou meramente social, entre a responsabilidade dos administradores perante a sociedade – que a doutrina unanimemente remete para o regime da responsabilidade obrigacional – e a responsabilidade dos administradores perante os credores sociais, normalmente qualificada de aquiliana.

A proposta de compreensão desta matéria no âmbito da culpa profissional, formulada por Visintini, adquire suficiente consistência dogmática entre nós²⁰⁰. Há, pois, que buscar outras vias.

Atentando ao relacionamento entre os accionistas e o administrador, parece-nos que, na generalidade dos casos, assistirá razão a Bonelli quando faz assentar a responsabilidade dos administradores perante os sócios na violação de deveres de protecção do património destes²⁰¹. Contudo, Bonelli não fornece uma única pista sobre o modo de efectivação da responsabilidade.

Também Carneiro da Frada admite que *há deveres que impendem sobre os administradores que relevam de uma ligação especial entre eles e outros sujeitos – susceptíveis de se amparar na regra da conduta de boa fé –, sobretudo de protecção, que não se enquadram (...) na dicotomia entre contrato e delito, representando antes um tertium genus*²⁰².

Uma via apta a fornecer um tratamento adequado a este tipo de situações corresponde ao contrato com eficácia de protecção de terceiros, cujo tratamento dogmático autónomo coube inicialmente a Larenz²⁰³, sendo hoje estudado por um sector representativo da doutrina alemã (*Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*)²⁰⁴.

²⁰⁰ G. VISINTINI, “*Tiatatto breve delle responsabilità civile*”, Cedam, Padova, 1996, p. 294 ss. No ordenamento jurídico português, não existem requisitos específicos para o exercício da titularidade do cargo de administrador de uma sociedade anónima. A lei basta-se com a exigência de que se trate de uma pessoa singular e que possua capacidade jurídica. As concretas condições para o exercício da actividade da administração surgem apenas de forma episódica em sectores específicos, como é o caso do sector bancário. Ora, se esta circunstância não impede, ao abrigo da autonomia privada das partes, a estipulação de requisitos de elegibilidade ou nomeação nos estatutos da sociedade, obsta já ao acolhimento da ideia de profissionalização da administração. Num contexto diverso, mas opinando no sentido de que o exercício de uma profissão não é fundamento auto-suficiente de responsabilidade, M. CARNEIRO DA FRADA, *Uma “terceira via”*, cit., p. 83.

²⁰¹ F. BONELLI, *La responsabilità degli amministratori*, cit., p. 452.

²⁰² M. CARNEIRO DA FRADA, *Téoria da confiança*, cit., nota 120, p. 173.

²⁰³ A. MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito civil*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 620, M. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, cit., nota 143, p. 72.

²⁰⁴ Esta via é explorada por M. CARNEIRO DA FRADA no que respeita à responsabilidade dos administradores por infracção de regras estatutárias que beneficiam os credores sociais – assim, *Téoria da confiança*, nota 231, p. 255. Sobre o contrato com eficácia de protecção de terceiros, vide,

Desde há algum tempo que o *Bundesgerichtshof* aceita a existência de deveres de protecção a favor de terceiros especialmente expostos aos riscos pessoais ou patrimoniais resultantes da execução de determinado contrato, riscos estes que o devedor tem a obrigação de prevenir.

Que se saiba, a doutrina alemã não dedicou a sua atenção à possibilidade de o contrato com eficácia de protecção de terceiros poder auxiliar na compreensão da matéria que nos ocupa²⁰⁵. Nos tribunais, o caso mais próximo que encontrámos situa-se em plano ligeiramente diverso: trata-se de uma decisão de 1965, em que o tribunal atribuiu uma indemnização, nos termos da responsabilidade contratual, aos danos pessoais sofridos pelo sócio de uma associação não reconhecida, arrendatária do prédio cujas deficiências provocaram os aludidos danos²⁰⁶.

A percepção da eficácia normativa destes contratos decorre do sentido da obrigação como realidade complexa ou como conceito-suma (*Enbegriff*): uma relação jurídica global que abrange, além do dever de prestar, outros deveres de conduta²⁰⁷. Compreende-se que determinados contratos possam *conferir uma*

ainda, M. CARNEIRO DA FRADA, *Uma “terceira via”*, p. 88 ss. e, do mesmo autor, *Contrato e deveres de protecção*, p. 43-44, nota 143, p. 72, A. MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito civil, cit.*, p. 620 ss., L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, *cit.*, p. 362, KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts, Allgemeiner Teil*, München, 1987, p. 224-231, H. BROX, *Allgemeines Schuldrecht*, München, 1990, p. 228-231 ss., D. MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales*, vol. I, ed. espanhola de Ángel Martínez Sarrión, Bosch, Barcelona, 1995. Na Alemanha, a doutrina que tem dedicado a sua atenção a este tema e é já bastante vasta a riqueza jurisprudencial, dominando um entendimento favorável a esta construção. A rejeição do contrato com eficácia de protecção de terceiros parece reduzir-se ao entendimento de WOLF e de ZIEGLER. Pode ver-se a resenha de posições proporcionada por A. CABANILLAS SÁNCHEZ, “El contrato com efectos protectores para terceros en el Derecho alemán”, *Estudios en Homenaje al Profesor Luís Díez-Picazo*, tomo II, Civitas, Madrid, 2003, p. 1493 ss.

²⁰⁵ HÜBNER, referindo-se ao § 93 AktG, sublinha que este preceito não pode servir de norma de protecção dos interesses dos accionistas, dado que os deveres dos administradores existem perante a sociedade – *Managerhaftung, cit.*, p. 21.

²⁰⁶ C. MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, Almedina, Coimbra, 2003 (reimpressão), nota 1, p. 420. Para uma resenha dos principais casos em relação aos quais a eficácia de protecção de terceiros do negócio jurídico se tem suscitado, *vide*, por todos, A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *El contrato com efectos protectores, cit.*, p. 1492 ss.

²⁰⁷ M. CARNEIRO DA FRADA, *Uma “terceira via”*, *cit.*, p. 89. Sobre o carácter complexo da obrigação, L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, *cit.*, p. 88-91, M. ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações, cit.*, p. 63-69. Acerca das principais teorizações em torno do conceito e estrutura da obrigação, pode ver-se, por exemplo, A. MENEZES CORDEIRO, *Direito das Obrigações*, vol. 1.º, AAFDL, Lisboa, 1994 (reimpressão), p. 171 ss.

tutela a quem não é deles parte; através da atribuição a esses terceiros de um direito indemnizatório, não em virtude do incumprimento do dever de prestar (...), mas pelo não acatamento de outros deveres que integram a relação obrigacional no seu todo²⁰⁸.

A posição jurídica do terceiro é independente, no que respeita à pretensão indemnizatória, da posição do credor²⁰⁹. Ele não é devedor da prestação debitoria, da mesma forma que o negócio não corresponde a um contrato a favor de terceiro (artigo 443.º do Código Civil). Coerentemente, ao devedor apenas se exige a observância de deveres de boa fé em relação à esfera jurídica deste terceiro²¹⁰. O dever de indemnizar nasce distinto, mas com um inequívoco relacionamento com o dever de prestar²¹¹. Afirma-se a regra de actuação segundo a boa fé, que exprime um *parâmetro qualificado de conduta* no âmbito de *relacionamentos específicos entre os sujeitos*²¹².

Esta via possui especial interesse para justificar o aparecimento de deveres de cuidado e de protecção em relação aos sócios e é ainda útil por conferir margem de conformação suficiente para a protecção de direitos e bens jurídicos e também de interesses puramente patrimoniais²¹³. Dir-se-á que o sócio teria um direito a ser indemnizado em virtude, não do incumprimento de um dever de prestar, mas de outros deveres que integram a relação obrigacional, enquanto relação obrigacional complexa.

Não obstante, esta orientação deve ser testada em função das condições de inclusão dos terceiros no âmbito de protecção do contrato²¹⁴. Desde logo, há que salientar que, no caso do administrador, não existirá propriamente um contrato que o una à sociedade, mas um conjunto de obrigações, de fonte legal ou estatutária. A este respeito, impõe-se duas precisões.

A doutrina admite a existência de deveres de protecção junto de relações obrigacionais legais, sendo esta circunstância, a par de outras, motivo de justifi-

²⁰⁸ M. CARNEIRO DA FRADA, *Têoria da confiança*, cit., nota 108, p. 135.

²⁰⁹ A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *El contrato com efectos protectores*, cit., p.1493.

²¹⁰ K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., p. 224 ss., L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, I, cit., p. 363, C. MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, cit., p. 420, CARNEIRO DA FRADA, *Uma “terceira via”*, cit., p. 89.

²¹¹ M. GOMES DA SILVA, *Dever de prestar*, cit., I, p. 226 ss.

²¹² M. CARNEIRO DA FRADA, *Uma “terceira via”*, cit., p. 53. Segundo A. MENEZES CORDEIRO, “o fundamento da eficácia protectora de terceiros reside, a título provisório, na boa fé” (*Da boa fé no Direito Civil*, cit., p. 624).

²¹³ L. MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, vol. I, cit., p. 353. Sobre o contrato com eficácia de protecção de terceiros, CARNEIRO DA FRADA, *Têoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 135 ss., em especial nota 108, p. 135 ss.

²¹⁴ C. MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, cit., p. 423.

ção do entendimento da relação de protecção como *relação legal sem deveres primários de prestação*²¹⁵.

Além disto, a relevância do aludido núcleo obrigacional não contende com a compreensão orgânica da administração, como notam Ripert e Roblot²¹⁶.

Parece-nos que a situação do accionista poderá mesmo aproximar-se, na maioria das ocorrências, da dos terceiros a quem assiste uma pretensão indemnizatória em virtude de um incumprimento de um dever de prestar²¹⁷.

A jurisprudência e a doutrina alemã têm salientado algumas exigências para que o terceiro possa ser obrigacionalmente protegido pela via do contrato com eficácia de protecção para terceiros. Em primeiro lugar, o terceiro deve estar exposto aos riscos do contrato com a mesma intensidade que o credor²¹⁸. Esta condição parece verificar-se no caso do sócio, já que este está inequivocamente próximo da prestação devida pelo administrador em termos de contacto social. Esta proximidade (*Leistungsnähe*) explica a possibilidade real de o sócio sofrer uma lesão na sua esfera jurídica patrimonial.

Depois, o credor deve ter um interesse especial na protecção do terceiro, atendendo, nomeadamente a uma relação de especial proximidade entre eles que pré-existe²¹⁹. Também quanto a este aspecto, não é difícil, na generalidade das situações, alcançar a consistência do relacionamento entre o sócio e a sociedade.

Em terceiro lugar, a exposição aos riscos do contrato e a especial relação entre o terceiro e o credor, devem poder ser reconhecidas pelo devedor ao concluir o contrato²²⁰. Ora, sendo o administrador designado pelo contrato de sociedade ou nomeado pela assembleia de sócios, esta condição está, por natureza, assegurada.

Finalmente, reclama-se que o terceiro esteja necessitado de protecção²²¹. Também esta circunstância não suscitará especiais dificuldades.

²¹⁵ M. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, cit., p. 100-101.

²¹⁶ G. RIPERT e R. ROBLOT, *Traité élémentaire de Droit Commercial*, cit., p. 888-889.

²¹⁷ Cf. M. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança*, cit., nota 108, p. 138.

²¹⁸ K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., p. 227, H. BROX, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 229, D. MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales*, cit., p. 358. A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *El contrato com efectos protectores*, cit., p. 1505-1506.

²¹⁹ A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *El contrato com efectos protectores*, cit., p. 1506-1507, H. BROX, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 229, D. MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales*, cit., p. 358.

²²⁰ K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., p. 227, A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *El contrato com efectos protectores*, cit., p. 1507, H. BROX, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 230.

²²¹ A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *El contrato com efectos protectores*, cit., p. 1508.

A doutrina alemã diverge quanto ao fundamento normativo deste contrato²²². À luz do ordenamento jurídico português, a questão é, também, complexa²²³, tanto mais que a situação jurídica da administração não se subsume, *tout court*, aos moldes negociais típicos.

A circunstância acabada de descrever não excepciona a pertinência desta via, mas realça o seu carácter de *terceira via*. Daí o regime jurídico aplicável não coincidir com os pressupostos da responsabilidade delitual, nem com os da responsabilidade obrigacional²²⁴. O administrador deve ao accionista mais do que um mero dever de respeito (*neminem laedere*), mas menos do que um dever de prestar: a reflexão em torno deste aspecto é, pois, a indagação do fundamento e do critério normativo dos deveres de protecção no ordenamento jurídico português²²⁵.

O accionista encontra-se especialmente exposto aos riscos de danos patrimoniais advenientes da actividade de gestão do administrador, de tal modo que se justifica que os mesmos fiquem envolvidos pelo *manto protector*²²⁶ das obrigações do administrador para com a sociedade. Assim, não se julgam improficuas as considerações que se acabam de expender, se bem que só o desenvolvimento jurisprudencial possa pronunciar se, afinal, a aproximação que se ensaiou aproveita ou não à realização prática do Direito²²⁷.

²²² Para uma resenha das principais posições, A. CABANILLAS SÁNCHEZ, *El contrato com efectos protectores*, cit., p.1508-1516. O fundamento tem sido reconduzido ao negócio (por via da interpretação complementar) ou à relação obrigacional legal fundada na confiança, na esteira de CANARIS – assim, DIETER MEDICUS, *Tratado de las relaciones obligacionales*, cit., p. 359.

²²³ Cf. M. CARNEIRO DA FRADA, *Téoria da confiança*, cit., nota 108, p. 138 ss.

²²⁴ Em sentido ligeiramente diverso, aproximando o regime em apreço do da responsabilidade obrigacional, C. MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, cit., p. 421.

²²⁵ Os deveres de protecção distinguem-se, desde logo, do *neminem laedere* por surgirem em relações específicas (*Sonderverbindungen*). O dever de protecção só existe quando se transcende o risco geral da vida. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, cit., p. 154.

²²⁶ A expressão é de CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, cit., p. 43.

²²⁷ A orientação que sufragamos quanto às situações de interferência danosa no património dos sócios propicia-nos algum descanso, ao situar-nos fora do âmbito do tratamento dos danos patrimoniais puros em sede delitual. É sabido que, no Direito delitual, estes danos devem ter uma protecção relativamente limitada, contida nos termos de um equilíbrio entre *liberdade e risco* (M. CARNEIRO DA FRADA, *Téoria da confiança*, cit., p. 244 ss; em sentido próximo, do mesmo autor, *Uma “terceira via”*, cit., p. 37-39 e “A responsabilidade objectiva por facto de outrem”, *Direito e Justiça*, vol. XII, 1998, p. 299-300). Em geral, os argumentos contra a indemnizabilidade deste tipo de danos são variados, desde a tese da prevalência dos direitos de personalidade e dos direitos reais sobre os interesses económicos, até à necessidade de evitar a proliferação desmedida de acções de

Para finalizar, importa não absolutizar a relevância do contrato com eficácia de protecção de terceiros nesta sede. Nem todas as situações de facto se deixam assimilar pela normatividade ínsita nesta figura negocial, sobretudo quando esteja em causa a realidade de sociedades anónimas com o capital disperso pelo público. Estas poderão ser solucionadas segundo os quadros próprios da responsabilidade delitual, sem prejuízo da coerência interna da responsabilidade civil do administrador. O sistema de responsabilidade civil dos administradores assume-se, até ao final, como um processo prático, autopoietico e aberto²²⁸.

responsabilidade. A análise económica também tem dedicado atenção a esta problemática. A exclusão do dano tem-se apoiado na ausência de perda social, baseada numa análise macrocópica do dano, atendendo aos seus efeitos numa equação social de tipo paretiano ou a internalização do dano mediante um contrato. Sobre estas teorizações, pode ver-se F GÓMEZ POMAR, *La noción de daño puramente económico*, cit., p. 2006 ss. No sistema alemão, os danos patrimoniais puros não encontram ressarcimento em sede delitual, excepto se causados com dolo, aplicando-se, neste caso, o § 826 ou, se resultarem da violação de uma norma de protecção, o § 823, ambos do BGB – M. BUSSANI/V. PALMER, “The liability regimes of Europe – their façades and interiors”, *Pure economic loss in Europe*, Cambridge University Press, 2003, p. 148 ss. Entre nós, tem-se igualmente questionado a indemnizabilidade dos danos patrimoniais puros cujos interesses não se corporizam em direitos absolutos (cf., por todos, M. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança*, cit., p. 238 ss.). A limitação da ressarcibilidade dos danos primariamente patrimoniais atinge, sobretudo, as actuações negligentes (M. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança*, cit., p. 246). Para além do horizonte normativo do artigo 483.º do Código Civil, tem-se aceiteado que os danos em apreço são indemnizáveis quando *deponham exigências indeclináveis de protecção do mínimo ético-jurídico exigível*. A questão é complexa, não cabendo nesta sede prover à sua análise. Fazemos apenas notar que o sistema jurídico português não conta com o § 826 do BGB, sendo ainda de excluir a possibilidade de recurso ao abuso do direito (artigo 334.º do Código Civil), como adverte CARNEIRO DA FRADA (*Teoria da confiança*, cit., nota 223, p. 250, *Uma “terceira via”*, cit., p. 48 ss). *Se a boa fé (...) não é um conceito normativo próprio do arsenal dogmático delitual português* – cf. M. CARNEIRO DA FRADA, *Uma “terceira via”*, cit., p. 54, o mesmo não sucede com os bons costumes, já que estes não pressupõem um específico relacionamento entre sujeitos; exprimem um *mínimo ético* de conduta a observar, qualquer que seja o relacionamento entre os indivíduos. Assim, seria possível aceitar que a violação grave (dolosa ou com negligência grave) de deveres profissionais originando danos primariamente patrimoniais pode ser ofensiva dos bons costumes – cf. M. CARNEIRO DA FRADA, *Uma “terceira via”*, cit., p. 58. A cláusula de bons costumes seria uma cláusula elementar e fundamental de responsabilidade delitual que se acrescenta subsidiariamente às duas previsões fundamentais contidas no artigo 483.º – cf. M. CARNEIRO DA FRADA, *Uma “terceira via”*, cit., p. 64. Sobre o conceito de bons costumes, J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Civil. Teoria geral*, vol. III, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 274–275 e *Direito Civil. Teoria geral*, vol. II, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, p. 333 ss., A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, I, tomo I, cit., p. 504 ss.

²²⁸ A. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica*, cit., p. 159.

5. Ensaio conclusivo

É tempo de concluir. O caminho que percorremos conduziu-nos a um desfecho resumível em cinco conclusões:

1.^a) Em princípio, aos administradores não pode ser assacada responsabilidade pessoal: os actos praticados pelo órgão de administração são imputados à esfera jurídica da pessoa colectiva;

2.^a) A destriça entre condutas danosas geradas pelo incumprimento de um dever característico do administrador, em si mesmo considerado, e comportamentos lesivos que radicam no incumprimento de uma obrigação da sociedade perante o sócio permite isolar a matéria que nos ocupa da responsabilidade da pessoa colectiva;

3.^a) Só em hipóteses restritas, em que o titular do órgão tenha agido com dolo ou, em certos casos, com negligência grave e violado deveres específicos que, dirigidos à sociedade, protejam a esfera patrimonial dos sócios, é que ao administrador poderá ser exigido o dever de indemnizar por danos causados a accionistas no exercício das suas funções;

4.^a) O desrespeito pelo dever de lealdade tende a absorver a maioria das situações de responsabilização do administrador perante os sócios;

5.^a) A problematicidade dos casos concretos faz-nos redescobrir hipóteses intermédias, entre o universo delitual e o obrigacional, sobressaindo o interesse dos contratos com eficácia de protecção de terceiros quanto à apreciação da posição dos administradores em relação aos sócios e da eficácia normativa dos respectivos deveres.

