

O SENTIDO DOS
“DEVERES DE CUIDADO”
(art. 64.º CSC):

«ONCE MORE UNTO THE BREACH,
MY FRIENDS, ONCE MORE»

Pelo Prof. Doutor José Ferreira Gomes

SUMÁRIO:

1. Introdução. 2. Enquadramento no Direito britânico. 3. Enquadramento no Direito norte-americano. 4. O sentido no Direito português: concretizações das obrigações de diligente administração e de diligente fiscalização. 5. O dever de aquisição de competência técnica adequada às suas funções [art. 64.º/1, a) e 2]. 6. O dever de obtenção do conhecimento sobre a atividade da sociedade [art. 64.º/1, a) e 2]. 7. O dever de disponibilidade [art. 64.º/1, a) e 2]. 8. O dever de atuar em termos informados (art. 72.º/2). 9. O dever de atuar segundo critérios de racionalidade empresarial (art. 72.º/2). 10. Os deveres de cuidado como “novidades” da reforma de 2006?

1. Introdução

I. No passado dia 29 de março celebrou-se o 10.º aniversário da reforma de 2006 do Código das Sociedades Comerciais que, para o que ora releva, alterou o art. 64.º e “introduziu” os famosos “deveres de cuidado” dos administradores e fiscalizadores. Decor-

ridos dez anos, não existe ainda um consenso sobre o sentido e o enquadramento destes deveres no nosso sistema jus-societário⁽¹⁾, não obstante a multiplicação de escritos sobre os mesmos. Na verdade, dizer que «*não existe ainda um consenso*» é pouco: o cenário assemelha-se a um pântano, onde faltam sólidos pontos de apoio ao intérprete-aplicador e, em especial, aos tribunais. Por isso, justifica-se hoje, mais do que nunca, o desafio de voltar ao tema. Nas palavras de Shakespeare: «*Once more unto the breach, my friends, once more*»⁽²⁾.

Sinteticamente, a questão que se coloca é: qual o sentido da referência a “deveres de cuidado” no art. 64.º/1, a) e 2)?

Ou, por outras palavras, como se articulam as referências normativas a “deveres de cuidado” e ao “dever de empregar a diligência de um gestor criterioso e ordenado” [no art. 61.º/1 a)] e ao dever de empregar “elevados padrões de diligência profissional” (no art. 61.º/2)?

II. Face à redação destes preceitos, muito criticada pela doutrina⁽³⁾, cabe ao intérprete-aplicador a difícil tarefa de encontrar um sentido útil para os mesmos, tendo em conta a presunção do art. 9.º/3 CC, de que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados.

De acordo com a CMVM, responsável indireta pela reforma de 2006⁽⁴⁾, os “deveres de cuidado” correspondem aos chamados

(1) Em particular, no próprio art. 64.º.

(2) WILLIAM SHAKESPEARE, *The life of Henry the Fifth*, Harmondsworth: Penguin Books (1959), Ato 3, Cena 1.

(3) Cf., v.g., JORGE COUTINHO DE ABREU, *Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social*, in JORGE COUTINHO DE ABREU et al., *Reformas do Código das Sociedades* (2007), 20, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Os deveres fundamentais dos administradores de sociedades, *ROA*, 66:2 (2006), 443-488 (479-480). MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “A *business judgment rule* no quadro dos deveres gerais dos administradores”, in *A Reforma do Código das Sociedades Comerciais: Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura* (2007), 61-102 (66-68).

(4) Na expressão de ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, Deveres fiduciários de cuidado: imprecisão linguística, histórica e cultural, *RDS* 7:3/4 (2015) 617-640 (618). Cf. também as críticas de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO: A grande reforma das sociedades comerciais, *O Direito*, 138:3 (2006), 445-453, e Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades (art. 64.º/1 do CSC), *ROA* 66:2 (2006), 443-488, 486 ss.

duties of care de origem anglo-saxónica⁽⁵⁾. Infelizmente esta afirmação não foi mais desenvolvida nos muito insuficientes trabalhos preparatórios⁽⁶⁾, cabendo ao intérprete-aplicador encontrar, a partir da mesma, as demais peças do *puzzle*.

Num estudo anterior⁽⁷⁾ expusemos o enquadramento destes deveres tanto no Direito britânico, como no Direito norte-americano, apresentando a nossa visão sobre o sentido da sua expressa positivação no nosso sistema. Retomamos e desenvolvemos aqui esse estudo, procurando responder à questão já enunciada: qual o sentido da referência a “deveres de cuidado” no art. 64.º/1, a) e 2 do CSC?

2. Enquadramento no Direito britânico

I. No quadro geral do sistema britânico que, como veremos, não se confunde com o quadro societário, os *duties of skill, care and diligence* são baseados na *law of negligence*⁽⁸⁾, nos termos da qual a mera causação de um dano não era, nem é, por si, fundamento suficiente de responsabilidade civil. Deve verificar-se a existência prévia de um *duty to act with care*, sendo a violação deste dever — o ato ou omissão negligente⁽⁹⁾ — que fundamenta *tort liability*⁽¹⁰⁾.

⁽⁵⁾ CMVM, *Governo das sociedades anónimas: Proposta de articulado modificativo do código das sociedades comerciais (complemento ao processo de consulta pública n.º 1/2006)* (2006), 16.

⁽⁶⁾ Sublinhando esta insuficiência e as suas consequências negativas no processo de aperfeiçoamento jurídico-científico, cf. novamente BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Deveres fiduciários de cuidado*, 618.

⁽⁷⁾ Dissertação entregue em 2013, defendida em 2014 e publicada em 2015: *Da Administração à Fiscalização das Sociedades: A obrigação de vigilância dos órgãos da sociedade anónima* (2015), n.ºs de margem 1928-1929.

⁽⁸⁾ PAUL L. DAVIES e SARAH WORTHINGTON, *Principles of modern company law*, 9.ª ed. (2012), 517-518.

⁽⁹⁾ Num dos sentidos possíveis de “negligência”. C.T. WALTON *et al.*, *Charlesworth & Percy on negligence*, 13.ª ed. (2014), 10.

⁽¹⁰⁾ EDWIN PEEL e JAMES GOUDKAMP, *Windfield and Jolowicz on tort*, 19.ª ed., 2014, 80, C.T. WALTON *et al.*, *Charlesworth & Percy on negligence*, 13.ª ed. (2014), 10. Sobre a qualificação da *tort liability* como homóloga da “nossa” responsabilidade civil

Enquanto *tort* autónomo, a negligência constitui um conceito jurídico comparativamente recente, datando de *circa* 1824, tendo evoluído rapidamente⁽¹¹⁾. Não se confunde com o *breach of contract*, mesmo nos casos em que o contrato contenha uma *obligation to take care* no cumprimento dos seus termos: esta *obligation* nasce do acordo das partes, enquanto o *duty of care* decorre de uma visão objetiva dos factos. Assim, quando um contrato importa um *duty to take reasonable care in performance*, passa este a coexistir com o *tort*⁽¹²⁾.

Neste quadro geral da *law of negligence*, o *duty of care* aproxima-se dos deveres de proteção da dogmática continental⁽¹³⁾, tendo uma finalidade eminentemente *negativa*: visam proteger o titular ativo dos riscos de danos na sua pessoa e património⁽¹⁴⁾.

delitual, cf. EDUARDO SANTOS JÚNIOR, *Da responsabilidade civil de terceiro por lesão do direito de crédito* (2003), 194, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil* (2004), 115.

⁽¹¹⁾ Cf. WALTON *et al.*, *Charlesworth & Percy on negligence*, 10-11. Entre nós: ANTÓNIO BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Do Trust no Direito Civil*, 2014, 484 ss.

⁽¹²⁾ WALTON *et al.*, *Charlesworth & Percy on negligence*, 10-11. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Deveres fiduciários de cuidado*, 632-633, explica o enquadramento histórico desta solução na responsabilidade civil extracontratual e a anterioridade do *duty of care* relativamente à sistematização dos dois ramos obrigacionais de responsabilidade civil. Sobre a sistematização da responsabilidade civil extracontratual britânica, cf., do mesmo autor, *Do Trust*, 482.

⁽¹³⁾ Cf. n. 59 *infra*.

⁽¹⁴⁾ PEEL e GOUDKAMP, *Windfield and Jolowicz on tort*, SAMUEL, *Law of obligations*, 197-201.

Este sentido está patente logo na primeira formulação *geral* deste dever, em *Heaven v Pender*, (1883) 11 Q.B.D. 504 CA., no qual foi discutido o caso de um pintor de navios que sofreu danos quando os andaimes fornecidos pelo dono da doca colapsaram. O tribunal decidiu a favor do autor, estabelecendo regras relativas ao dever de imputado cuidado àquele que ocupa determinadas instalações para com os seus convidados.

O tema seria retomado cinquenta anos mais tarde na histórica decisão *Donoghue v Stevenson*, [1932] A.C. 562., num caso em que a autora adoeceu após consumir cerveja de gengibre, produzida pelo réu, que tinha resquícios de um caracol. Discutiu-se então se o produtor de cerveja tinha um *duty of care* para com o consumidor do seu produto.

Atualmente, a decisão de referência é *Caparo Industries Plc v Dickman*, [1990] 2 A.C. 605, na qual Lord Bridge negou a possibilidade de formular um único princípio geral que pudesse ser aplicado para determinar a existência de um *duty of care* em qualquer situação e qual o seu alcance. Cf. PEEL e GOUDKAMP, *Windfield and Jolowicz on tort*, 89 ss. O reconhecimento da existência de um dever depende de três critérios: previsibilidade de um dano, proximidade da relação entre as partes e considerações de justiça (*fairness*) ou razoabilidade. Nas palavras de Lord Bridge, [1990] 2 A.C. 605, 617-618:

II. Em domínios específicos, porém, o *duty of care* assumiu contornos distintos. No contexto societário, tal como na *law of negligence*, o *duty of care* é formulado como um *duty to take care* ou *duty to act with care*⁽¹⁵⁾. Porém, afasta-se dos deveres de proteção continentais: *apresenta-se como um modo de conduta*, como a nossa bitola de diligência, permitindo concretizar os deveres dos administradores em cada caso. Neste sentido, Romer J. afirmou na decisão proferida em *Re City Equitable Fire Insurance Co*⁽¹⁶⁾:

«*one cannot say whether a man has been guilty of negligence, gross or otherwise, unless one can determine what is the extent of the duty which he is alleged to have neglected*».

Como “modo de conduta”, o *duty to act with care* conforma o cumprimento dos deveres dos administradores. Estes devem ser cumpridos com *reasonable care and skill*⁽¹⁷⁾.

Porém, no seu desenvolvimento doutrinário e na sua aplicação pelos tribunais, verifica-se um fenómeno de compressão linguística: o “dever de atuar com cuidado no exercício das funções de administração” ou “dever de administrar com cuidado” é frequentemente referido simplesmente como “dever de cuidado”.

Este fenómeno linguístico não deve, porém, iludir o intérprete-aplicador quanto ao seu verdadeiro conteúdo e alcance: trata-se de um sinónimo da “obrigação de diligente administração”, traduzindo não só a medida de diligência, mas também o comportamento devido⁽¹⁸⁾. Traduziria, se essa dissociação fosse conhecida no sistema

«*What emerges is that, in addition to the foreseeability of damage, necessary ingredients in any situation giving rise to a duty of care are that there should exist between the party owing the duty and the party to whom it is owed a relationship characterised by the law as one of ‘proximity’ or ‘neighbourhood’ and that the situation should be one in which the court considers it fair, just and reasonable that the law should impose a duty of a given scope upon the one party for the benefit of the other*»

Cf. WALTON *et al.*, *Charlesworth & Percy on negligence*, 26-27.

⁽¹⁵⁾ SAMUEL, *Law of obligations*, 194.

⁽¹⁶⁾ [1925] Ch 407. O essencial desta decisão pode ser consultado em HARRY RAJAK, *Sourcebook of Company Law*, 2.^a ed. (1995), 450-454.

⁽¹⁷⁾ BRENDA HANNIGAN, *Company Law*, 4.^a ed., 2012, 236.

⁽¹⁸⁾ TERENCE PRIME e GARY SCANLAN, *The law of private limited companies* (1996), 113-116.

britânico de responsabilidade civil, tanto um critério de culpa, como de licitude. Este pormenor passa frequentemente despercebido.

III. O *duty of care* está atualmente positivado na secção 174 do *Companies Act 2006*, com epígrafe “*duty to exercise reasonable care, skill and diligence*”⁽¹⁹⁾, no qual se pode ler:

- «(1) *A director of a company must exercise reasonable care, skill and diligence.*
- (2) *This means the care, skill and diligence that would be exercised by a reasonably diligent person with —*
- (a) *the general knowledge, skill and experience that may reasonably be expected of a person carrying out the functions carried out by the director in relation to the company, and*
- (b) *the general knowledge, skill and experience that the director has».*

Contrariamente ao que resulta, entre nós, do art. 64.º/1, a) e 2 CSC, esta disposição do *Companies Act 2006* cumula um padrão objetivo [s. 174(2)(a)] com um padrão subjetivo [s. 174(2)(b)]⁽²⁰⁾ de diligência. O padrão objetivo traduz o critério mínimo de atuação que pode ser agravado, mas não reduzido, perante as específicas circunstâncias do administrador em causa⁽²¹⁾. Assim, v.g.: se o administrador é um contabilista certificado, essa circunstância é

⁽¹⁹⁾ Como resulta da secção 178(2) do *Companies Act 2006*, este não é um dever fiduciário, mas sim um dever de *common law* (enunciado na lei) e, como tal, sujeito às correspondentes normas de responsabilidade por negligência. BRENDA HANNIGAN, *Company Law*, 236. Para um desenvolvimento da questão entre nós, cf. BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Deveres fiduciários de cuidado*, 621.

⁽²⁰⁾ No final do séc. XIX e princípios do séc. XX vigorava um padrão puramente subjetivo. Em *In Re City Equitable Fire Insurance Company, Ltd.*, [1925] Ch. 407, 428, declarou Romer J:

«*A director need not exhibit in the performance of his duties a greater degree of skill than may reasonably be expected from a person of his knowledge and experience».*

No final do séc. XX, os tribunais compreenderam que este critério não era suficientemente exigente e adotaram o duplo critério hoje positivado na s. 174 *Companies Act 2006*. Cf. DEREK FRENCH, STEPHEN W. MAYSON e CHRISTOPHER L. RYAN, *Mayson, French & Ryan on Company Law*, 32.ª ed. (2015), 498-499.

⁽²¹⁾ BRENDA HANNIGAN, *Company Law*, 242.

tida em consideração na avaliação da sua conduta perante questões contabilísticas; se é jurista, os seus conhecimentos são tidos em consideração na ponderação de questões legais⁽²²⁾.

A concretização destes padrões pela jurisprudência traduz uma evolução de progressiva intensificação do seu nível de exigência, longe da perspectiva dos *Courts of Chancery* do séc. XIX, nos termos da qual os administradores eram tratados como “*trustees*” ou “*quasi-trustees*” e «(*hopefully*) *well meaning amateurs*»⁽²³⁾.

3. Enquadramento no Direito norte-americano

I. Também no sistema norte-americano se realça a origem histórica do *duty of care* como *tort of negligence*⁽²⁴⁾ e a sua reconstrução pela jurisprudência em regras de diferente conteúdo⁽²⁵⁾. No quadro societário, desde cedo se destacou com um sentido próprio⁽²⁶⁾, correspondendo a um modo de conduta similar à “nossa”

⁽²²⁾ Cf., v.g., *Weaving Capital (UK) Ltd v Dabha*, [2012] EWHC 1480 (Ch), *Roberts v Frohlich*, [2011] EWHC 257 (Ch).

⁽²³⁾ VANESSA FINCH, *Company directors: Who cares about skill and care?*, *The Modern Law Review*, 55:2 (1992), 179-214 (200-202), C.A. RILEY, *The company director's duty of care and skill: The case for an onerous but subjective standard*, *Modern Law Review*, 62 (1999), 697-724 (697-698).

Face à evolução dramática do papel dos administradores nos últimos cem anos, discute-se a possibilidade da configuração do *duty of care* como mecanismo efetivo de eliminação da incompetência dos administradores. FINCH, *Company directors*, 200-202, RILEY, *The company director's duty of care and skill*, 697-698, SARAH WORTHINGTON, *Reforming directors' duties*, *Modern Law Review*, 64:3 (2001), 439-458 (449-450).

⁽²⁴⁾ A qual leva subjacente a ideia de que qualquer pessoa que adote uma conduta que cria risco de dano para outrem está sujeito, como proposição geral, a um dever de atuar como uma pessoa razoavelmente prudente atuaria, nas mesmas circunstâncias, para evitar tal dano. FRANKLIN A. GEVURTZ, *Corporation law*, 2.^a ed. (2010), 278.

⁽²⁵⁾ GEVURTZ, *Corporation law*, 278-279.

⁽²⁶⁾ JAMES D. COX e THOMAS L. HAZEN, *Cox & Hazen on corporations: Including unincorporated forms of doing business*, 2.^a ed. (2003), 476 ss. Já em 1931, explicava I. MAURICE WORMSER, *Frankenstein, Incorporated* (1931), 125-130:

«*Directors owe a three-fold duty to the corporation. First, they must be obedient. Second, they must be diligent. Third, they must be loyal. As to obedience, they of course owe a duty to keep within the powers of the corporation as well as within those of the*

diligência normativa. Nas palavras do *Supreme Court of Delaware*, no caso *Graham v Allis-Chalmers Mfg. Co.*⁽²⁷⁾, de 1963:

«*directors of a corporation in managing the corporate affairs are bound to use that amount of care which ordinarily careful and prudent men would use in similar circumstances*»⁽²⁸⁾.

II. Fruto de uma progressiva evolução jurisprudencial, este dever encontra-se hoje positivado. Sendo o direito das sociedades de natureza eminentemente estadual, e não federal, variam as suas formulações de Estado para Estado⁽²⁹⁾. Para além disso, são particularmente relevantes o § 4.01(a) dos *ALI Principles of Corporate Governance*⁽³⁰⁾ e o § 8.30(b) do *MBCA*⁽³¹⁾.

board of directors (...). With regard to diligence, the directors owe a duty to exercise reasonable care and prudence (...). In no event is the idea to be tolerated that directors serve merely as brightly gilded ornaments of the corporate institution (...). The third duty owing by directors is that of undivided loyalty».

Em todo o caso, alguns autores continuam a apresentar formulações do *duty of care* que de alguma forma os aproximam aos nossos deveres de proteção. Assim, v.g., MELVIN A. EISENBERG sustenta que o *duty of care* dos administradores e *officers* constitui um dever especial imposto pela *law of negligence* que radica na proposição moral de que se uma pessoa assume uma função que envolve risco de dano para outrem, está sujeito ao dever moral de a desempenhar cuidadosamente (*carefully*). MELVIN A. EISENBERG, *The duty of care of corporate directors and officers*, *University of Pittsburgh Law Review*, 51 (1990), 945-972 (945).

⁽²⁷⁾ 41 Del.Ch. 78, 80.

⁽²⁸⁾ Invocando precedentes: *Bowerman v Hamner*, 250 U.S. 504 (do *Supreme Court of the United States*); *Gamble v Brown*, 4 Cir., 29 F.2d 366 (do *Circuit Court of Appeals, Fourth Circuit*), e *Atherton v Anderson*, 6 Cir., 99 F.2d 883 (do *Circuit Court of Appeals, Sixth Circuit*).

⁽²⁹⁾ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, n.ºs de margem 1930-1931. Cf., v.g., WILLIAM A. KLEIN, JOHN C. COFFEE JR. e FRANK PARTNOY, *Business organizations and finance: legal and economic principles*, 11.ª ed. (2010), 156-162, WILLIAM T. ALLEN, REINIER KRAAKMAN e GUHAN SUBRAMANIAN, *Commentaries and Cases on the Law of Business Organizations*, 4.ª ed. (2012), 217-268. Segundo JAMES D. COX, THOMAS L. HAZEN e F. HODGE O'NEAL, *Corporations*, 1 (2000), 10.12, estas diferenças, já referidas como “semânticas”, nem sempre se traduzem em diferenças práticas.

⁽³⁰⁾ De acordo com o qual:

«*a director or officer has a duty to the corporation to perform the director's or officer's functions (...) with the care that an ordinarily prudent person would reasonably be expected to exercise in a like position and under similar circumstances*».

⁽³¹⁾ Segundo o qual:

«*The members of the board of directors or a committee of the board, when becoming informed in connection with their decision-making function or devoting*

Para o que ora importa: também nos EUA o *duty of care* é formulado como um modo de conduta e não como um dever de prestar⁽³²⁾. Assim, os administradores devem desempenhar as suas funções e cumprir os seus deveres de prestar *with care*⁽³³⁾. Nas palavras de BAYLESS MANNING⁽³⁴⁾, a propósito do § 4.01(a) *ALI Principles*:

«the sentence describes the manner in which the director should perform his duties and says nothing of what those duties are».

Não obstante, também nos EUA se verifica um fenómeno de compressão linguística, próprio da fluidez do discurso⁽³⁵⁾ que caracteriza a sua jurisprudência e doutrina, de tal forma que o *duty of care* acaba por ser habitualmente referido como sinónimo da “obrigação de diligente administração”⁽³⁶⁾. Acaba, portanto, por ser trabalhado não só como um modo de conduta, mas também como um dever de prestar⁽³⁷⁾.

attention to their oversight function, shall discharge their duties with the care that a person in a like position would reasonably believe appropriate under similar circumstances».

⁽³²⁾ Assumimos aqui a distinção entre “dever de prestar” e “dever de comportamento”, estranha ao sistema norte-americano, guardando o primeiro conceito para as obrigações em sentido técnico (de acordo com o art. 397.º: o vínculo pelo qual alguém está adstrito para com outrem à realização de uma prestação) — que atribuem ao credor um novo bem jurídico, suplementar face aos que integravam já a sua esfera e independente deles —, cobrindo a segunda os comportamentos que se não identificam com prestações. Cf. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança*, 272-273 (n. 251).

⁽³³⁾ Assim, v.g., WILLIAM MEADE FLETCHER, *Fletcher Cyclopedia of the law of corporations*, 3A (2011), 12, refere-se ao cumprimento das suas obrigações «*in accordance with a minimum standard of care*».

⁽³⁴⁾ BAYLESS MANNING, The business judgment rule and the director’s duty of attention: Time for reality, *Business Lawyer*, 39 (1984), 1478-1479.

⁽³⁵⁾ Esta fluidez poderia ser apresentada como falta de rigor conceptual, mas uma tal afirmação teria necessariamente um pendor pejorativo que recusamos.

⁽³⁶⁾ Nas palavras de LUCA ENRIQUES, HENRY HANSMANN e REINIER KRAAKMAN, The basic governance structure: The interests of shareholders as a class, in *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative and Functional Approach*, 2.ª ed. (2009), 52, o *duty of care* visa por si só garantir uma qualidade mínima na administração da sociedade.

⁽³⁷⁾ Sobre o conceito de dever de prestar, cf. n. 32 *supra*.

Entre nós, sustenta PAULO CÂMARA, O governo das sociedades e a reforma do código das sociedades comerciais, in AA.VV., *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades* (2008), 30, que a locução “deveres de cuidado” engloba a universalidade dos deveres de comportamento profissional ínsitos na posição orgânico-funcional

IV. É nesse sentido que nos *ALI Corporate Governance Principles* se afirma que o *duty of care* conhece algumas concretizações legais, mas é, em geral, indeterminado⁽³⁸⁾, cabendo à jurisprudentia o seu desenvolvimento e concretização⁽³⁹⁾.

As concretizações assim operadas centram-se na dimensão procedimental da obrigação de diligente administração (*e.g.*, dever de estar informado e de dedicar atenção à atividade da sociedade)⁽⁴⁰⁾. Como não poderia deixar de ser, tais concretizações não

do titular do órgão social e decorrentes do investimento de confiança que lhes esteja associado (excluindo os imperativos de lealdade). Noutra ponta (*ibidem*, 34), porém, o autor defende uma diferenciação entre os deveres de cuidado e o grau de diligência empregue no seu cumprimento: os primeiros exprimiriam deveres jurídicos autónomos (critério de ilicitude); a segunda relevaria na avaliação da intensidade do esforço empregue no acatamento dos deveres legais (critério de culpa).

Perante o desenvolvido em FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 713-763, não podemos acompanhar o autor nesta construção. A obrigação de diligente administração — ou “deveres de cuidado”, na locução preferida pelo autor — é concretizável de acordo com o padrão de diligência normativa, pelo que, em regra, não é possível dissociar os deveres jurídicos da intensidade do esforço devido no seu cumprimento. Só assim não será perante deveres específicos, concretizações daquela obrigação expressamente positivadas: nestes casos, verificado o incumprimento ilícito, deverá apurar-se a existência de culpa, para efeitos de responsabilidade civil. Cf. também o nosso *Reliance*: Exclusão da responsabilidade civil dos membros dos órgãos sociais com base na confiança depositada na informação recebida, *RDS*, 8:1 (2016), 49-81 (76-81).

Também não podemos acompanhar BRUNO FERREIRA, Os deveres de cuidado dos administradores e gerentes (Análise dos deveres de cuidado em Portugal e nos Estados Unidos da América fora das situações de disputa sobre o controlo societário), *RDS*, 1:3 (2009), 681-737 (726-727), que dissocia os “deveres de cuidado” do “dever de gestão”, classificando os primeiros como instrumentais face ao segundo. Segundo o autor, o cumprimento dos deveres de cuidado é essencial ao cumprimento do dever de tomar decisões de gestão “razoáveis”.

⁽³⁸⁾ Segundo os *ALI Principles*, comentário ao § 4.01(a), 1.º §, o seu conteúdo pode ainda ser concretizado pelo ato constitutivo (*certificate of incorporation*) ou pelos estatutos (*by-laws*) da sociedade, por deliberações dos acionistas ou do *board*, ou por prática aceite pela própria sociedade.

⁽³⁹⁾ *Vide, e.g.*, as concretizações operadas nos recentes casos *Wayport, Inc. Litigation*, julgado pelo *Chancery Court of Delaware* em 2013 (76 A.3d 296), reconduzindo o *duty of disclosure* aos *duties of care and loyalty*; *Feliciano v. Geneva Terrace Estates Homeowners Association*, pelo *Appellate Court of Illinois* em 2014 (14 N.E.3d 540), reconhecendo que o dever de os administradores se informarem sobre factos relevantes para o seu juízo empresarial (*business judgment*) é parte do *due care* e, não se informando, não podem ser protegidos pela BJR.

⁽⁴⁰⁾ Note-se porém que, como alguma da nossa doutrina tem referido, identifica-se no sistema norte-americano um “dever de tomar decisões razoáveis” como concretização

envolvem qualquer predeterminação das opções substantivas da administração. Ou seja, não vincula a administração ao desenvolvimento desta ou daquela estratégia, à produção e comercialização deste ou daquele produto, etc.⁽⁴¹⁾.

O cariz procedimental de tais *concretizações*, porém, não significa que o *duty of directors and officers to perform their duties with care*, na sua formulação geral, se restrinja a uma dimensão procedimental⁽⁴²⁾. Pode até suceder que a aplicação da *business*

do *duty of care*. Este, porém, é tipicamente esvaziado de conteúdo perante a aplicação da *business judgment rule* e a relutância dos tribunais norte-americanos em sindicar o mérito da conduta dos administradores, em termos que não podem ser transpostos para o nosso sistema, como tivemos oportunidade de defender noutra sede. Cf. FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 763 ss., 883 ss.

Sobre a concretização dos deveres de cuidado no sentido de neles reconhecer um dever de tomar decisões substancialmente razoáveis, cf. JORGE COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2.^a ed. (2010), 18-19, 22-24, HUGO MOREDO SANTOS e ORLANDO VOGLER GUINÉ, Deveres fiduciários dos administradores: algumas considerações (passado, presente e futuro), *RDS*, 5:4 (2013), 691-711 (696). Referindo-se a este dever e à sua substituição pelo padrão menos exigente do “dever de decidir segundo critérios de racionalidade empresarial”, cf., v.g., JORGE COUTINHO DE ABREU e ELISABETE GOMES RAMOS, in *CSC em comentário*, 1 (2010), art. 72.º, 846, RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos administradores e business judgment rule”, in *Reformas do Código das Sociedades*, (2007), 49-86 (75). Cf. também, sobre este ponto, PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de gestão dos administradores de sociedades anónimas* (2012), 277, 307.

(41) Nas palavras do § 8.30 do MBCA, o *duty of care*

«sets forth the standards of conduct for directors by focusing on the manner in which directors perform their duties, not the correctness of the decisions made»

Este labor jurisprudencial de concretização do *duty of care* não pode ser separado do desenvolvimento da *business judgment rule* (*BJR*). Independentemente de não existir uma formulação única para esta regra (como vimos no nosso *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 831-841), a mesma ou delimita o conteúdo do *duty of care* ou as condições da sindicabilidade do seu cumprimento pelos administradores da sociedade (*ibidem*, 828-831). O tema é inesgotável e continua a ocupar a jurisprudência nos dias que correm, como se pode ver em casos recentes (que porém não alteram as coordenadas anteriores) como *Federal Deposit Insurance Corporation v. Loudermilk*, julgado pelo *Supreme Court of Georgia* em 2014 (761 S.E.2d 332); *Feliciano v. Geneva Terrace Estates Homeowners Association*, julgado pelo *Appellate Court of Illinois* em 2014 (14 N.E.3d 540); *TP Orthodontics, Inc. v. Kesling*, julgado pelo *Supreme Court of Indiana* em 2014 (15 N.E.3d 98) e *Rapkin Group, Inc. v. Cardinal Ventures, Inc.*, julgado pelo *Court of Appeals of Indiana* em 2015 (29 N.E.3d 752).

(42) Sem prejuízo das flutuações da jurisprudência, cf., neste sentido, v.g., STEPHEN M. BAINBRIDGE, The business judgment rule as abstention doctrine, *Vanderbilt Law Review*,

judgment rule, numa das suas várias formulações (“*the process-versus-substance distinction*”)(⁴³), restrinja a responsabilidade dos administradores aos casos de violação de deveres procedimentais. Isto não significa, porém, que a concretização da proposição *performance of duties with due care* não permita identificar resultados de mérito vinculativos para os administradores. Essa vinculação não é prejudicada pela ausência de consequências ao nível da responsabilidade civil.

4. O sentido no Direito português: concretizações das obrigações de diligente administração e de diligente fiscalização

I. No nosso sistema jurídico, as obrigações de administração e de fiscalização encontram o seu fundamento nas normas de competência dos respetivos órgãos: *e.g.*, arts. 252.º/1 e 259.º para os gerentes das Ls., 405.º e 420.º para o conselho de administração e conselho fiscal das SA no modelo tradicional (e não no art. 64.º)(⁴⁴). Estas refletem-se depois na esfera dos seus membros através das respetivas regras de funcionamento.

Sem prejuízo das concretizações legais, em geral, não é possível conhecer *ab initio* a conduta devida pelos administradores e fiscalizadores. Contudo, nos termos gerais dos nossos quadros jus-obrigacionais, esta é determinável perante as específicas circunstâncias do caso

57 (2004), 83-130 (101-102), STEPHEN J. LUBBEN e ALANA J. DARNELL, Delaware’s Duty of Care, *Delaware Journal of Corporate Law*, 31:2 (2006), 589-630 (628-630). Entre nós, em sentido aparentemente contrário, cf. SUSANA MORAIS NEVES, Os deveres de cuidado dos administradores nos grupos verticais de sociedades, *RDS* 7:4 (2014), 21-277 (222).

(⁴³) Sobre as diferentes formulações, cf. FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 831-841.

(⁴⁴) Sobre a fundamentação destas obrigações nas normas de competência, cf. FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 703-713. Em sentido aparentemente idêntico, MENEZES CORDEIRO, *CSC Clássica*2, art. 64.º, 252, sustenta que o art. 64.º se reporta ao modo de concretização dos deveres de gestão e de representação.

concreto, tanto *ex ante* como *ex post*, de acordo com o padrão de “diligência normativa”⁽⁴⁵⁾, *i.e.*, o grau de esforço fixado em abstrato⁽⁴⁶⁾ e requerido pelo Direito para a execução da conduta devida⁽⁴⁷⁾. A determinação casuística traduz a formulação de normas de conduta que podem admitir uma ou mais alternativas de ação, deixando uma maior ou menor margem de discricionariedade (*Ermessensraum*) ao administrador/fiscalizador⁽⁴⁸⁾.

Diferentemente, perante deveres específicos, sendo a conduta devida determinada, a diligência opera já não ao nível da delimitação do espaço de *ilicitude* (como bitola de concretização da prestação), mas sim como critério de *culpa*. Ou seja, demonstrado o preenchimento da previsão normativa, segue-se o juízo de censurabilidade do sujeito⁽⁴⁹⁾.

Recorde-se, porém, que a distinção entre ilicitude e culpa só releva na medida em que os critérios para aferição de uma e outra não sejam os mesmos⁽⁵⁰⁾.

II. No domínio societário, o art. 64.º distingue, aparentemente, duas bitolas de diligência: no caso dos gerentes e administradores remete para o critério do “gestor criterioso e ordenado”;

(45) Cf., *v.g.*, STJ 17-set.-2009 (Fonseca Ramos), Proc. 94/07.8TYLSB.L1.S1.

(46) Corresponde à diligência psicológica típica ou diligência dum tipo abstrato de homem e não por referência à diligência psicológica de que o agente é capaz (*diligência máxima*), à diligência psicológica que ele põe normalmente nos próprios negócios (*diligência média*) ou à sua diligência psicológica normal (*diligência média*). FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos de responsabilidade civil*, 1967, 89-92.

(47) PESSOA JORGE, *Ensaio*, 76-77, FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 722-733.

(48) A discricionariedade é um resultado normativo: resulta unicamente do ordenamento jurídico e não de quaisquer considerações da ciência económica relativas à importância do empreendedorismo empresarial. Cf. FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 802-821. Deve evitar-se a inversão metodológica, partindo de apriorismos que condicionam a interpretação jurídica, nos termos sugeridos, *v.g.*, por GABRIEL FREIRE DA SILVA RAMOS, *A business judgement rule e a diligência do gestor criterioso e ordenado*, *RDS* 4:4 (2013), 837-858 (850).

(49) Esta posição foi desenvolvida recentemente no nosso *Reliance: Exclusão da responsabilidade civil*, *cit.*

(50) ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais* (1997), 459.

no caso dos órgãos sociais com funções de fiscalização exige o emprego de “elevados padrões de diligência profissional”.

Apesar do seu “copioso verbalismo”⁽⁵¹⁾, estas bitolas têm o mesmo sentido⁽⁵²⁾, impondo ao intérprete-aplicador a questão: qual a conduta que, no caso concreto, o gestor criterioso e ordenado (ou o fiscalizador com elevados padrões de diligência profissional) adotaria com vista à promoção do interesse da sociedade? Ou, por outras palavras, com vista à “multiplicação dos pães e dos peixes”⁽⁵³⁾, no quadro da assunção do risco empresarial que caracteriza a atividade desenvolvida pelos órgãos sociais em nome da sociedade⁽⁵⁴⁾.

A diligência assim enunciada constitui um paralelo da *Sorgfalt* alemã que, historicamente, não se confundia com o *care* anglo-saxónico, mas que hoje apresenta aproximações notórias⁽⁵⁵⁾. Este último traduzia, na *law of negligence*, vetores de proteção da pessoa e do património, mas evoluiu entretanto, no específico contexto jus-societário, para um modo de conduta e, fruto da sua compressão linguística com a obrigação de administrar, como um misto de ilicitude e culpa.

III. Se assim é, qual o sentido da referência a “deveres de cuidado” (no plural, note-se) no art. 64.º/1, *a*) e 2 do CSC?

Perante o disposto no art. 9.º/3 do CC, seguramente não podemos assumir que o legislador pretendeu, neste contexto, reescrever todo o sistema jus-obrigacional. «*Há que manter os quadros*

(51) Nas palavras de JOÃO CALVÃO DA SILVA, A responsabilidade civil dos administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão, *ROA*, 67:1 (2007), 103-158 (145).

(52) Trata-se de uma bitola mais exigente do que a comum do *bonus pater familias* por se dirigir a especialistas fiduciários encarregues, consoante o caso, da gestão de bens alheios ou da vigilância desta. FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, n.ºs de margem 1859-1863.

(53) FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 9.

(54) Longe dos paralelos com a posição do *trustee*, averso ao risco, em tempos sustentados nos sistemas anglo-saxónicos.

(55) No sentido do paralelo com a *Sorgfalt* alemã, mas sustentando a contraposição ao *care* anglo-saxónico, cf. MENEZES CORDEIRO, *Os deveres fundamentais*, 448-450.

civis»⁽⁵⁶⁾. Estes “deveres de cuidado” não visam portanto substituir a “diligência normativa”, seja enquanto bitola de concretização da prestação, seja enquanto critério de culpa. A jurisprudência parece confirmar esta perspectiva, mas com flutuações terminológicas.

Certamente, também não visam substituir a “obrigação de administração” ou a “obrigação de vigilância”, enquanto conceitos-síntese (*Inbegriff*) dos complexos normativos a que estão sujeitos os órgãos de administração e de fiscalização⁽⁵⁷⁾, fundamentadas nas correspondentes normas de competência (e não no art. 64.º). Não reconhecemos assim a existência de um “dever geral de cuidado”⁽⁵⁸⁾.

O seu sentido é outro: os deveres positivados no art. 64.º/1, *a*) e 2, sob a infeliz designação “deveres de cuidado”⁽⁵⁹⁾ (no plural, sublinha-

⁽⁵⁶⁾ Recordamos aqui as sábias palavras de MENEZES CORDEIRO, *Direito das sociedades*, 13, 860, sobre a responsabilidade civil dos administradores: «*Perante a realidade jurídica nacional e considerando as comuns e elementares aspirações de coerência jurídico-científica, não vemos qualquer utilidade em duplicar (ou multiplicar) os sistemas de responsabilidade civil. Haverá assim que manter os quadros civis. E em qualquer caso: será um grave erro de método pretender, sem justificação e sem atentar no que se faz, reescrever, a propósito da responsabilidade dos administradores, todo o sistema de responsabilidade civil.*».

⁽⁵⁷⁾ CARNEIRO DA FRADA, *A business judgment rule*, 66, FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, n.ºs de margem 323, 525, 632, 838, 1367, 1714, 1753, 1795, 1830, 1942-1957.

⁽⁵⁸⁾ Nos termos sugeridos, v.g., por COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade Civil*2, 16 ss. — citado, v.g., por STJ 28-fev.-2013 (Granja da Fonseca), Proc. 189/11.3TBCBR. C1.S1 —, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Responsabilidade Civil dos Gestores das Sociedades Comerciais*, *DSR* 1:1 (2009), 11-32, *Id.*, *Business judgment rule, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o art. 64.º do Código das Sociedades Comerciais*, *DSR*, 1:2 (2009), 41-79 (51), RICARDO COSTA e GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *CSC em comentário*, 1 (2010), art. 64.º, 728 ss., MANUEL FRAGOSO MENDES, *Entre o temerário e o diligente — A business judgment rule*, *RDS* 6:3-4 (2014), 809-832 (819-825), HUGO LUZ DOS SANTOS, *Os deveres fiduciários dos gerentes das sociedades comerciais*, *RDS* 7:1 (2015), 109-157 (129).

⁽⁵⁹⁾ A opção terminológica é infeliz. Em primeiro lugar, estes “deveres de cuidado” não se confundem com os deveres de cuidado ou segurança, enquanto deveres acessórios ou laterais de conduta (*Nebenpflichten*) (cf., v.g., CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual* (1970), 342-345 (n. 2), ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito civil* (1984), 603-604 e *Tratado de Direito civil*, 6, 2.ª ed., 2012, 498-518, em especial, 517), nem com os deveres de cuidado delituais (deveres no tráfico ou deveres de prevenção de perigo) (cf., v.g., MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção* (1994), 163 ss. e *Teoria da confiança*, 153 (n. 111), 235-238, 251-270, MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, 62, 393-397, 514). Tanto uns como outros têm uma finalidade *negativa*, visam proteger o seu titular ativo dos riscos de danos na sua pessoa e património. Pelo

mos novamente) não são mais do que concretizações da obrigação de administração ou da obrigação de vigilância (consoante o caso), modeladas pela correspondente bitola de diligência normativa⁽⁶⁰⁾.

São, na verdade, concretizações em *tipos intermédios* entre a proposição mais geral, *i.e.*, a obrigação de diligente administração/fiscalização, e a norma de conduta no caso concreto. Isto porque a simples enunciação destes deveres não esclarece o intérprete-aplicador sobre o concreto comportamento devido em cada caso, como veremos de seguida.

IV. Estas concretizações foram alcançadas, como vimos, pelo desenvolvimento jurisprudencial nos sistemas anglo-saxónicos, permitindo identificar deveres (mais) específicos dos administradores e fiscalizadores⁽⁶¹⁾.

Alguns destes deveres foram positivados entre nós, pelo legislador de 2006, no art. 64.º/1, *a*) e 2: são os deveres de disponibilidade, de aquisição da competência técnica e de obtenção do conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções (dever estrutural de obtenção de informação)⁽⁶²⁾.

contrário, os “deveres de cuidado” referidos no art. 64.º/1, *a*), enquanto concretizações da mais ampla obrigação de diligente administração, são teleologicamente ordenados à prossecução e desenvolvimento dos melhores interesses da sociedade. Por outro lado, enquanto tal, não se confundem com “modos de conduta” que caracterizam o dever de diligência (ou dever de cuidado, neste outro sentido). Cf. CARNEIRO DA FRADA, *A business judgment rule*, 67.

⁽⁶⁰⁾ No mesmo sentido, MENEZES CORDEIRO, *CSC Clássica2*, art. 64.º, anot. 4, citado, *v.g.*, por RPt 12-abr.-2012 (Leonel Serôdio), Proc. 9836-09, refere que a atual redação do art. 64.º visou fixar um núcleo mínimo de deveres dos administradores e densificá-los. Este parece ser também o sentido subjacente à afirmação de MENEZES CORDEIRO, *Os deveres fundamentais*, 478-480, de que se deve interpretar a al. *a*) do art. 64.º/1 no seu conjunto, «*exprimindo a boa velha (e sempre útil) bitola de diligência, acompanhada por algumas precisões*».

Referindo-se a uma densificação dos “deveres gerais de gestão”, cf. STJ 17-set.-2009 (Fonseca Ramos), Proc. 94/07. Cf. tb., com a mesma referência, STJ 1-abr.-2014 (Fonseca Ramos), Proc. 8717/06, STJ 30-set.-2014 (Fonseca Ramos) Proc. 1195/08, mas com algumas imprecisões que merecem os reparos enunciados no último ponto deste artigo.

⁽⁶¹⁾ Cf. o nosso *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 588-614 e 626-649, onde analisamos a evolução jurisprudencial e doutrinária do papel normativamente reservado aos administradores nos sistemas societários britânico e norte-americano.

⁽⁶²⁾ Para uma análise destes deveres, remetemos para FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 769-770 (n. 2749), bem como para ABA, *MBCA*

A estes somam-se os deveres de atuar em termos informados (dever conjuntural de obtenção de informação) e segundo critérios de racionalidade empresarial⁽⁶³⁾ que, a nosso ver, decorrem do art. 72.º/2⁽⁶⁴⁾.

annotated, 2005, 373-375 (8-47 a 8-49), e, entre nós, para PAULO CÂMARA, *O governo das sociedades e a reforma*, 30-33, VÂNIA MAGALHÃES, A conduta dos administradores das sociedades anónimas: deveres gerais e interesse social, *RDS*, 1:2 (2009), 379-414 (387-388) (mas note-se não ser correta a afirmação da autora de que a bitola de diligência é consumida pelos deveres de cuidado, a pp. 391-392), e BRUNO FERREIRA, *Os deveres, passim*, com um apanhado da bibliografia sobre o tema.

⁽⁶³⁾ Entre nós, alguma doutrina tem identificado outros deveres de cuidado não expressamente referidos nestas duas normas. Cf., v.g., MOREDO SANTOS e VOGLER GUINÉ, *Deveres fiduciários*, 696-698. Referindo-se à conhecida repartição de EISENBERG, há muito refletida nos *Principles of Corporate Governance* do *American Law Institute*, cf., v.g., JOÃO SOARES DA SILVA, *A responsabilidade civil dos administradores de sociedades: os deveres gerais e os princípios da corporate governance*, *ROA* 57 (1997), 605-628 (620-624), PEDRO CAETANO NUNES, *Corporate governance* (2006), 22. Cf. tb. a posição de COUTINHO DE ABREU, na n. 67 *infra*.

⁽⁶⁴⁾ Esta qualificação resulta da exposição da própria CMVM, nos trabalhos preparatórios da reforma de 2006 (*Governo das sociedades anónimas: Propostas de alteração ao código das sociedades comerciais: Processo de consulta pública n.º 1/2006*, 2006, 16), nos quais afirma:

«os deveres de diligência (*duties of care*) — que se reportam, genericamente, ao desenvolvimento de um esforço adequado (*designadamente informativo*) e a uma correção técnica da actuação dos administradores, segundo critérios de racionalidade económica — devem ser complementados pela explícita alusão aos deveres de lealdade dos administradores».

Cf., no mesmo sentido, BRUNO FERREIRA, *Os deveres*, 711. Recorde-se que o art. 72.º/2 é aplicável aos membros dos órgãos de fiscalização *ex vi* art. 81.º. Cf. FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 915 ss.

Nos termos por nós sustentados em *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 913-915, entre nós, a *BJR* corresponde — e que parecem confirmados perante o sugerido pela CMVM na sua proposta de alteração do CSC — a uma concretização ou densificação da obrigação de prestar, na sua dimensão procedimental, que não exclui a necessidade de determinação dos resultados subalternos (que se podem dizer de “mérito”) que se imponham (pela aplicação da bitola de diligência normativa) e da atuação em conformidade com os mesmos. Se os deveres legais, devidamente concretizados, impuserem um resultado subalterno — ou, por outras palavras, uma conduta de tal forma determinada que não oferece margem de ponderação ou discricionariedade ao devedor — será *ilícita* a conduta desconforme, sem prejuízo da possibilidade de existência de uma qualquer causa de justificação que, num momento logicamente posterior, afaste o juízo de antijuridicidade. Se a obrigação de prestar, devidamente determinada, admitir várias alternativas de ação, será *ilícita* a conduta que não caiba nas alternativas normativamente admissíveis.

Estes são desenvolvimentos do mais amplo quadro dogmático jus-obrigacional que não se pode pretender reescrever para este efeito. Em conjunto, correspondem ao mínimo denominador comum⁽⁶⁵⁾ do complexo de deveres imputáveis aos *administradores e fiscalizadores*⁽⁶⁶⁾ em qualquer sociedade comercial⁽⁶⁷⁾. São deveres de cariz *procedimental*, nos termos desenvolvidos nos sistemas anglo-saxónicos face à relutância da jurisprudência em sindicar decisões empresariais⁽⁶⁸⁾.

V. A sua positivação não preclui a identificação de outros “deveres de cuidado” pela jurisprudência e pela doutrina, através da concretização das obrigações de diligente administração e de diligente vigilância⁽⁶⁹⁾.

Não preclui também a concretização adicional das suas proposições perante as específicas circunstâncias de cada caso. Tais proposições são, como referimos antes, concretizações em *tipos intermédios* entre a obrigação de diligente administração/fiscalização e a norma de conduta formulada perante o caso concreto.

(65) Em sentido idêntico, também BRUNO FERREIRA, *Os deveres*, 711.

(66) O art. 64.º/1, *a*) refere-se apenas aos gerentes e administradores de sociedades, mas o n.º 2 imputa aos titulares de órgãos sociais com funções de fiscalização idênticos “deveres de cuidado”.

(67) De acordo com JAMES D. COX e THOMAS L. HAZEN, *Cox & Hazen on corporations: Including unincorporated forms of doing business*, 2.ª ed., 2003, 492-493, também citado por COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil* 2, 18-24, o *duty of care* pode ser dividido em três segmentos: (i) o dever de controlo ou vigilância organizativo-funcional; (ii) o dever de atuação procedimentalmente correta (para a tomada de decisões) e (iii) o dever de tomar decisões (substancialmente) razoáveis (tradução do Prof. Coutinho de Abreu). Cf., no mesmo sentido, EISENBERG, *The duty of care, passim*.

(68) Em particular, no espaço norte-americano, os tribunais tendem a só desenvolver o conteúdo substantivo do *duty of care* quando não é aplicável a *business judgment rule*. GEVURTZ, *Corporation law* 2, 286 ss., CHARLES HANSEN, *The duty of care, the business judgment rule, and the American Law Institute corporate governance project*, *Business Lawyer*, 48, 1993, 1356, FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 821 ss.

(69) No mesmo sentido da não taxatividade dos “deveres de cuidado” previstos no art. 64.º/1, *a*), cf., v.g., MENEZES CORDEIRO, *Os deveres fundamentais*, 485, PAULO CÂMARA, *O governo das sociedades e a reforma*, 30, SUSANA MORAIS NEVES, *Os deveres de cuidado*, 234-235.

Assim, só perante as específicas circunstâncias da sociedade num determinado momento histórico (a sua dimensão, a complexidade da sua atividade, o tipo de mercado em que atua, o tipo de produtos que comercializa, etc.) é possível responder à questão sobre qual a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade societária adequados às suas funções [art. 64.º/1, a)].

Da mesma forma, só perante a concreta decisão a tomar pelo administrador/fiscalizador (incluindo as condicionantes do processo decisório da qual resultam pressões de tempo e de custos) se poderá completar a concretização da obrigação de administração/fiscalização para determinar a informação que o mesmo deve obter para atuar conscienciosamente no caso concreto, bem como para identificar os critérios de racionalidade empresarial que devem nortear a sua ponderação⁽⁷⁰⁾.

VI. Estamos já não perante uma bitola de diligência, mas perante verdadeiras normas de conduta que modelam a conduta dos sujeitos e constituem critérios de ilicitude⁽⁷¹⁾. Impõem ao administrador/fiscalizador que revele determinada disponibilidade, obtenha certa informação e ordene o seu processo de decisão segundo determinados critérios de racionalidade empresarial.

Contrariamente ao sustentado por MENEZES CORDEIRO⁽⁷²⁾, não são *deveres incompletos*: são deveres mais específicos que resul-

⁽⁷⁰⁾ Cf. M.ª ELISABETE GOMES RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores e diretores de sociedades anónimas perante os credores sociais*, 2002, 89, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil — Responsabilidade civil — O método do caso*, 2006, 119-120, NUNO TRIGO DOS REIS, “Os deveres de lealdade dos administradores de sociedades comerciais”, in *Temas de Direito Comercial*, Cadernos o Direito, 4, 2009, 333-334, FERREIRA GOMES, A discricionariedade empresarial, a *business judgment rule* e a celebração de contratos de *swap* (e outros derivados), in *CdMVM: Ensaios de Homenagem a Amadeu Ferreira*, 2, 57-98 (62-63), *Id.*, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, n.º de margem 1858.

⁽⁷¹⁾ No sentido da recondução dos “deveres de cuidado” a critérios de ilicitude, cf., v.g., PAULO CÂMARA, *O governo das sociedades e a reforma*, 171. Aparentemente em sentido divergente, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil*², 24, parece concluir que os deveres de cuidado previstos no art. 64.º/1, a) podem relevar, por si sós, em sede de ilicitude e de culpa.

⁽⁷²⁾ *Direito das sociedades*, 1, 3.ª ed., 2011, 987-988.

tam da concretização da obrigação de administração/fiscalização, de acordo com a bitola de diligência normativa, mas que não esgotam essa mesma concretização, como referimos já.

É verdade que, tipicamente, ninguém pode ser responsabilizado por, em abstrato, não ter disponibilidade, competência técnica ou conhecimento da atividade da sociedade. Isso não significa, porém, que o comando normativo seja incompleto, mas tão somente que a sua violação, só por si, normalmente não é suscetível de causar danos à sociedade⁽⁷³⁾. Faltando este pressuposto, não haverá responsabilidade civil, mas poderá haver outras consequências, *maxime*, destituição com justa causa.

Seguidamente, analisamos sinteticamente cada um destes deveres, atendendo, em particular, à rica experiência jurisprudencial anglo-saxónica (e à doutrina sobre ela assente) que, nesta matéria, não pode ser ignorada⁽⁷⁴⁾. Sem prejuízo, naturalmente, das adaptações que se imponham face aos nossos quadros dogmáticos.

5. O dever de aquisição de competência técnica adequada às suas funções [art. 64.º/1, a) e 2]

I. Para compreensão deste dever no sistema norte-americano, partimos da sentença proferida no caso *Francis v. United Jersey Bank*, de 1981⁽⁷⁵⁾, na qual o *Supreme Court of New Jersey* declarou:

(73) Os danos tipicamente resultam da não adoção de uma conduta subsumível à mais geral obrigação de diligente administração/fiscalização: *e.g.*, o administrador que, pelo facto de não ter organizado a sua vida, assegurando disponibilidade para o exercício do seu cargo, não se apercebeu dos atos de outro administrador de delapidação do património social, incumpriu a sua obrigação de vigilância, causando danos à sociedade.

(74) Lançando idêntico apelo, cf., *v.g.*, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Business judgment rule, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa* e o art. 64.º do Código das Sociedades Comerciais, *DSR*, 1:2 (2009), 41-79 (50-52), e BRUNO FERREIRA, *Os deveres*, 735.

(75) 87 N.J. 15, 432 A.2d 814, 821-822.

«As a general rule, a director should acquire at least a rudimentary understanding of the business of the corporation. Accordingly, a director should become familiar with the fundamentals of the business in which the corporation is engaged (...). If one “feels that he has not had sufficient business experience to qualify him to perform the duties of a director, he should either acquire the knowledge by inquiry, or refuse to act».

Porém, como explica EISENBERG⁽⁷⁶⁾, os administradores executivos, sendo *officers of the corporation*, devem ter uma especial competência — a competência de *managers*. Para além disso, na medida em que ocupem um cargo especializado (*chief financial officer, chief legal officer, etc.*), devem ter a competência necessária para o exercício desse cargo.

II. Entre nós, do art. 64.º/1 a) e 2 resulta um dever de recusa de cargo social para o qual não se tenha a necessária competência técnica⁽⁷⁷⁾, salvo quando essa lacuna seja suscetível de ser preenchida em tempo útil, sem prejuízo para a sociedade.

Quando a falta dessa competência seja superveniente — fruto da evolução da atividade da sociedade ou de outras circunstâncias — deve o administrador ou fiscalizador tomar as medidas necessárias ao preenchimento dessa lacuna. Não o fazendo, deverá renunciar ao cargo⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷⁶⁾ EISENBERG, *The duty of care*, 951.

⁽⁷⁷⁾ Neste sentido, v.g., NUNO TRIGO REIS, Os deveres de lealdade dos administradores de sociedades comerciais, in *Cadernos O Direito: Temas de Direito Comercial* (2009), 279-419 (315), MANUEL CARNEIRO DA FRADA, Direito civil — Responsabilidade civil — O método do caso (2006), 120, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil2*, 24.

⁽⁷⁸⁾ Cf. NUNO TRIGO REIS, *Os deveres de lealdade*, 315, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil2*, 24. Sobre esta questão, no contexto da contratação de derivados, cf. JOSÉ FERREIRA GOMES, A discricionabilidade empresarial, a *business judgment rule* e a celebração de contratos de swap (e outros derivados), in *CdMVM: Ensaios de Homenagem a Amadeu Ferreira*, 2015, 89. Sobre a existência de um dever mínimo de perícia, cf. NUNO TRIGO REIS, *Os deveres de lealdade*, 315 (n. 111), e ELISABETE GOMES RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores e directores das sociedades anónimas perante os credores sociais* (2002), 92-93 (n. 192).

6. O dever de obtenção do conhecimento sobre a atividade da sociedade [art. 64.º/1, a) e 2]

I. O dever de obtenção de conhecimento sobre a atividade da sociedade tem correspondência, no Direito norte-americano, tanto no *duty to monitor* como no *duty of inquiry*⁽⁷⁹⁾.

O *duty to monitor* compreende a adstrição a uma análise crítica da informação prestada aos membros do *board* ou que para estes flui através de sistemas de informação (incluindo os sistemas de gestão de riscos, os sistemas de controlo interno e os sistemas de auditoria interna), bem como aquela outra de assegurar a criação e manutenção de adequados sistemas de informação⁽⁸⁰⁾.

Para a sua compreensão, no sistema norte-americano, podemos partir novamente da sentença proferida pelo *Supreme Court of New Jersey* no caso *Francis v. United Jersey Bank*, de 1981⁽⁸¹⁾, cuja exposição é particularmente esclarecedora:

«*Directors are under a continuing obligation to keep informed about the activities of the corporation. Otherwise, they may not be able to participate in the overall management of corporate affairs. (...) Directors may not shut their eyes to corporate misconduct and then claim that because they did not see the misconduct, they did not have a*

(79) Perante o nosso sistema, propusemos a estruturação das obrigações de administração e de vigilância em poderes-deveres de obtenção de informação e inspeção, dever de avaliação e poderes-deveres de reação, cf. FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 771 ss. Nesse contexto, o “dever de obtenção do conhecimento sobre a atividade da sociedade” traduz um poder-dever *estrutural* de obtenção de informação (por contraposição ao *conjuntural*, inerente a cada concreto processo de decisão) do qual decorre a adstrição a uma atividade *cognitiva*. Não inclui no seu conteúdo, portanto, as dimensões *valorativa* e *reativa*. Diferentemente, no sistema norte-americano, o *duty to monitor* e o *duty to inquiry* não se limitam a uma dimensão *cognitiva*, incluindo também as dimensões *valorativa* e *reativa* próprias da obrigação de vigilância.

Entre nós, na análise precursora de JOÃO SOARES DA SILVA, *A responsabilidade civil*, 623, datada de 1997, o *duty of inquiry* é sistematicamente apresentado não no contexto de um dever *estrutural* de obtenção de informação, próprio do acompanhamento da atividade da sociedade, mas como um dever *conjuntural*, inserido num concreto processo de decisão. Com a devida vênia, não podemos acompanhar esta visão.

(80) Cf. EISENBERG, *The duty of care*, 951-952, MANNING, *The business judgment rule*, 1484.

(81) 432 A.2d 814, 822-823.

duty to look. The sentinel asleep at his post contributes nothing to the enterprise he is charged to protect.

Directorial management does not require a detailed inspection of day-to-day activities, but rather a general monitoring of corporate affairs and policies. (...) Accordingly, a director is well advised to attend board meetings regularly.

While directors are not required to audit corporate books, they should maintain familiarity with the financial status of the corporation by a regular review of financial statements. (...) The review of financial statements, however, may give rise to a duty to inquire further into matters revealed by those statements. (...) Upon discovery of an illegal course of action, a director has a duty to object and, if the corporation does not correct the conduct, to resign. (...)

In certain circumstances, the fulfillment of the duty of a director may call for more than mere objection and resignation. Sometimes a director may be required to seek the advice of counsel. (...) Sometimes the duty of a director may require more than consulting with outside counsel. A director may have a duty to take reasonable means to prevent illegal conduct by co-directors; in any appropriate case, this may include threat of suit.

A director is not an ornament, but an essential component of corporate governance. Consequently, a director cannot protect himself behind a paper shield bearing the motto, “dummy director”».

Há vários aspetos desta passagem que são criticáveis à luz dos desenvolvimentos entretanto verificados nos últimos 35 anos, incluindo a extensão da informação que os administradores devem acompanhar com regularidade e a intensidade da sua intervenção sobre a mesma. Em todo o caso, continua a servir de referência no reconhecimento do papel central dos administradores no governo da sociedade, coerente com a afirmação de que o conselho de administração é o primeiro fiscalizador da atividade empresarial⁽⁸²⁾.

Neste contexto, afirma-se frequentemente nos EUA que a *business judgment rule* protege de responsabilidade civil apenas os administradores que *tomam decisões* e não aqueles que *não atuam*

⁽⁸²⁾ Neste sentido, FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, n.ºs de margem 333, 2324.

quando deveriam para salvaguardar o interesse da sociedade⁽⁸³⁾. É portanto mais provável que os administradores sejam responsabilizados por não fiscalizarem ou por não detetarem uma fraude do que por tomarem uma decisão empresarial que acabou por acarretar prejuízos para a sociedade⁽⁸⁴⁾.

II. O *duty of inquiry* vincula o administrador a reagir aos indícios de irregularidades de que tome conhecimento, procurando as informações necessárias ao conhecimento da real situação da sociedade. Como explica BAYLESS MANNING⁽⁸⁵⁾:

«[N]o director or group of directors may choose to ignore credible signals of serious trouble in the company. If a director is informed through a credible source that there is reason to believe that the chief financial officer is a compulsive gambler, the director must take an initiative; he may not sit back and wait for the management to bring the matter to the board's attention. There will usually be a wide range of possible actions which a director could reasonably take to pursue such a matter and thereby fulfill his obligation as a director; but he cannot simply do nothing. Execution of this responsibility of a director will be episodic and, typically, infrequent, but the responsibility itself is ongoing and present every day».

A este propósito, veja-se a sentença proferida pelo *Supreme Court of the United States* no caso *Bates v. Dresser*, de 1920⁽⁸⁶⁾, sobre a ausência de reação do presidente (Dresser) e demais administradores de um pequeno banco perante indícios de apropriação indevida de fundos por um funcionário (Coleman). Num momento

⁽⁸³⁾ Cf. também, v.g., os acórdãos proferidos, em 1986 pelo *US Court of Appeals, 10th Circuit*, no caso *Hoye v. Meek* (795 F.2d 893), em 1963 pelo *Supreme Court of Delaware*, no caso *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Company* (188 A.2d 125, 130), em 1996 pelo *Court of Chancery of Delaware*, no caso *In re Caremark International Inc. Derivative Litigation* (698 A.2d 959), e em 2009 novamente pelo *Court of Chancery of Delaware*, no caso *In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation*, 2009 WL 481906. Para uma análise destes últimos, cf., v.g., ALLEN, KRAAKMAN e SUBRAMANIAN, *Commentaries*4, 252-259.

⁽⁸⁴⁾ ALLEN, KRAAKMAN e SUBRAMANIAN, *Commentaries*4, 236.

⁽⁸⁵⁾ MANNING, *The business judgment rule*, 1484-1485.

⁽⁸⁶⁾ 251 U.S. 524, 40 S.Ct. 247.

inicial, o presidente tomou conhecimento de que havia montantes em falta e, não tendo sido identificados os responsáveis diretos, exigiu a renúncia do caixa (Cutting). Este, antes de sair, avisou o presidente de que alguém estava a furtrar dinheiro. O presidente não reagiu. Coleman, que iniciou a sua colaboração com o banco como mensageiro, passando rapidamente a contabilista, foi então promovido a caixa, usando esta sua posição para, de forma sucessiva, se apropriar de fundos do banco. O caso foi tão grave que terminou com a insolvência deste pequeno banco.

O *Supreme Court* considerou que os administradores não executivos não violaram o seu *duty of care*, porque não tinham violado o seu *duty to monitor* e porque não tinham tido conhecimento de factos que pudessem fundamentar a imputação de um *duty of inquiry*. Segundo o tribunal:

«[The directors'] confidence seemed warranted by the semi-annual examinations by the government examiner, and they were encouraged in their belief that all was well by the president, whose responsibility, as executive officer; interest, as large shareholder and depositor; and knowledge, from long daily presence in the bank, were greater than theirs»⁽⁸⁷⁾.

Ainda segundo o tribunal, a posição do presidente, Dresser, era diferente porque, na prática, este era *master of the situation*⁽⁸⁸⁾. Dresser tinha acesso aos registos de depósitos, tomou conhecimento de indícios e foi avisado de factos que não podia ter ignorado. Estes factos não eram em si conclusivos, mas se não tivessem sido ignorados, se Dresser tivesse examinado os registos de depósitos, a situação passada teria sido exposta e futuros furtos prevenidos. Assim, concluiu o tribunal que o mesmo não cumpriu o seu *duty to monitor* e, tendo tomado conhecimento de indícios de irregularidades, também não cumpriu o seu *duty to inquiry*.

O enquadramento normativo da conduta dos administradores não executivos neste caso está completamente ultrapassado — sendo particularmente criticável a afirmação de que era legítima a confiança

⁽⁸⁷⁾ 251 U.S. 524, 530.

⁽⁸⁸⁾ 251 U.S. 524, 530.

nas avaliações dos revisores públicos, numa clara subversão de papéis na articulação entre o governo interno e a supervisão pública⁽⁸⁹⁾ —, mas continua a valer a síntese de EINSEBERG, segundo o qual:

«In short, directors and officers are under a duty to use reasonable care in following up on information that has been acquired either through the performance of the monitoring function or otherwise, and which should raise cause for concern»⁽⁹⁰⁾.

III. A discussão em torno do conteúdo dos deveres enunciados não pode hoje ser dissociada daquela relativa à criação e manutenção de adequados sistemas destinados a assegurar fluxos de informação intrasocietários. Neste sentido, começamos por recordar a histórica afirmação do *Supreme Court of Delaware* no caso *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Company*, de 1963⁽⁹¹⁾:

*«The precise charge made against these director defendants is that, even though they had no knowledge of any suspicion of wrongdoing on the part of the company's employees, they still should have put into effect a system of watchfulness which would have brought such misconduct to their attention in ample time to have brought it to an end. However, the Briggs case expressly rejects such an idea. On the contrary, it appears that directors are entitled to rely on the honesty and integrity of their subordinates until something occurs to put them on suspicion that something is wrong. If such occurs and goes unheeded, then liability of the directors might well follow, but **absent cause for suspicion there is no duty upon the directors to install and operate a corporate system of espionage to ferret out wrongdoing which they have no reason to suspect exists»⁽⁹²⁾.***

Esta decisão histórica é restritiva na delimitação do conteúdo de dever de criação de sistemas de informação intrasocietários: nos

⁽⁸⁹⁾ Sobre este tema, cf. JOSÉ FERREIRA GOMES, *Novas regras sobre o governo das instituições de crédito: primeiras impressões e densificação da obrigação de administração de acordo com o “princípio da responsabilidade global”*, *RDS*, 7:1, 2015.

⁽⁹⁰⁾ EISENBERG, *The duty of care*, 958.

⁽⁹¹⁾ (parcialmente) citado entre nós, em 1997, por SOARES DA SILVA, *A responsabilidade civil*, 623.

⁽⁹²⁾ 188 A.2d 125, 130 (sublinhado nosso).

termos sublinhados, os administradores só estariam obrigados à criação de um tal sistema quando confrontados com indícios de irregularidades. Teriam um papel puramente *reativo*, e não *preventivo*, de gestão de riscos com vista a minorar a probabilidade de ocorrência de danos para a sociedade.

Decorridos 53 anos, esta perspectiva encontra-se ultrapassada: não basta que os administradores se limitem a reagir a irregularidades de que tomem conhecimento, não só no sistema norte-americano⁽⁹³⁾, mas também entre nós e nos sistemas europeus que habitualmente nos servem de referência.

Nos EUA, é hoje pacífica a perspectiva de que a afirmação expressa em *Graham v. Allis-Chalmers Manufacturing Company* desvalorizou o dever dos administradores de se informarem e de fiscalizarem a conduta dos seus subordinados⁽⁹⁴⁾. O próprio *Supreme Court of Delaware* qualificou este aresto como «*quite confusing and unhelpful*», no caso *Cede & Co. V. Technicolor, Inc.*, de 1993⁽⁹⁵⁾. Vários autores sustentam que as sociedades devem ser obrigadas a manter programas destinados a assegurar o cumprimento da lei e a prevenir condutas indevidas pelos seus colaboradores, posição que é secundada pelos *ALI Principles of corporate governance*⁽⁹⁶⁾.

Particularmente decisiva foi a proposta precursora de EISENBERG de reconstrução do modelo normativo do *board of directors*

⁽⁹³⁾ Segundo GEVURTZ, a posição do tribunal não pode ser entendida num sentido amplo, sob pena de se admitir que os administradores de um banco não têm de implementar sistemas de controlo que impeçam os caixas de se apropriarem de fundos, a menos que haja motivos de suspeita relativamente à honestidade de um caixa em particular. Nenhum tribunal aceitaria uma tal conduta como razoável. O que o tribunal pretendia, explica o autor, era afastar a presunção de que todos os trabalhadores do banco são criminosos; nenhuma grande sociedade pode operar sem um nível substancial de confiança nos seus colaboradores. A jurisprudência mais recente de Delaware sustenta esta leitura. Cf. GEVURTZ, *Corporation law*2, 282.

⁽⁹⁴⁾ Como sublinha JEFFREY N. GORDON, The rise of independent directors in the United States, 1950-2005: Of shareholder value and stock market prices, *Stanford Law Review*, 59:6 (2007), 1465-1568 (1516-1517).

⁽⁹⁵⁾ 634 A.2d 345.

⁽⁹⁶⁾ ALI, *Principles of corporate governance: Analysis and recommendations*, 1994, § 4.01(a), comentário *d.* Cf. também, sobre este ponto, STEPHEN M. BAINBRIDGE, STAR LOPEZ e BENJAMIN OKLAN, The convergence of good faith and oversight, *UCLA Law Review*, 55 (2008), 559-605 (577).

— de um *advisory model* para um *monitoring model*⁽⁹⁷⁾ — que teve um forte impacto na evolução da jurisprudência e da doutrina norte-americana nas décadas seguintes, bem como nas posições públicas da *Securities and Exchange Commission* (SEC), da *American Bar Association* (ABA) e até da *Business Roundtable*⁽⁹⁸⁾. Esta reconstrução determinou a ascensão dos administradores independentes e do *audit committee*⁽⁹⁹⁾ que analisámos noutro estudo⁽¹⁰⁰⁾.

IV. Esta evolução está patente na famosa decisão do *Court of Chancery of Delaware*, de 1996, no caso *In Re Caremark*⁽¹⁰¹⁾. Nesta afirmou: mesmo que se entendesse que, face àquela decisão de 1963, o *board of directors* não estava adstrito a um *monitoring duty*, essa interpretação não seria aceitável em 1996. Pelo seu relevo histórico, sublinhamos a seguinte passagem do acórdão:

«How does one generalize this holding [*Graham v. Allis-Chalmers Mfg. Co.*] today? Can it be said today that, absent some ground giving rise to suspicion of violation of law, that corporate directors have no duty to assure that a corporate information gathering and reporting systems exists which represents a good faith attempt to provide senior management and the Board with information respecting material acts, events or conditions within the corporation, including compliance with applicable statutes and regulations? I certainly do not believe so. I doubt that such a broad generalization of the *Graham* holding would have been accepted by the Supreme Court in 1963. The case can be more narrowly interpreted as standing for the proposition that, absent grounds to suspect deception, neither corporate boards nor senior officers can be charged with wrongdoing simply for assuming the integrity of employees and the honesty of their dealings on the company's behalf. (...)

⁽⁹⁷⁾ Segundo FISCHER, o termo é da autoria de EISENBERG. Cf. DANIEL R. FISCHER, *The corporate governance movement*, *Vanderbilt Law Review*, 35:6 (1982), 1259-1292 (1281, n. 78).

⁽⁹⁸⁾ GORDON, *The rise*, 1518.

⁽⁹⁹⁾ GORDON, *The rise*, 1518-1519.

⁽¹⁰⁰⁾ Cf. FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 597-612.

⁽¹⁰¹⁾ 698 A.2d 959.

A broader interpretation of Graham v. Allis-Chalmers — that it means that a corporate board has no responsibility to assure that appropriate information and reporting systems are established by management — would not, in any event, be accepted by the Delaware Supreme Court in 1996, in my opinion».

O tribunal entendeu então, como *obiter dictum*, que o *board* devia tomar as medidas necessárias para assegurar a existência de adequados sistemas de informação (*information and reporting systems*) para conferir ao *senior management* e ao *board* informação atual e precisa, permitindo que estes tomem decisões informadas sobre a observância da lei e sobre o desempenho empresarial. O tribunal acrescentou ainda:

«it is important that the board exercise a good faith judgment that the corporation’s information and reporting system is in concept and design adequate to assure the board that appropriate information will come to its attention in a timely manner as a matter of ordinary operations, so that it may satisfy its responsibility»⁽¹⁰²⁾.

Como o próprio tribunal então reconheceu, isto não significa que o *board* deva ter informação detalhada sobre todos os aspectos da atividade da empresa.

V. Este entendimento viria a ser confirmado no caso *Stone ex rel. AmSouth Bancorporation v. Ritter*, de 2006⁽¹⁰³⁾, no qual o *Supreme Court of Delaware* considerou que

«Caremark articulates the necessary conditions predicate for director oversight liability: (a) the directors utterly failed to implement any reporting or information system or controls; or (b) having implemented such a system or controls, consciously failed to monitor or oversee its operations thus disabling themselves from being informed of risks or problems requiring their attention. In either case, imposition of liability requires a showing that the directors knew that they were not discharging their fiduciary obligations. Where directors fail to act in

⁽¹⁰²⁾ 698 A.2d 959, 970.

⁽¹⁰³⁾ 911 A.2d 362, em especial, 370.

the face of a known duty to act, thereby demonstrating a conscious disregard for their responsibilities, they breach their duty of loyalty by failing to discharge that fiduciary obligation in good faith»⁽¹⁰⁴⁾.

Mais recentemente, foi desenvolvido no caso *In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation*, de 2009⁽¹⁰⁵⁾, no qual se discutiu, para o que ora releva, a responsabilidade dos administradores por violação dos seus deveres de vigilância e de gestão de risco, perante a exposição da sociedade ao risco de crédito hipotecário *subprime*⁽¹⁰⁶⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ O tribunal alterou o enquadramento da função de vigilância que passou a ser reconduzida já não ao *duty of care* (como em *Caremark*), mas sim aos *duties of good faith and loyalty*, assim contornando as disposições estatutárias que excluem a responsabilidade dos administradores por violação do seu *duty of care* [cf. BAINBRIDGE, LOPEZ e OKLAN, *The convergence*, 594-604, REGINA F. BURCH, “Unfit To Serve” Post-Enron, *Valparaiso University Law Review*, 42 (2008) 1081-1127 (1094)]. Para além disso, tal como em *Gutman v. Huang*, 823 A.2d 492 (Del. Ch. 2003), estabeleceu como pressuposto da responsabilidade a verificação de um *consciente* incumprimento de deveres.

Este novo enquadramento teve consequências nos casos que se seguiram. Em particular, refletiu-se nas decisões proferidas pelos tribunais do Estado do Delaware, no quadro das reações à crise do mercado *subprime* norte-americano e às perdas sofridas (em especial) pelos grandes bancos. Destaca-se o caso *In re Citigroup Inc. Shareholder Derivative Litigation*, 2009 WL 481906 (Del. Ch. 2009), referido no texto.

⁽¹⁰⁵⁾ 2009 WL 481906 (Del. Ch. 2009).

⁽¹⁰⁶⁾ Segundo os autores, haveria, desde maio de 2005, extensos sinais de risco (*red flags*) que deveriam ter alertado os administradores para os problemas que então se desenvolviam neste mercado. Porém, tais sinais teriam sido ignorados, pondo em causa os interesses de longo prazo da sociedade. Diferentemente, o *Court of Chancery* entendeu, na linha de *Stone v. Ritter*, que:

«to establish oversight liability a plaintiff must show that the directors knew they were not discharging their fiduciary obligations or that the directors demonstrated a conscious disregard for their responsibilities such as by failing to act in the face of a known duty to act. The test is rooted in concepts of bad faith; indeed, a showing of bad faith is a necessary condition to director oversight liability».

Segundo o tribunal, a posição dos autores pode ser resumida à alegação de que os administradores deveriam ser responsabilizados por não terem reconhecido o risco inerente aos instrumentos financeiros usados no mercado *subprime*. Tratar-se-ia, portanto, de sindicar decisões de gestão que, em retrospectiva, foram prejudiciais para a sociedade. Tal estaria vedado ao tribunal pela *business judgment rule*. Para além disso, os estatutos excluía a responsabilidade dos administradores por violação do seu *duty of care*, nos termos do polémico § 102 (b) (7) da General Corporation Law do Estado de Delaware; cf. FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, n.º de margem 2116-2119).

Para o *Chancery Court*, o reconhecimento de um dever de criação de sistemas de informação não precludia a proteção da *business judgment rule*. Para além disso, os auto-

VI. No sistema alemão, consolidaram-se há muito exigências mais intensas de vigilância e de organização interna (do pró-

res não demonstraram a “má fé” dos administradores relativamente ao cumprimento de tal dever, especificando porque é que os mecanismos de fiscalização eram inadequados e como é que os administradores tinham conhecimento dessa inadequação e a ignoraram conscientemente. Segundo o tribunal, a posição dos autores assentava apenas na proposição de que, porque a sociedade sofreu perdas avultadas e porque um adequado sistema de gestão de riscos teria permitido evitar essas perdas, os administradores violaram os seus deveres fiduciários. A posição do tribunal parece ser determinada, em grande medida, pelas deficiências apontadas na exposição dos factos pelos autores. Isso está patente na comparação com o caso *American International Group, Inc. Consolidated Derivative Litigation*, 2009 WL 366613 (Del. Ch. 2009), que incluía «*well-pled allegations of pervasive, diverse, and substantial financial fraud involving managers at the highest levels of AIG*», ao ponto de o tribunal concluir que os *top officials* da AIG dirigiam uma “organização criminosa” e que «*[t]he diversity, pervasiveness, and materiality of the alleged financial wrongdoing at AIG is extraordinary*».

Condicionado pelos factos apresentados, o tribunal apresentou um enquadramento normativo criticável, segundo o qual o dever de criação de sistemas de informação modelado por *Caremark* é dirigido ao conhecimento atempado de condutas “fraudulentas ou criminais”, mas não à avaliação dos riscos empresariais “excessivos”. Segundo o tribunal:

«To impose oversight liability on directors for failure to monitor “excessive” risk would involve courts in conducting hindsight evaluations of decisions at the heart of the business judgment of directors. Oversight duties under Delaware law are not designed to subject directors, even expert directors, to personal liability for failure to predict the future and to properly evaluate business risk».

Esta posição tem sido criticada. Em primeiro lugar, não existe fundamento em *Caremark* para restringir o dever de criação de sistemas de informação a matérias de *compliance* legal e contabilístico. A preocupação do *Chancellor Allen* em *Caremark* era assegurar que o conselho de administração tinha informação suficiente para desempenhar o seu papel, pelo que o alcance daquele dever ia muito além do *compliance*, incluindo matérias como a gestão dos riscos empresariais. Em segundo lugar, nas discussões de *corporate governance*, é atualmente pacífica a equiparação da função do conselho relativamente ao controlo de legalidade àqueloutra da gestão de riscos. Em terceiro lugar, a função de gestão de risco reconhecida ao conselho traduz-se precisamente na criação de adequados sistemas de informação dirigidos à identificação, avaliação e gestão de todo o tipo de riscos (FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, n.ºs de margem 529-540, em especial, 532), incluindo riscos empresariais, operacionais, de mercado, de liquidez e de crédito. Em quarto lugar, na generalidade dos casos, as preocupações associadas ao controlo de legalidade não são dissociáveis dos riscos operacionais a considerar pelo conselho. STEPHEN M. BAINBRIDGE, *Caremark and enterprise risk management*, *Journal of Corporation Law*, 34 (2009), 967-990 (979-981).

Mas, mais do que isso: o tribunal parece confundir o dever de criação de adequados sistemas de informação (que permitam ao conselho compreender efetivamente os riscos associados à atividade empresarial) com as opções de gestão tomadas pelo mesmo com

prio *Vorstand*) e externa (da estrutura administrativa ao mesmo subordinada). Atualmente resulta expressamente do § 91(2) AktG o dever do *Vorstand* de tomar “medidas apropriadas”, incluindo a criação de um sistema de vigilância, para assegurar a identificação antecipada de riscos que possam colocar em causa a continuidade da sociedade⁽¹⁰⁷⁾.

VII. Entre nós, o dever de *cada administrador e de cada fiscalizador* de obtenção do conhecimento sobre a atividade da sociedade, previsto no art. 64.º/1, a) e 2, enquanto concretização das

base na informação recolhida (v.g., investir ou não nos instrumentos financeiros “A” ou “B”; cobrir o risco inerente contratando os instrumentos financeiros “C” ou “D”...).

Em todo o caso, esta posição deve ser analisada com muita cautela, não se podendo dela retirar paralelos apressados para o nosso sistema jurídico, porquanto a mesma só é compreensível à luz da polémica evolução do sistema norte-americano relativamente à sindicância da conduta dos administradores por violação do seu *duty of care* (cf. FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 828-853, em especial, 841-853), e das falhas dos autores na exposição dos factos, perante a qual o tribunal sentiu que corria o risco de se imiscuir indevidamente em decisões de gestão. Isso mesmo resulta da afirmação imediatamente subsequente à anteriormente citada:

«*Instead of alleging facts that could demonstrate bad faith on the part of the directors, by presenting the Court with the so called “red flags,” plaintiffs are inviting the Court to engage in the exact kind of judicial second guessing that is proscribed by the business judgment rule. In any business decision that turns out poorly there will likely be signs that one could point to and argue are evidence that the decision was wrong.*»

Com base neste enquadramento, concluiu o tribunal que os administradores do Citigroup não violaram os seus deveres fiduciários ao não vigiar adequadamente a exposição da sociedade ao risco do mercado hipotecário *subprime*.

⁽¹⁰⁷⁾ Estas medidas estão sujeitas à vigilância do *Aufsichtsrat*. Nas sociedades cotadas, este é auxiliado pelo *Abschlussprüfer* na vigilância do cumprimento deste dever pelo *Vorstand*, na medida em que deve abranger no seu exame os sistemas de “conhecimento antecipado” e de vigilância estabelecidos pelo *Vorstand* (§ 317(4)HGB) e deve informar separadamente o *Aufsichtsrat* sobre o seu parecer (§ 321(4)HGB). MARCUS LUTER e GERD KRIEGER, *Rechte und Pflichten des Aufsichtsrats*, 5.ª ed. (2008), 34, n.º 81.

Sobre o dever de organização no Direito alemão, *vide*, v.g., a muito sintética introdução de GUNTHER TEUBNER sobre o seu reconhecimento e sobre o papel pelo mesmo desempenhado no quadro jus-societário da responsabilidade civil dos administradores, em “Corporate fiduciary duties and their beneficiaries: A functional approach to the legal institutionalization of corporate responsibility”, in KLAUS J. HOPT e GUNTHER TEUBNER (eds.), *Corporate governance and directors’ liabilities*, 1985, 149-177 (171-172), e para maiores desenvolvimentos, a obra de GERALD SPINDLER, *Unternehmensorganisationspflichten: Zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Regelungskonzepte*, 2.ª ed. (2011).

suas obrigações de administração e de vigilância, segundo o padrão de diligência normativa, deve ser articulado, por um lado, com o dever de criação de adequados sistemas de informação, imputado ao conselho de administração (enquanto órgão coletivo) e, por outro, com a obrigação de vigilância do conselho fiscal (enquanto órgão coletivo) incluindo, em particular, o dever de fiscalizar a eficácia desses sistemas de informação⁽¹⁰⁸⁾.

Não existe, no nosso sistema, uma norma expressa como a do § 91(2) AktG, nem um desenvolvimento jurisprudencial como o norte-americano. Não obstante, deve entender-se que do dever de diligente administração pode decorrer um dever de criação e gestão de adequados sistemas de informação, se as específicas características da sociedade (incluindo a sua dimensão, a complexidade da sua atividade e os riscos a que está exposta) assim o exigirem⁽¹⁰⁹⁾. Assim, em primeira linha, cabe ao conselho de administração avaliar a necessidade de criação de tais sistemas e, em segunda linha, cabe ao conselho fiscal avaliar essa decisão⁽¹¹⁰⁾, beneficiando para o efeito da posição tomada pelo revisor oficial de contas⁽¹¹¹⁾.

Este dever está intimamente relacionado com o dever de organização imputado ao conselho de administração⁽¹¹²⁾ e visa assegurar o conhecimento atempado⁽¹¹³⁾ do desempenho de cada unidade

⁽¹⁰⁸⁾ Para facilitar a exposição, tomamos aqui por base o modelo tradicional português (art. 420.º/1, a) e i) CSC), mas o exposto vale, com as necessárias adaptações, para os demais modelos de governo (arts. 423.º-F/1, a) e i) e 441.º/1, d) e i) CSC).

⁽¹⁰⁹⁾ No mesmo sentido, PAULO CÂMARA, *A auditoria interna e o governo das sociedades*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha*, 3 (2010), 311-312.

⁽¹¹⁰⁾ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 315-326.

⁽¹¹¹⁾ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 423-429.

⁽¹¹²⁾ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, n.ºs de margem 526-528.

⁽¹¹³⁾ No mesmo sentido, no sistema alemão, face ao disposto no § 91(2) AktG, entende-se que o órgão de administração está obrigado à criação de um sistema de difusão de informação, através do qual possam ser conhecidos os riscos que possam pôr em causa a continuidade da sociedade, num momento em que ainda possam ser neutralizados. Não é suficiente a aquisição de conhecimento “empírico” pelo *Vorstand*, devendo a adequada avaliação do risco e o encaminhamento das informações para o *Vorstand* ser assegurados através de procedimentos planeados, vigiados e documentados internamente, através de um sistema de controlo (*controlling*). Este “pacote” de deteção de riscos, encaminha-

empresarial e de quaisquer irregularidades que possam pôr em causa a prossecução dos melhores interesses da sociedade, permitindo ao conselho — e aos demais órgãos com funções de fiscalização — controlar a situação patrimonial, a solvabilidade e a rentabilidade das diferentes unidades em que se decompõe a empresa. Um tal sistema deve envolver todos os membros da administração, assegurando não só o autocontrolo (interno) do órgão coletivo de administração, mas também o controlo das diferentes estruturas administrativas que lhe estão subordinadas, e incluir os sistemas de gestão de riscos, de controlo interno e de auditoria interna [cuja eficácia deverá ser fiscalizada também pelo conselho fiscal, art. 420.º/2, i)].

A configuração destes sistemas varia de caso para caso, de acordo com as concretas características da empresa em causa. As suas fronteiras são fluidas, podendo identificar-se áreas de sobreposição na sua integração num mais vasto sistema de *enterprise risk management* (ERM)⁽¹¹⁴⁾.

VIII. A evolução da jurisprudência permite ainda identificar um outro ponto hoje fundamental: na ponderação do dever de obtenção do conhecimento sobre a atividade da sociedade deve atender-se à *variável intensidade da obrigação de vigilância do órgão de administração* (e dos órgãos de fiscalização) e de cada um dos seus membros⁽¹¹⁵⁾.

mento, controlo e documentação deve, por sua vez, ser vigiado pelo *Aufsichtsrat*. UWE HÜFFER e JENS KOCH, *Aktiengesetz*, 12.ª ed., 2016, § 91, n.ºs 4-10, WOLFGANG BALLWIESER, “Controlling und Risikomanagement: Aufgaben des Vorstands”, in *Handbuch Corporate Governance: Leitung und Überwachung börsennotierter Unternehmen in der Rechts- und Wirtschaftspraxis*, 2.ª ed. (2009), 447-462, LUTTER e KRIEGER, *Rechte*5, 31-35, em especial, 34-35.

⁽¹¹⁴⁾ Cf. OLIVER BUNGARTZ, *Handbuch Interne Kontrollsysteme (IKS): Steuerung und Überwachung von Unternehmen*, 3.ª ed., 2011, 457-502. Neste sentido, sustenta LÜCK que são instrumentos de gestão de risco os sistemas de auditoria interna (*internes Überwachungssystem*), de controlo interno (*Controlling*) e de deteção antecipada de riscos (*Frühwarnsystem*). WOLFGANG LÜCK, Elemente einer Risiko- Managementsystems. Die Notwendigkeit eines Risiko-Managementsystems durch den Entwurf eines Gesetzes zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG), *Der Betrieb*, 51:1-2 (1998), 8-14 (9-11).

⁽¹¹⁵⁾ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, n.ºs de margem 499-524.

Hoje claramente não é suficiente uma vigilância “sintética” (ou geral), no sentido de um mero acompanhamento do andamento geral da gestão, nos termos em tempos sustentados na decisão de *Francis v. United Jersey Bank* (1981)⁽¹¹⁶⁾.

Porém, também não se pode afirmar, no pólo oposto, que os administradores e fiscalizadores estão vinculados a uma vigilância “analítica” (ou específica), sobre todos os atos singulares de administração. Como refere SOVERAL MARTINS, a vigilância de todos e cada um dos atos praticados seria contraproducente, atrasaria a prática dos mesmos, tornaria a gestão mais pesada, contrariando o resultado pretendido com a delegação de poderes de gestão⁽¹¹⁷⁾. A mera contraposição entre uma vigilância “sintética” (ou geral) e uma vigilância “analítica” (ou específica) não é esclarecedora. Um tal binómio não satisfaz.

Aquilo que se exige dos administradores, em primeiro lugar, é que implementem os mecanismos que, no caso, se mostrem necessários ou convenientes à criação e manutenção de um fluxo de informação que permita um adequado conhecimento do andamento da atividade social e dos riscos empresariais em cada momento⁽¹¹⁸⁾. Aos fiscalizadores exige-se uma análise da eficácia dos sistemas de informação e uma participação ativa na sua concreta modelação, através do exercício dos seus poderes-deveres de obtenção de informação⁽¹¹⁹⁾. Em segundo lugar, administradores e

⁽¹¹⁶⁾ 432 A.2d 814, 822-823. Entre nós defenderam uma vigilância meramente sintética pelos administradores não-delegados, v.g., PEDRO MAIA, *Função e funcionamento do conselho de administração da sociedade anónima* (2002), 251, ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, A responsabilidade dos membros do conselho de administração por actos ou omissões dos administradores delegados ou dos membros da comissão executiva, *BFUDUC*, 78 (2002), 365-380 (376-377), com base no disposto no art. 407.º/8 e influenciados por doutrina italiana entretanto ultrapassada, em particular, ALESSANDRO BORGIOI, *L’Amministrazione delegata* (1982), 264-267.

⁽¹¹⁷⁾ ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, A responsabilidade dos membros do conselho de administração por actos ou omissões dos administradores delegados ou dos membros da comissão executiva, *BFUDUC*, 78 (2002), 365-380 (376-377).

⁽¹¹⁸⁾ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, n.ºs de margem 499-500.

⁽¹¹⁹⁾ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, n.ºs de margem 667, 775, 834, 1992, 2358.

fiscalizadores devem avaliar a informação recebida, solicitando os esclarecimentos e realizando as inspeções que se mostrem necessárias ou convenientes em cada caso. Em terceiro lugar, devem reagir em função da sua avaliação e de acordo com o princípio da proporcionalidade. Em todos os passos, sempre com a diligência legalmente exigida.

Assim, *em circunstâncias normais*, a vigilância tem um carácter mais genérico, baseada na informação disponibilizada pelos administradores delegados, pelo sistema de informação implementado e pelos demais órgãos sociais, com destaque para o revisor oficial de contas.

No entanto, *verificados (objetivamente) determinados sinais de risco* para a sociedade (comumente referidos na prática empresarial como *red flags*), intensificam-se os poderes e os deveres dos órgãos de administração e de fiscalização (e dos seus membros): (i) devem questionar as habituais fontes de informação, realizando as inspeções que se mostrem necessárias para o efeito (com meios internos ou externos) e obtendo informação de fontes independentes; (ii) devem avaliar a informação com um acrescido sentido crítico; e, finalmente, (iii) devem tomar as medidas de reação que se justifiquem face às circunstâncias do caso concreto⁽¹²⁰⁾.

A intensificação da vigilância pode ser exigida não apenas pela identificação de sinais de risco, mas ainda por uma *adequada construção da vigilância preventiva*⁽¹²¹⁾. Os atos de fiscalização aleatórios ou periódicos, destinados a assegurar adequados fluxos de informação *neutra*, necessária ou conveniente à confirmação da veracidade e da completude da prestada por administradores e estruturas administrativas aos mesmos subordinadas (independentemente de sinais de risco), cumprem imperativos de fiscalização

⁽¹²⁰⁾ A identificação de sinais de risco não deve limitar-se ao conhecimento da iminência de atos danosos. O administrador/fiscalizador pode desconhecer a iminência de atos danosos e, no entanto, ter o dever de perceber que determinado tipo de situações acarretam riscos acrescidos (e sobretudo não acautelados) para a sociedade que devem ser adequadamente geridos. FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, n.ºs de margem 501-503.

⁽¹²¹⁾ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, n.ºs de margem 504-507.

preventiva. Quando realizados em cumprimento de políticas e procedimento previamente aprovados, permitem igualmente afastar a sua percepção como manifestações de desconfiança⁽¹²²⁾.

IX. Estas coordenadas são particularmente importantes para efeitos de avaliação da conduta dos administradores e fiscalizadores, quando se pretenda determinar se os sujeitos *conheciam ou deviam conhecer* determinado facto: o *risco da ignorância* dos factos de que teriam conhecimento, (i) seja através dos referidos sistemas de informação, (ii) seja através da reacção a irregularidades de que tiveram conhecimento, (iii) seja ainda através de pedidos de informação e atos de inspeção coerentes com uma adequada construção da vigilância preventiva, corre por conta tanto do órgão de administração, como do órgão de fiscalização global.

Somente aquele que atua diligentemente pode prevalecer-se da ignorância⁽¹²³⁾.

7. O dever de disponibilidade [art. 64.º/1, a) e 2]

I. O dever de disponibilidade foi já abordado na citação da sentença proferida no caso *Francis v. United Jersey Bank*, a propó-

⁽¹²²⁾ Assim ultrapassando o argumento de que a fiscalização deve ser restringida por pôr em causa a confiança entre fiscalizados e fiscalizadores, necessária a uma eficiente cooperação no desenvolvimento da atividade empresarial. Como refere o RLx 22-jun.-2010 (MARIA AMÉLIA RIBEIRO), Proc. 34/2000, o valor da confiança que é indispensável ao funcionamento de qualquer grupo ou instituição não pode ilidir os deveres de vigilância que se repercutem no plano das relações externas da mesma. Neste caso ficou demonstrado que um membro de uma cooperativa de construção reteve cheques que lhe foram entregues em pagamento de andares construídos, e que o presidente e o tesoureiro da cooperativa violaram os seus deveres de vigilância: «*Se os (...) RR. tivessem dado atenção aos extratos bancários teriam facilmente constatado (...) que algo de anormal se passava*», não podendo justificar a sua conduta pela confiança depositada no seu cooperante faltoso.

Sobre a questão da confiança depositada pelos órgãos sociais na informação recebida, cf. o nosso *Reliance: exclusão da responsabilidade civil*, cit.

⁽¹²³⁾ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, n.ºs de margem 1991-1992.

sito do *duty to monitor*. Ficou então patente a necessidade de os administradores participarem nas reuniões do conselho de administração e de praticarem os atos necessários ao acompanhamento da atividade societária, não podendo ser meros figurantes (ou “*dummy directors*”, nas palavras do tribunal).

Entre nós, este dever traduz a adstrição do devedor à orientação do seu tempo e energia à promoção do fim ou interesse da sociedade e, negativamente, à não assunção de promessas que inviabilizem o cumprimento desse propósito⁽¹²⁴⁾. Só o administrador que encontra disponibilidade para a sociedade atua diligentemente.

II. A positivação deste dever constitui uma técnica legislativa alternativa — mais flexível — à definição de um limite rígido de pluriocupação, como aquele que consta dos art. 414.º-A/1, *h*) para os membros do conselho fiscal, da comissão de auditoria (*ex vi* art. 423.º-B/2, II parte), do conselho geral e de supervisão (*ex vi* art. 434.º/4), da comissão para as matérias financeiras (*ex vi* art. 444.º/3), e da mesa da assembleia geral das sociedades emittentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e das sociedades que cumpram os critérios referidos no art. 413.º/2, *a*) (*ex vi* art. 374.º-A)⁽¹²⁵⁾.

8. O dever de atuar em termos informados (art. 72.º/2)

I. A *business judgment rule* corresponde a uma concretização ou densificação da obrigação de prestar, na sua dimensão procedimental, que não exclui a necessidade de determinação dos resultados subalternos (que se podem dizer de “mérito”) que se

⁽¹²⁴⁾ Acompanhamos, no essencial, NUNO TRIGO REIS, *Os deveres de lealdade*, 315.

⁽¹²⁵⁾ Sobre este tema, cf. PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Os limites à pluriocupação dos membros do conselho geral e de supervisão e do conselho fiscal*, 2007, bem como, perante a redação do art. 428.º anterior à reforma de 2006, MANUEL NOGUEIRA SERENS e PEDRO MAIA, O art. 428.º, n.ºs 1 e 2 do Código das Sociedades Comerciais — Análise da sua natureza jurídica, *Revista da Banca*, 38 (1996), 27-73.

imponham (pela aplicação da bitola de diligência normativa) e da atuação em conformidade com os mesmos⁽¹²⁶⁾.

O devedor deve portanto atender aos critérios procedimentais de decisão de um gestor criterioso e ordenado, nomeadamente: (i) em termos *estruturais*, deve revelar a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções (deveres já analisados em cima); e (ii) em termos *conjunturais*, relativamente à concreta decisão em causa, deve demonstrar ter atuado em termos informados, livre de quaisquer interesses pessoais e segundo critérios de racionalidade empresarial⁽¹²⁷⁾.

Com exceção do dever de atuar livre de quaisquer interesses pessoais, reconduzível ao dever de lealdade hoje positivado no art. 64.º/1, b)⁽¹²⁸⁾, estamos perante deveres de cuidado⁽¹²⁹⁾.

⁽¹²⁶⁾ Se os deveres legais, devidamente concretizados, impuserem um resultado subalterno — ou, por outras palavras, uma conduta de tal forma determinada que não oferece margem de ponderação ou discricionariedade ao devedor — será *ilícita* a conduta desconforme, sem prejuízo da possibilidade de existência de uma qualquer causa de justificação que, num momento logicamente posterior, afaste o juízo de antijuridicidade. Se a obrigação de prestar, devidamente determinada, admitir várias alternativas de ação, será *ilícita* a conduta que não caiba nas alternativas normativamente admissíveis. FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 913-915.

⁽¹²⁷⁾ Como desenvolvemos adiante, afasta-se a construção do pressuposto “decisão segundo critérios de racionalidade empresarial” como fundamento de uma sindicabilidade de último recurso do *mérito* das decisões empresariais, nos termos sustentados, v.g., por RICARDO COSTA, *Responsabilidade dos administradores e BJR*, 69-72, COUTINHO DE ABREU e ELISABETE GOMES RAMOS, *CSC em comentário*, art. 72.º, 847-848, PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de gestão*, 517-518.

⁽¹²⁸⁾ Traduz a dimensão negativa do dever de lealdade que subordina a prossecução de outros interesses à satisfação do interesse social. Neste sentido, cf., v.g., THOMAS M.J. MÖLLERS, *Treuepflichten und Interessenkonflikte bei Vorstands und Aufsichtsratsmitgliedern*, in *Handbuch Corporate Governance*2, 427-428, 431 e, entre nós, CARNEIRO DA FRADA, *A business judgment rule*, 70.

Está em causa a exigência sistemática de uma adequada gestão de conflitos de interesses. O conceito de “qualquer interesse pessoal”, constante do art. 72.º/2, deve, por isso, ser objeto de interpretação extensiva, de forma a abranger todas as situações em que, de forma direta ou indireta, o sujeito possa ter um qualquer interesse que afete a sua capacidade para decidir de forma isenta sobre a melhor opção face aos interesses da sociedade. Neste sentido, também CARNEIRO DA FRADA, *A business judgment rule*, 94, afirmando que o legislador foi curto neste ponto, devendo interpretar-se extensivamente esta norma por forma a abranger a prossecução dos interesses de terceiros em detrimento do da sociedade.

Assim o impõe a coerência interna do sistema que, no n.º 6 do art. 410.º (aplicável às deliberações do conselho de administração executivo, *ex vi art.* 433.º/1, e do conselho

II. O dever de obtenção da informação adequada às circunstâncias do caso é habitualmente caracterizado como estando funcionalmente orientado à habilitação do órgão social para atuar de forma adequada, exercendo outras situações jurídicas com as quais se não confundiria. Nesta perspetiva, surge hierarquicamente inferior, secundário e instrumental face às situações jurídicas cujo exercício visa possibilitar. Não podemos aceitar esta caracterização no contexto das obrigações de administração e de vigilância⁽¹³⁰⁾.

O dever de obtenção de informação é um *dever principal* que integra tanto a obrigação de administração como a obrigação

geral e de supervisão, *ex vi art. 445.º/2*), veda a participação do administrador em deliberações do conselho de administração nas quais tenha, “por conta própria ou de terceiro”, um interesse conflituante com o da sociedade.

No preenchimento da proposição “por conta de terceiro” deve atender-se aos avanços dogmáticos registados na periferia, a propósito dos “negócios com partes relacionadas”, que constituem o mecanismo mais frequentemente usado na extração de benefícios especiais (*private benefits of control*), em prejuízo da sociedade. FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, n.ºs de margem 105-106.

Sempre que exista, no caso concreto, um interesse de uma “parte relacionada”, falará ao sujeito a isenção necessária para que se possa assumir que a sua conduta visa a prossecução dos melhores interesses da sociedade. Logo, na aferição da isenção do sujeito face a um “interesse pessoal”, nos termos do art. 72.º, n.º 2, deve atender-se às relações estabelecidas com “partes relacionadas”, tal como definidas, em cada momento, nas normas internacionais de contabilidade (nomeadamente na IAS 24, intitulada “divulgações de partes relacionadas”) adoptadas e utilizadas na União Europeia nos termos do Regulamento n.º 1606/2002/CE [arts. 66.º-A/3, a) e 508.º-F/3, a)].

Concluindo, também este elemento da previsão normativa do art. 72.º/2 não introduz nenhum outro dado para além daqueles que resultavam já da adequada concretização e densificação do dever de lealdade dos membros dos órgãos sociais. Como se sabe, este dever, tendo várias concretizações no CSC antes da sua reforma de 2006, foi positivado como dever geral na alínea b) do n.º 1 e no n.º 2 do art. 64.º. Cf. os nossos *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, n.ºs de margem 2256-2259, e *Conflitos de interesses entre accionistas nos negócios celebrados entre a sociedade anónima e o seu accionista controlador*, in AA.VV., *Conflito de interesses no direito societário e financeiro: Um balanço a partir da crise financeira* (2010), 167 ss. e as indicações bibliográficas aí apresentadas.

⁽¹²⁹⁾ Neste ponto específico andou bem FRAGOSO MENDES, *Entre o temerário e o diligente*, 822-823, ao qualificar como “dever de cuidado” o “dever de preparar adequadamente as decisões de gestão”.

⁽¹³⁰⁾ No caso do órgão de administração, a obrigação de vigilância integra a própria obrigação de administração. FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 148-164.

de vigilância. Em qualquer decomposição analítica destas obrigações sempre se conclui pela identificação de um dever de obtenção de informação adequado às circunstâncias do caso⁽¹³¹⁾. A configuração da obtenção de informação — enquanto objeto de poderes-deveres de informação e inspeção — como prestação principal e não secundária não é, como se sabe, dogmaticamente inócua⁽¹³²⁾.

III. Não é expectável nem exigível que o administrador/fiscalizador obtenha e analise *toda a informação disponível*, mas apenas *a informação que seja adequada ao caso*. A determinação do nível adequado de informação depende de um sem número de variáveis, incluindo o tipo e a importância da decisão em causa, o tempo disponível para decidir, os custos envolvidos (incluindo tanto os *custos de obtenção* e análise da informação, como os custos previsíveis da sua *não obtenção*), e a confiança que o administrador (ou fiscalizador) tem nas análises e nas recomendações dos seus colaboradores (ou outros)⁽¹³³⁾.

Neste contexto importa atender ao risco de *hindsight bias*⁽¹³⁴⁾: quem seja chamado a avaliar se a informação obtida pelo administrador/fiscalizador foi adequada (ou não) deve ter presente que tal

⁽¹³¹⁾ Quanto à prestação de vigilância, uma análise rigorosa permite concluir que a realidade subjacente e linguisticamente figurada no conceito corresponde, antes de mais, a uma atividade de obtenção de informação. Donde, semanticamente, se define “vigiar” como «*observar atentamente, espiar; espreitar (...)*». Cf. dicionário online da Porto Editora, ou RUI GUEDES (ed.), *Cândido de Figueiredo: Grande Dicionário da Língua Portuguesa*, 4, 25.^a ed. (1996).

⁽¹³²⁾ Como explica MENEZES CORDEIRO, *Tratado*, 62, 489, a prestação principal tem um papel decisivo, podendo: apelar às normas supletivas aplicáveis; ser tida em vista pelas partes, monopolizando, frequentemente, a atenção dos contraentes normais pela sua mera designação; infletar a concreta configuração dos deveres acessórios; e reportar o sentido teleológico da própria obrigação.

⁽¹³³⁾ EISENBERG, *The duty of care*, 951.

⁽¹³⁴⁾ Não pode ignorar-se o risco de inadequada interpretação dos factos pelo tribunal, dada a tendência para exagerar *ex post* a probabilidade *ex ante* de um evento, demonstrada inequivocamente pelos estudos de psicologia cognitiva. Cf. RICHARD A. POSNER, *Economic analysis of law* (2007), 19. Sobre este risco na avaliação da conduta dos administradores e fiscalizadores, cf. FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, n.ºs de margem 2071, 2077, 2140, 2366-2370.

juízo deve ter sempre por referência o momento histórico da atuação (ou omissão) do devedor, não podendo tomar em consideração factos posteriores que não puderam ser atendidos pelo próprio devedor aquando da determinação da prestação orientada à prossecução dos melhores interesses da sociedade. Só poderá considerar os factos que o devedor conhecia ou devia conhecer naquele momento e não quaisquer outros posteriores⁽¹³⁵⁾.

Na determinação dos factos que o administrador/fiscalizador conhecia ou devia conhecer, deve ter-se em conta que a decisão deste sobre a relevância ou irrelevância de determinada informação é formulada em condições de incerteza, com restrições de tempo e sob pressão. Com efeito, cabe ao órgão em causa, em cada caso concreto, seleccionar, compilar e sistematizar a informação já disponível, ajuizando sobre a necessidade de obtenção de informações adicionais, tendo em consideração os custos e os benefícios associados a esse processo face aos constrangimentos referidos. Estas considerações não podem deixar de se refletir na delimitação da conduta devida e no conseqüente juízo de cumprimento ou incumprimento da obrigação administração ou de vigilância⁽¹³⁶⁾.

IV. A confiança depositada pelos administradores/fiscalizadores nas informações, conselhos ou opiniões de colegas seus, de membros de outros órgãos, de trabalhadores e colaboradores da sociedade e de terceiros que a esta prestam serviços (consultores, contabilistas, revisores de contas, advogados, juriconsultos, etc.) é frequentemente sobrevalorizada no processo de determinação da conduta devida e de apreciação da conduta adotada. Naturalmente, não pode aceitar-se sem mais a afirmação de um administrador/fiscalizador de que confiou na informação errada que lhe foi prestada e que, como tal, não pode ser responsabilizado.

⁽¹³⁵⁾ Neste sentido, é interessante notar o tratamento dado à questão, há muitas décadas, pela jurisprudência norte-americana. *Vide*, v.g., o acórdão *Otis & Co. v. Pennsylvania R. Co.*, de 1945 (61 F.Sup 905), relativo ao desenvolvimento jurisprudencial da *BJR* nos EUA. Cf. FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 826-827 (n. 2918).

⁽¹³⁶⁾ PETER HOMMELHOFF, *Die Konzernleitungspflicht: zentrale Aspekte eines Konzernverfassungsrechts*, 1982, 173-174.

Está aqui em causa o princípio jus-societário da confiança (*reliance*), desenvolvido no sistema norte-americano⁽¹³⁷⁾ e transposto para os nossos quadros dogmáticos⁽¹³⁸⁾, nos termos do qual a exclusão da responsabilidade civil com base na confiança depositada na informação (errada ou incompleta) recebida depende da verificação dos seguintes requisitos: (i) a *razoável* convicção do sujeito de que aquele que presta informações, conselhos ou opiniões era fiável e competente; (ii) a comunicação, pelo sujeito àquele que prestou informações, conselhos ou opiniões, de todos os factos de que este necessitava para o efeito e aos quais não tinha acesso direto; (iii) a obtenção, pelo sujeito, de informações, conselhos ou opiniões errados; (iv) a não detecção do erro pelo sujeito na sua análise crítica (controlo de plausibilidade) das informações, conselhos ou opiniões recebidos; e (v) a atuação do sujeito de acordo com tais informações, conselhos ou opiniões.

Este tema foi por nós recentemente tratado noutro estudo, para o qual remetemos⁽¹³⁹⁾.

9. O dever de atuar segundo critérios de racionalidade empresarial (art. 72.º/2)

I. A questão da “atuação de acordo com critérios de racionalidade empresarial” (art. 72.º/2) é particularmente complexa, impondo uma análise cuidadosa.

Tem sido afirmado que a “racionalidade empresarial” corresponde à racionalidade económica, especificada quanto ao “fim” da

⁽¹³⁷⁾ Vide, em particular, a sistematização de DOUGLAS W. HAWES e THOMAS J. SHERRARD, *Reliance on advice of counsel as a defense in corporate and securities cases*, *Virginia Law Review*, 62:1 (1976), 1-148.

⁽¹³⁸⁾ Cf. FERREIRA GOMES, *Reliance: Exclusão da responsabilidade civil*, Id., *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 779-802, HOLGER FLEISCHER, *Vertrauen von Geschäftsleitern und Aufsichtsratsmitgliedern auf Informationen Dritter: Konturen eines kapitalgesellschaftsrechtlichen Vertrauensgrundsatzes*, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 30:30 (2009), 1397-1406.

⁽¹³⁹⁾ FERREIRA GOMES, *Reliance: Exclusão da responsabilidade civil*, cit.

sociedade (a consecução de lucros), ou seja, a consecução de lucros com o mínimo de dispêndio de meios (princípio da economia de meios) ou a consecução, com dados meios, do máximo grau de realização do fim (princípio do máximo resultado)⁽¹⁴⁰⁾. O dever de tomar decisões *não irracionais* corresponderia então ao “dever jurídico *mínimo* do administrador”, sucedâneo do dever de tomar decisões razoáveis⁽¹⁴¹⁾.

Estas coordenadas, sendo úteis, não são determinantes para a densificação do conceito, que depende da identificação do seu papel no sistema de responsabilidade civil dos administradores e fiscalizadores.

Quanto a este aspeto, não nos parece de acolher a elevação deste elemento da previsão normativa do art. 72.º/2 a bitola de apreciação do mérito das decisões empresariais, no sentido pretendido, v.g., por RICARDO COSTA⁽¹⁴²⁾ ou COUTINHO DE ABREU / ELISABETE GOMES RAMOS⁽¹⁴³⁾, muito influenciados por alguma doutrina norte-americana. De acordo com estes autores, o mérito das decisões dos administradores não seria julgado com base em critérios de “razoabilidade”, mas segundo “um critério de avaliação excepcionalmente limitado”: o administrador seria civilmente responsável apenas quando a sua decisão fosse considerada “irracional”, nos termos da formulação dominante.

Não podemos aceitar a construção do n.º 2 do art. 72.º como padrão de revisão judicial, nos termos do qual se esvaziariam de conteúdo útil as obrigações de administração e de vigilância, substituindo os seus padrões de conduta pelos (mais leves) decorrentes desta norma. A letra da lei, a adequada ponderação sistemática desta

⁽¹⁴⁰⁾ COUTINHO DE ABREU e ELISABETE GOMES RAMOS, *CSC em comentário*, 1 (2010), art. 72.º, 847, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil*², 37-38. Esta ideia tinha sido já defendida pelo autor noutro estudo, a propósito dos deveres de cuidado: *Definição de empresa pública*, Suplemento ao BFDUC, 24 (1990), 153 ss.

⁽¹⁴¹⁾ RICARDO COSTA, *Responsabilidade dos administradores*, 75.

⁽¹⁴²⁾ RICARDO COSTA, *Responsabilidade dos administradores*, 75.

⁽¹⁴³⁾ COUTINHO DE ABREU e ELISABETE GOMES RAMOS, *CSC em comentário*, art. 72.º, 845 (=COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil*², 37-38), aplicando os ensinamentos de MELVIN ARON EISENBERG, *Obblighi e responsabilità degli amministratori e dei funzionari delle società nel diritto americano*, *Giurisprudenza Commerciale*, 19:1 (1992), 617-636.

norma, bem como a compreensão da sua *ratio*, tal como iniciada pela proposta da CMVM de alteração do CSC em 2006, implica uma outra perspetiva: o requisito de atuação de acordo com critérios de racionalidade empresarial traduz uma concretização ou densificação das obrigações de administração e de vigilância, de tal forma que o seu teor normativo decorria já das proposições gerais.

II. Não podendo esvaziar de conteúdo a dimensão substantiva de tais proposições e não podendo valer como «*expressão-síntese de todos os deveres em que se desdobra a conduta a que funcionalmente estão adstritos os administradores*»⁽¹⁴⁴⁾ ou fiscalizadores, deve reconhecer-se que estamos perante uma concretização ou densificação da dimensão procedimental daquelas obrigações⁽¹⁴⁵⁾.

Esta dimensão procedimental decorre da configuração de tais obrigações como obrigações de meios, cujo cumprimento só tem lugar quando o resultado é *adequadamente tentado*⁽¹⁴⁶⁾. O Direito exige, assim, a observância de um procedimento adequado. A escolha que, por mera sorte — e não por decorrência de um procedimento adequado —, foi acertada, não corresponde ao cumprimento da obrigação de administração ou da obrigação de vigilância. Traduz um comportamento negligente com as consequências que daí advêm⁽¹⁴⁷⁾. Na medida em que o devedor prove, em juízo, que atuou em termos informados, livre de interesses pessoais e segundo critérios de raciona-

⁽¹⁴⁴⁾ CARNEIRO DA FRADA, *A business judgment rule*, 95.

⁽¹⁴⁵⁾ No mesmo sentido, CARNEIRO DA FRADA, *A business judgment rule*, 94-95, NUNO TRIGO REIS, *Os deveres de lealdade*, 326 (n. 142).

⁽¹⁴⁶⁾ Cf. FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 713-722.

⁽¹⁴⁷⁾ No mesmo sentido, afirma CARNEIRO DA FRADA, *A business judgment rule*, 95-96, que a exclusão de responsabilidade depende da demonstração positiva da conformidade da conduta do devedor com os critérios do art. 72.º/2: «[os administradores] têm o dever de adequar o seu comportamento a essas regras, só essa adequação os salva da responsabilidade». O autor alerta, porém, para o facto de esta interpretação constituir, na prática, um estímulo aos administradores para adequarem as suas práticas de gestão empresarial aos *standards* normalmente reconhecidos e adquiridos como práticas de boa gestão, prejudicando a busca de mais audazes formas de a levar a cabo. Parece-nos que este é um risco que deve ser tido em consideração, sem prejuízo de, *tecnicamente*, a norma impor apenas que os administradores e fiscalizadores fundamentem adequadamente as suas opções no *iter* decisional, não se limitando a seguir acriticamente o seu instinto ou intuição na gestão de bens alheios.

lidade empresarial, em princípio demonstra o cumprimento da *dimensão procedimental* da sua obrigação, sem prejuízo de se poder ver forçado ainda a demonstrar que o resultado produzido se enquadra dentro das alternativas normativamente admissíveis, *i.e.*, dentro da sua margem de discricionariedade (*dimensão substantiva ou de mérito*)(¹⁴⁸).

III. Como ensina CASTANHEIRA NEVES, a racionalidade traduz a relação entre uma certa posição ou conclusão e certos pressupostos, sejam materiais, sejam formais, que discursivamente a sustentam(¹⁴⁹). É a característica de um pensamento que tem ou se propõe ter validade objetiva, aferida pela “capacidade de fundamentação” e pela “criticibilidade” da medição racional-discursiva das suas posições ou conclusões(¹⁵⁰).

Assim, o dever de atuação segundo critérios de racionalidade económica impõe uma *atuação racional* — não baseada em critérios de mera intuição — e não uma decisão num sentido ou noutro. A delimitação das opções de gestão ou de vigilância normativamente admissíveis decorre da concretização das obrigações administração e de vigilância perante a bitola de diligência normativa e não perante um padrão de racionalidade empresarial(¹⁵¹).

Tanto na obtenção de informação, como na sua avaliação e na reação aos problemas eventualmente detetados, o devedor deverá pautar a sua atuação por critérios de racionalidade empresarial.

Em suma, trata-se de saber se, no *iter* decisional, foram adequadamente ponderadas todas as alternativas, os riscos inerentes,

(¹⁴⁸) Caso a sociedade alegue não ter sido alcançado um resultado subalterno que o deveria ter sido. Sobre a distribuição do ónus da prova, FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades*, 899-902 (n. 3238).

(¹⁴⁹) As suas antíteses são a “intuição” e a “emoção”, atitudes vivenciais sem pressupostos de fundamentação e justificação.

(¹⁵⁰) ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia jurídica: Problemas fundamentais* (1993), 34-35.

(¹⁵¹) Contrariamente ao sustentado por CARNEIRO DA FRADA, *A business judgment rule*, 93, para quem os elementos do n.º 2 do art. 72.º são de tomar como distintos entre si, deve reconhecer-se que pelo menos o dever de obtenção de informação (reforçado por esta norma) se cruza necessariamente com o dever de atuar segundo critérios de racionalidade empresarial.

as vantagens e desvantagens ou se, pelo contrário, a decisão se baseou apenas no instinto ou na intuição do devedor ou se, pior ainda, traduziu a opção que lhe exigia menor esforço.

Não se pretende com isto negar a importância do instinto e da intuição dos administradores e fiscalizadores para o sucesso da empresa. Simplesmente, por estar em causa a gestão de bens alheios (entendida agora em sentido amplo), deve o devedor sujeitar as conclusões decorrentes do seu instinto e intuição a um processo racional de confirmação⁽¹⁵²⁾.

10. Os deveres de cuidado como “novidades” da reforma de 2006?

I. Será que estes “deveres de cuidado” constituíram, em 2006, novidades no nosso sistema, como pretende alguma doutrina? Será que se pode afirmar que, antes da reforma de 2006, os administradores e fiscalizadores não tinham que revelar disponibilidade, competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções? Podiam ser indisponíveis, tecnicamente incompetentes e sem conhecimento do que se passava na sociedade? Não nos parece⁽¹⁵³⁾.

⁽¹⁵²⁾ Neste sentido, cf., v.g., HOLGER FLEISCHER, Die “business judgment rule”: vom Richterrecht zur Kodifizierung, *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 25:15 (2004), 685-692 (691), MATTHIAS GRAUMANN, Der Entscheidungsbegriff in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG — Rekonstruktion des traditionellen Verständnisses und Vorschlag für eine moderne Konzeption”, *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 40:3 (2011), 293-303 (299), GERALD SPINDLER, Prognosen im Unternehmensrecht, *Die Aktiengesellschaft*, 51:16 (2006), 677-689 (681-682).

⁽¹⁵³⁾ No mesmo sentido, cf. MENEZES CORDEIRO, *Direito das sociedades*, 13, 983, CATARINA PIRES CORDEIRO, Algumas considerações críticas sobre a responsabilidade civil dos administradores perante os accionistas no ordenamento jurídico português, *O Direito*, 137:1 (2005), 81-135, 107-112, VÂNIA MAGALHÃES, *A conduta dos administradores*, 379-380 (onde sustenta que os deveres de cuidado já estavam assimilados; não é correta a referência posterior da autora a uma “ampliação” dos deveres dos administradores, a p. 387), MOREDO SANTOS e VÖGLER GUINÉ, *Deveres fiduciários*, 695.

Sem prejuízo da sua importância clarificadora na densificação dos conceitos, não deve aceitar-se como inovadora a redação dada pela reforma de 2006 ao art. 64.º. Esta traduz uma transposição da “dinâmica” dos deveres fiduciários dos administradores nos sistemas anglo-saxónicos⁽¹⁵⁴⁾. Ou seja, tem apenas um cariz densificador (que poderia resultar já do labor do intérprete-aplicador)⁽¹⁵⁵⁾ e um importante valor pedagógico⁽¹⁵⁶⁾.

Dito isto, o administrador/fiscalizador diligente deverá demonstrar, nomeadamente, disponibilidade, competência técnica e conhecimento da atividade da sociedade. Com a positivação destas concretizações das obrigações de administrar e de fiscalizar diligentemente a sociedade clarificam-se aspetos que, historicamente, foram objeto de intensa discussão jurisprudencial, em diferentes quadrantes.

II. Da mesma forma, o art. 72.º/2 — que alegadamente introduz entre nós a chamada *business judgment rule* — corresponde a uma concretização ou densificação da obrigação de prestar, na sua dimensão procedimental, que não exclui a necessidade de determinação dos resultados subalternos (que se podem dizer de “mérito”) que se imponham (pela aplicação da bitola de diligência normativa) e da atuação em conformidade com os mesmos. Com exceção do dever de atuar livre de quaisquer interesses pessoais, reconduzível ao dever de lealdade hoje positivado no art. 64.º/1, b), estamos perante deveres de cuidado.

Dito isto, podemos concluir que também o art. 72.º/2 positiva soluções que já antes decorreriam de uma adequada interpretação das diferentes normas aplicáveis. Não corresponde, portanto, a um privilégio de limitação de responsabilidade civil, a uma suavização ou intensificação desta face ao regime precedente, nem a um qualquer teste ou padrão de revisão judicial. Corresponde apenas,

⁽¹⁵⁴⁾ Referimo-nos aqui ao conceito de “deveres fiduciários” nos termos desenvolvidos no sistema americano, sem paralelo no sistema britânico. Cf., sobre a questão, BARRETO MENEZES CORDEIRO, *Deveres fiduciários de cuidado*, 617-640.

⁽¹⁵⁵⁾ Neste sentido, cf. STJ 1-abr.-2014 (Fonseca Ramos), Proc. 8717/06, analisado no ponto seguinte deste texto.

⁽¹⁵⁶⁾ FERREIRA GOMES, *Conflitos de interesses*, 205-206.

repita-se, a uma concretização parcial das obrigações de administração e de vigilância, na sua dimensão procedimental⁽¹⁵⁷⁾.

Estas, sendo obrigações de meios, vinculam o devedor a *tentar adequadamente causar o resultado definidor*. Delas resulta a exigência de cumprimento de um procedimento diligente. A escolha que, por mera sorte — e não por decorrência de um procedimento adequado —, fosse acertada, não corresponderia ao cumprimento das suas obrigações.

⁽¹⁵⁷⁾ Cf. FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedade*, 887-904, sobre as principais orientações doutrinárias acerca do sentido do art. 72.º/2, e 913-915 sobre a nossa conclusão sobre o mesmo.