

O DEVER DE CUIDADO DOS ADMINISTRADORES E A CONCEPÇÃO DA *BUSINESS JUDGEMENT RULE* EM ORDENAMENTOS JURÍDICOS DE *CIVIL LAW*

THE MANAGERS' DUTY OF CARE AND THE CONCEPTION OF BUSINESS JUDGEMENT RULE IN LEGAL ORDERS OF CIVIL LAW

Fabio da Silva Veiga*

SUMÁRIO: Introdução. 1 As funções estritas do administrador e seus poderes. 2 Deveres de conduta dos administradores. 2.1 Típico modelo de administradores. 2.2 O dever de cuidado dos administradores. 2.3 Deveres de lealdade. 2.4 Movimento do *corporate governance* (EUA e UE). 3 A *business judgement rule* europeia. 3.2 Condições de aplicação da *business judgement rule*. 3.2 A *business judgement rule* como instrumento de exclusão de antijuridicidade em ordenamentos jurídicos de *civil law*. Conclusões

RESUMO: O estudo consiste numa reflexão geral sobre a influência dos princípios do *corporate governance* (*common Law*) no Direito Societário europeu continental (*civil Law*). Sendo assim, analisar-se-á os fatores da relação administração-sociedade e a evolução normativa desta matéria em alguns ordenamentos jurídicos, em especial à bibliografia de língua portuguesa com destaque à doutrina jurídica lusitana. A grafia adotada é o português do Brasil e as citações diretas dos autores portugueses em grafia do português europeu.

Palavras-chave: *Business judgement rule*. Dever de cuidado. Deveres fundamentais dos administradores.

ABSTRACT: *The study is a general reflection on the influence of the principles of corporate governance (common Law) in the European Corporate Law (civil Law). Hence, we will analyse the factors of the relation administration-society and the normative evolution of this matter in some legal orders, mainly regarding to the Portuguese language literature, highlighting the Lusitanian legal doctrine. The spelling adopted is the Brazilian Portuguese and the direct quotes related to Portuguese authors respect their original language.*

Keywords: *Business judgement rule. Duty of care. Fundamental duties of managers.*

INTRODUÇÃO

O estudo rondar-se-á o campo da atividade administrativa, aquela atividade de gestão assumida precipuamente pelos administradores societários em virtude do *contrato de administração*. Nos dois polos da relação contratual, de uma parte está a sociedade detentora do capital/patrimônio social, e na outra, o administrador, pessoa que assume o poder de representação para agir em nome do ente jurídico sociedade. O administrador assume, portanto, por determinação legal e contratual (estatutos, contratos sociais *strictu sensu*, acordos, atas de assembleias, etc.) os deveres e obrigações atinentes à função do cargo de direção, devendo observar as determinações assumidas. Os deveres de conteúdo contratual são livremente estipulados, mas têm na lei a sua normatização fundamental. As regras de observância dos administradores no exercício do cargo diretivo forma o *standard* ou *padrão* de conduta dos administradores e expõe seu conteúdo normativo, ou seja, a violação à sua previsibilidade faz incorrer em ato ilícito. Daí a importância em destrinçar uma parte reveladora do perfil dos administradores: o dever de cuidado, conectando à sua raiz normativa fundamentada na *business judgement rule*.

1 AS FUNÇÕES ESTRITAS DO ADMINISTRADOR E SEUS PODERES

O conceito de administração pode ser entendido em duas acepções: numa *acepção subjetiva*, representa o conjunto de pessoas que tem a seu cargo a função de administrar uma sociedade, e numa *acepção objetiva*, definida como o ato ou efeito de

* Pesquisador da Fundação CAPES, Ministério da Educação. Doutorando em Direito Empresarial na Faculdade de Direito da Universidade Complutense de Madrid. Mestre em Direito dos Contratos e das Empresas pela Universidade do Minho (Portugal).

administrar essa mesma sociedade. Na referência ao órgão de administração, integrar-se-á neste conceito, os gerentes das sociedades limitadas (por quotas), bem como os administradores das sociedades anônimas. Sendo assim, a acepção genérica “administradores”, pretende significar estes tipos de órgãos de administração.

Segundo Menezes Cordeiro (2007, pp.789-798), os “administradores servem a sociedade, na qual os sócios têm, um papel importante mas não exclusivo”. Entende este autor, que o “administrador servirá, pois os sócios, não enquanto pessoas singulares, mas como partes que puseram a gestão dos seus valores num modo colectivo de tutela e de proteção”. Em termos jurídicos, aos administradores podem ser circunscritos dois poderes. Por um lado, o poder de gestão que traduz a permissão normativa que os administradores têm de decidir e agir, em termos materiais e jurídicos, no âmbito dos direitos e deveres da sociedade. Neste caso, estamos perante um poder de administrar, para além de ser entendido como um dever potestativo, é também encarado como um dever fiduciário no sentido de que os administradores no âmbito da sua atuação devem observar regras e agir na base da lealdade. Por outro lado, a par do poder de administração, os administradores tem também o poder de representar a sociedade, que se traduz num vínculo jurídico, de base legal, que permite imputar à sociedade os atos decorrentes da atuação dos administradores.

Tendo em contas as considerações *supra*, podemos sintetizar que tais poderes não podem ser exercidos arbitrariamente pelos administradores, pois o seu âmbito de atuação encontra-se limitado por um complexo conjunto de direitos e deveres que constituem a situação jurídica decorrente da relação de administração.

2 DEVERES DE CONDUTA DOS ADMINISTRADORES

2.1 Típico modelo de administradores

A partir do surgimento das sociedades de capitais – por consequência da revolução industrial – as sociedades se constituíam fundamentalmente por via do contrato social. E seguindo o modelo inspirado no *Code de Commerce* napoleônico de 1807, cujas inspirações eram amplamente liberais, os administradores possuíam ampla liberdade no controle da gestão da sociedade, pois as suas responsabilidades estavam circunscritas à vontade deliberada no contrato social, especificamente por conveniência do *mandato*. Eram, portanto, *mandatários* da sociedade, e toda e qualquer obrigação ou *dever* se vinculava apenas pelos poderes discriminados no contrato de mandato. A sociedade comercial tinha por característica a concentração do capital – a propriedade e a gestão se baseava tipicamente no modelo familiar¹. Com a evolução dos mercados de capitais (entre

¹ O Capitalismo patrimonial ou familiar manifesta-se no início do Séc. XIX até aos anos 1920. A empresa é considerada como o patrimônio de uma família ou de um grupo de proprietários fortemente implicados no seu desenvolvimento e gestão. Há uma forte identidade entre a propriedade e a gestão, não se colocando a questão do controlo dos administradores. A forma jurídica dominante é a sociedade em comandita, onde o administrador é pessoalmente responsável pelos resultados da empresa. Esta forma de empresa capta bem o espírito do capitalismo: o empresário assume um risco, tirando daí todas as consequências. É ao mesmo tempo proprietário e administrador. O governo das empresas é familiar, no verdadeiro sentido do termo, tem por base a fidelidade, relações de longo prazo e é caucionado pelas partes interessadas. Com o crescimento das empresas, torna-se mais difícil a um indivíduo, a uma família ou a um pequeno grupo de pessoas assumirem sozinho todos os riscos. A gestão dessas empresas também se torna mais complexa, com o aumento da sua dimensão. Aparecem então os especialistas da gestão: os administradores. Ao mesmo tempo, o capital das empresas é aberto a elementos de fora das famílias, originando uma nova forma jurídica de empresa: a sociedade anônima. Os acionistas não são mais os empreendedores de outrora. São indivíduos anónimos que investem o seu património, fazendo com que os administradores sejam úteis. Estes são eles próprios assalariados, tecnocratas da gestão mais do que empreendedores, no sentido etimológico do termo.

o final do séc. XIX e início do séc. XX) a sociedade passa a ganhar maior dimensão, e o capital começa a dispersar. Nesse momento já não é possível a concentração do controle do capital sob o domínio do proprietário, visto que a propriedade já não é exercida por um pequeno grupo (familiar). Surge a figura dos administradores profissionais. E com isto, o contrato de mandato, direcionado originariamente ao administrador-proprietário (lembrando que a sociedade é uma *fictio iuris*²) vai evoluindo a sua concepção legal, e desse modo as obrigações (sentido civilista) dos administradores vão ganhando forma nos textos legais, nos códigos comerciais, na leis especiais sobre a administração societária, passando a recepcionar os valores da ordem jurídica num sentido de transposição da ampla liberdade contratual para se consumir no campo das normas instituídas. Há, portanto, uma transição no modelo de responsabilidade dos administradores societários, partindo do de raiz contratual para o de raiz legal.

No modelo de raiz contratual os administradores eram verdadeiros mandatários da sociedade, sendo responsáveis apenas pelo não cumprimento do mandato e dos estatutos sociais. Havia ampla liberdade e escassa responsabilidade dos administradores (RAMOS, 2010, pp.78-82).

No modelo de raiz legal, no lugar da diligência segundo a livre estipulação do contrato de mandato, surge a previsão legal que descreve o tipo de comportamento a ser observado pelo administrador. É um padrão abstrato e horizontal. Temos o exemplo alemão que fora contemplado no Código das sociedades anônimas – *AktG* germânica de 1965 – a *diligência* (cuidado) do “gestor criterioso e ordenado”³. Observa-se que o requisito de administrador diligente, criterioso e ordenado é uma exigência transversal patente a todas as sociedades, e incumbe à jurisprudência e à doutrina a tarefa de interpretação dos casos concretos.

Por conseguinte, a situação jurídica do administrador comporta um conjunto de direitos e deveres típicos. Relativamente ao conteúdo da norma expressa, entende António de Almeida (2006, p. 222) que o estudo dos deveres nele consagrados tem interesse para “efeitos de avaliação de justos motivos para destituição de administradores e apuramento da responsabilidade civil, devendo ser relacionados com o princípio *business judgement rule*, em sede de responsabilidade civil dos administradores”.

Os deveres fundamentais dos administradores (VEIGA, 2012, p.5758) – que dão corpo ao perfil do administrador “criterioso e ordenado” – podem reconduzir-se a duas categorias, notadamente: o dever de cuidado ou dever de diligência (a primeira é expressão do *duty of care* americano, a segunda da *AktG* germânica⁴), e ao dever de lealdade.

2.2 O dever de cuidado dos administradores

Daí, o chamado “capitalismo tecnocrático” (RODRIGUES, 2008).

² O conceito de pessoa jurídica possui vários matizes, desde a ideia fria da ficção de SAVIGNY – até a personalidade social de VON GIERKE – que afirma a existência de entes superiores ao indivíduo, criados pela ordem jurídica, tem dominado a jurisprudência desde a antiguidade, e constitui um instrumento indispensável para compreender o nosso direito positivo, o qual se desenvolveu sob a influência destas ideias. (TUHR, 1999, p. 375).

³ Em Portugal, a Lei que versava sobre as sociedades anônimas, no artigo 17.º, n.º 1, do DL 49.381, de 15-nov.-1969 – cuja norma foi inspirada por RAÚL VENTURA na base do § 93/I, da *AktG* alemã (lei sobre sociedades anônimas) –, dispunha: “Os administradores da sociedade são obrigados a empregar a diligência de um gestor criterioso e ordenado” (MENEZES CORDEIRO, 2011, p.252).

⁴ *AktG* – Lei alemã sobre sociedades anônimas e em comandita por ações, de 6 de setembro de 1965, reformada em 2005.

Oportunamente foi referido que “todo administrador de sociedade comercial tem, no exercício de seu ofício, o dever intrínseco e extrínseco de levar a cabo as suas atividades sob o manto da ‘boa administração’. Administrar requer, portanto, certa destreza e eticidade por parte de quem administra” (VEIGA, 2014, p.22). Em razão disso, a norma jurídico-societária especifica o dever de cuidado dos administradores no sentido de esquadriñar as facetas do perfil do profissional da gestão, exigindo maior atenção no trato da atividade de administração.

A doutrina não é unânime na nomenclatura adotada para o *dever de cuidado*, dirigindo-o ora ao dever de diligência, ora ao dever de administração⁵. De todo o modo, o dever de diligência é tido como sinônimo do dever de cuidado. Ressalva-se que o dever de diligência, para além de constituir um dever autônomo, funciona também, nos termos gerais, como um elemento que preside ao dever de administrar (NUNES, 2012, p.445).

O dever de cuidado (*duty of care*) é entendido por Coutinho de Abreu (2007, p.19), no modo de como “os administradores hão-de aplicar nas actividades de organização, decisão e controlo societários o tempo, esforço e conhecimento requeridos pela natureza das funções, as competências específicas e as circunstâncias”. Relativamente a este dever, entende António de Almeida (2006, p.222) que ele se inicia no momento da aceitação das funções de administração, qual «as pessoas nomeadas para o cargo de administrador devem verificar, antes da aceitação, se reúnem a competência técnica e disponibilidade para assegurar as funções para que foram designados». Nesse sentido, salienta o mesmo Autor em dizer que uma vez aceites as funções, o administrador tem o dever de *conhecimento* dos assuntos sociais que se desdobra em duas obrigações: a primeira consiste na obrigação de acompanhar e vigiar a atividade social –, impõe o dever de instalar sistemas adequados de vigilância e controle da informação (*monitory procedures*) e de realizar uma investigação quando tome conhecimento de fatos anômalos (*duty of inquiry*); a segunda obrigação consiste em obter a informação necessária para o habilitar a tomar uma decisão ponderada (*process dure care*) -, isso significa que deverá ser avaliada, por um lado, em função da complexidade, do grau de risco da decisão e da urgência e necessidade da rapidez da decisão.

Portanto, o dever de diligência na opinião comum da doutrina (ALMEIDA, 2006, p.233), está associado à obrigação de gestão em que circunscreve-se à figura abstrata de um “gestor criterioso e ordenado” tendo em conta as importantes funções atribuídas aos administradores.

2.3 Deveres de lealdade

O dever de lealdade, na mesma linha de entendimento, também é um dos deveres inseridos nos códigos comerciais contemporâneos com a função de normatização dos deveres historicamente consagrados nos contratos sociais. A lealdade é um pressuposto fundamental da relação administração-sociedade, dos representantes e dos proprietários (sócios, acionistas, etc.). Nisso, o direito anglo-saxônico (de matriz *common Law*) sempre a tratou com maior facilidade, enquanto o direito latino-germânico (de matriz *civil Law*) sentia dificuldades de concretizá-la.

Em termos genéricos, Menezes Cordeiro (2007, p.405) define a lealdade como a “atuação de quem aja de acordo com uma bitola correta e previsível”. A relação de lealdade envolve uma relação de confiança assentando em dois elementos: a previsibilidade da conduta e a sua correção. No âmbito do Direito Societário, a lealdade é entendida como o “conjunto de exigências relativas básicas do sistema, em cada

⁵ Acolhendo a terminologia adotada pelo legislador, diversos autores passaram a fazer referência ao dever de cuidado dos administradores.

situação concreta” (MENEZES CORDEIRO, 2007, p.825). Trata-se de um ponto que se concretiza perante a sociedade e perante os sócios, competindo agora verificar o seu papel em face dos administradores.

A situação jurídica dos administradores é integrada por um dever de lealdade para com a sociedade. Menezes Cordeiro define o dever de lealdade como um dever acessório de conduta ou na sua expressão designada “dever acessório de lealdade” (MENEZES CORDEIRO, 1997, pp.586-631). Realça que este tipo de deveres “obrigam as partes na pendência contratual absterem-se de comportamentos que possam falsear o objetivo do negócio ou desequilibrar o jogo das prestações por ela designado”, sendo que tais deveres se baseiam na boa-fé. Assim sendo, o dever de lealdade decorre do princípio da boa fé objetiva, entendida como a “regra imposta do exterior que as pessoas devem observar”.

A doutrina permite apontar diversas situações em que, por referência à lealdade, surgem atuações proibidas dos administradores para com a sociedade. Novamente são válidas as lições de Menezes Cordeiro (2007, p.826), o qual salienta que estas proibições encontram uma base jurídico-positiva no princípio geral da boa fé: em que o administrador encabeça um vínculo material que deve respeitar. As exigências do sistema visam o aproveitamento desse vínculo com fins alheios às situações consideradas; designadamente, os “fins pessoais do administrador ficarão sempre aquém dos da sociedade”⁶.

As proibições mais óbvias do dever de lealdade, muitas vezes, sancionadas de modo expreso, pelas leis são: a proibição da concorrência (dever de não concorrência) e a proibição de divulgar segredos societários (dever de sigilo).

O dever de não concorrência enquanto concretização do dever de lealdade é um dos exemplos mais marcantes envolvendo a violação do dever de lealdade por parte dos administradores. Da noção legal (art. 254º, n.º1, do Código das Sociedades Comerciais [CSC] português, para as sociedades por quotas, e no art. 398º, n.º 3, do CSC para as sociedades anónimas) podemos concluir que o dever de não concorrência é definido como o “o dever dos administradores não exercerem, por conta própria ou alheia, uma atividade concorrente com a sociedade, salvo a existência de consentimento”. Isto quer dizer que, para se analisar se uma atividade é concorrente ou não concorrente, tem-se que ter em conta o objeto contratual da sociedade (VEIGA, 2007, p.4).

2.4 Movimento do *Corporate Governance* (EUA e UE)

Considerando que o direito anglo-saxónico foi pontual para a inspiração dos princípios fiduciários (de vertente do *common Law*) no âmbito do direito de matriz *civil Law* europeu, é importante sublinhar a raiz jurídica que motivou o surgimento destes princípios no círculo jurídico anglo-saxónico.

O movimento da *corporate governance* ou governação das sociedades, tem como pressuposto lidar com problemas referentes à distribuição de competências entre

⁶ Pedro Caetano Nunes salienta que o dever de lealdade tem “por finalidade evitar atuações dos administradores em conflito de interesses com a sociedade”, salientando que tal dever pode concretizar-se em dois sentidos: no “aspecto positivo”, de que os administradores devem prosseguir o interesse social, no “aspecto negativo” de que os administradores não devem prosseguir interesses pessoais ou de terceiros em detrimento do interesse social. (NUNES, 2012., pp. 87-117); Coutinho de Abreu realça que o dever (geral) de lealdade é definível como o “dever de os administradores exclusivamente terem em vista os interesses da sociedade e procurarem satisfazê-los, abstendo-se portanto de promover o seu próprio benefício ou interesses alheios”. (ABREU, 2010, p. 25); Menezes Cordeiro também opina que os deveres de lealdade “vinculam os negociadores a não assumir comportamentos que os desviem de uma negociação correcta e honesta” (MENEZES CORDEIRO, 1997, pp. 586-631).

os órgãos deliberativos das sociedades comerciais, mais precisamente entre órgão deliberativo-interno e órgão de administração; à organização, composição e funcionamento do órgão administrativo-representativo, modos de designação e de destituição dos administradores, remuneração, deveres e responsabilidades deles; aos meios de controle interno e externo das sociedades (ABREU, 2010, p.9).

O denominado *corporate governance movement* teve início nos anos 70 do passado século, nos Estados Unidos da América (EUA) – com o caso *Watergate* –, no qual se operou investigações que revelaram que muitas sociedades haviam ilicitamente financiado a campanha eleitoral do presidente Nixon, bem como subornado membros de governos estrangeiros. Assim, evidenciava-se que o sistema de controle societário se encontrava deprimido e inadequado (ABREU, 2010, p.10).

Na Europa, o movimento do *corporate governance* entrou por via do Reino Unido na passada década de 90, em resultado de escândalos financeiros envolvendo as empresas desta região da Europa Insular. Consequentemente, surgiram reações na forma de “códigos” de *corporate governance*, como o *Cadbury Report*, de dezembro de 1992, um dos primeiros e mais importantes (ABREU, 2010, p.11).

Em decorrência deste movimento, bem como na necessidade de proteger, reagir ou prevenir escândalos financeiros relacionados a fatores societários, este movimento invadiu os ordenamentos jurídicos europeus.

De acordo com Coutinho de Abreu (2010, p.12) esta invasão do pensamento do Direito societário norte-americano apareceu nas legislações europeias em forma de códigos (também autointitulados relatórios, princípios, recomendações, guias, etc.) de governo societário.

3 A BUSINESS JUDGEMENT RULE EUROPEIA

Por sua vez, a *business judgement rule* é inspiração do movimento *corporate governance*, e explicita de forma tangível, *a priori*, a nova *posição jurídica* do administrador, nomeadamente no que se refere ao não cumprimento dos deveres dos administradores⁷ no âmbito societário.

O impulso reformador dos deveres dos administradores ocorrido no início do séc. XXI – na Espanha: *Ley de Transparencia*, em 2003 regulou o *deber de diligente administración, fidelidad y de lealtad*. Na Itália: em 2003 o *código civile* italiano abandonou o critério de aferição de ilicitude/culpa que tinha por base a tradicional *diligenza del buon padre di famiglia* em favor da diligência pela natureza do cargo e pelas funções específicas dos administradores. Na Alemanha com a nova prescrição do § 93, do AktG de 2005; Em Portugal: a reforma do Código das Sociedades Comerciais em 2006.

O interesse na reforma dos deveres dos administradores está de alguma forma, relacionado com o *corporate governance movement* e com a identificação de boas práticas de administração das sociedades. Portanto, a recepção dos *duty of care* e *duty of loyalty* (e suas concretizações) faz-se, num primeiro momento, não pelos instrumentos do *hard Law* do direito continental, mas por outras vias, como sejam a investigação de académicos ou as recomendações precipitadas em instrumentos de *soft law* que, desde os anos 90, tem surgido em vários países da Europa (RAMOS, 2010, pp. 98-99; PISCITELLO, 2012, pp. 1167-1183).

Tradicionalmente a *business judgement rule* é integrada por quatro aspectos, sendo três deles condições e um a regra. Num primeiro plano, a regra só é aplicada se

⁷ Inclui na esfera destes deveres a função implícita da atividade do administrador, isto é, a relação obrigacional envolvendo os poderes de gestão e representação dos administradores com a sociedade.

tiver havido uma decisão empresarial (escapam ao âmbito da aplicação os casos em que não há *decision making process*); depois, a regra só se aplica se a decisão não estiver contaminada por um interesse financeiro ou pecuniário dos administradores; num terceiro momento, deve ter sido observado um *reasonable decision making process*. Cumpridos estes aspectos, o mérito substantivo da decisão não será analisado (neste ponto concentra-se a atuação dos julgadores). Só haverá responsabilidade em caso de decisões irracionais (*egregious conduct*) (RAMOS, 2010, pp. 94-95; NUNES, 2001, pp. 24-25). A *business judgment rule* constitui uma regra de origem jurisprudencial que exclui a valoração pelos tribunais do mérito das decisões dos administradores⁸. Significa dizer que opera uma importante restrição da responsabilidade dos administradores.

Uma das razões para a aplicação da *business judgement rule* se confere pelo espaço de discricionariedade que o administrador pode atuar nas suas decisões, isto é, um espaço de imunidade jurídica dos atos dos administradores, em que, motivada pela própria finalidade da sociedade, que em simples palavras, poderíamos clarificar na atividade de risco, concedesse ao administrador uma autonomia de suas decisões, condicionando, com isso, uma não atuação por parte do juiz na análise do mérito das decisões tomadas sob o ponto de vista da técnica empresarial e de suas adequações. Temos o exemplo do n.º 2, do artigo 72, do Código das Sociedades Comerciais português que foi inspirado na *business judgement rule* conforme a prescrição legal, *in verbis*: “A responsabilidade é excluída se alguma das pessoas referidas no número anterior [gerentes ou administradores] provar que actuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial”.

Quando da inspiração da *business judgement rule* advinda do direito norteamericano, o legislador português⁹ intencionou configurar uma nova esfera de responsabilidade dos administradores: entende-se que ele quis resguardar a atuação de administradores mais ou menos diligentes, que pudessem tomar boas decisões que, num momento de julgamento posterior, não fossem responsáveis pelos prejuízos causados ao patrimônio social; ou, *vice e versa*, administradores que atuassem fora do âmbito da devida diligência e sem o cuidado da técnica empresarial, e se se mostrassem negligentes, incorreriam em responsabilidade, consoante a *maxime* do artigo 72.º, n.º 1 do CSC português.

Diante disso, o risco econômico em que se insere a atividade da sociedade, deve ser entendido para a visualização dos deveres dos administradores. Como ressalta Ricardo Costa (2007, pp.53-54):

a assunção de riscos, que se associa à inovação e à criatividade, é um elemento natural e intrínseco das decisões empresariais, que favorecem o interesse social e beneficiam a sociedade e os sócios (as possibilidades de ganho derivadas de uma escolha arriscada são quase sempre mais consideráveis do que as derivadas de uma escolha menos arriscada).

A interpretação parece ser razoável, pois, se as decisões dos administradores fossem habitualmente questionadas pela sociedade em tribunal, acabaria por se transferir a autoridade da decisão para as mãos dos sócios, conseqüentemente, seria prejudicial para

⁸ Conforme explica Frada (2007, p. 79): segundo a fórmula usual do Delaware, por exemplo, a *business judgement rule* consagra a “presunção de que ao tomar uma decisão de negócios os administradores da sociedade actuaram informadamente, de boa fé e na honesta crença de que essa acção era no melhor interesse da sociedade”.

⁹ Entende-se “legislador” neste caso, a CMVM – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários – órgão controlador dos mercados de capital aberto português, quem, de fato, sugeriu a incorporação desta matéria na legislação portuguesa.

a sociedade, pois inibiria a própria atuação da sociedade (logo que o administrador abster-se-ia de atuar com discricionariedade) e tornar-se-ia o interesse social de forma vulnerável diante do mercado econômico.

4 CONDIÇÕES DE APLICAÇÃO DA *BUSINESS JUDGEMENT RULE*

Em primeiro plano, para que seja aplicada a *business judgement rule* será necessária uma decisão consciente. Deve haver, portanto, um processo de tomada de decisão, a inobservância deste quesito incorre na inaplicabilidade da *business judgement rule*. Contudo pondera Ricardo Costa, afirmando que “não significa que não se aplica a uma decisão de se abster de tomar uma ação; significa que não se aplica quando os administradores deixaram de atuar como administradores, abdicando de suas funções” (COSTA, 2007, p. 56; NUNES, 2001, p. 26).

Em segundo lugar está atrelado ao interesse pessoal, isto é, as decisões dos administradores devem ser isentas do interesse pessoal (financeiro e patrimonial). O que se quer dizer é que o comportamento do administrador deve ser respaldado à luz do dever fiduciário de lealdade (COSTA, 2007, p.56).

Ricardo Costa, ainda enumera como terceira condição formal de aplicação da *business judgement rule*, ao que se refere a um *background* obtido pelo administrador, sendo este suficiente e razoável de informação antes de determinar uma decisão (COSTA, 2007, p.57). Segundo o referido Autor, estas três facetas são verdadeiras “condições formais de aplicação da *business judgement rule*”. Assim, se elas se verificarem, o mérito da decisão será analisado de uma forma excepcionalmente limitada. Só haverá responsabilidade dos administradores se, de acordo com a formulação preponderante, a decisão empresarial-negocial, de entre todas as decisões disponíveis, for irracional. É justamente aqui que os administradores se poderão abrigar de uma eventual responsabilidade civil, protegidos pelo *safe harbour* proporcionado pela *business judgement rule* (COSTA, 2007, p.57).

Como já referido, este instrumento de uso jurisprudencial é descrito por referência ao *duty of care*. Todavia, a sua aplicação não é restrita às situações de violação do dever de cuidado. A *business judgement rule* é igualmente aplicada a outras atuações dos administradores¹⁰. No nosso entendimento, a regra, no entanto, embora considere a premissa da atuação fiduciária na relação administrador-sociedade, é exclusivamente aplicável às condutas devidas ao dever de cuidado ou diligência, e não funciona (não protege os administradores) em casos de violação do dever de lealdade (VEIGA, 2007, p.30).

O requisito fundamental da *business judgment rule*, destaca-se, com efeito, no exercício consciente de uma decisão tomada pelos administradores. De outro lado, o pensamento subjacente a *business judgement rule* – preservação da discricionariedade dos administradores, insindicabilidade judicial do mérito das decisões empresariais e irresponsabilidade pelos danos resultantes de *honest mistakes* – saltou as fronteiras da experiência jurisprudencial norte-americana sobre o *duty of care* e alcançou os países de *civil law*. Não necessariamente através do direito legislado. Porém, vai sendo incorporada na experiência jurídica dos países de *civil law* seja pela recepção no *diritto vivente*, seja pela cristalização em normas gerais abstratas (RAMOS, 2010, p. 100; VEIGA, p. 30).

¹⁰ Os *Principles of Corporate Governance* aplicam a *business judgement rule* a operações de controle da sociedade e a medidas defensivas face a ofertas de aquisição da sociedade - §§ 6.01 e 6.02. (NUNES, 2001, p. 24).

4.1 A *business judgement rule* como instrumento de exclusão de antijuridicidade em ordenamentos jurídicos de *civil law*

Nos EUA, a jurisprudência do Delaware interpreta a *business judgement rule* como uma “presunção de licitude”. Significa que as condutas dos administradores orientadas sob os requisitos da *business judgement rule*, notadamente: a decisão consciente, a observância da racionalidade empresarial, o risco econômico, entre outras normas de controle de risco, são consideradas lícitas. E isso se reflete no ônus da prova, logo que não há presunção de ilicitude. Portanto, o demandante tem o dever de provar a violação dos requisitos da *business judgement rule*.

Contudo, no direito continental europeu, a exemplo de Portugal, a norma que trata da responsabilidade dos administradores em sede societária, inspirou-se na *business judgement rule* norte-americana, mas não seguiu, a rigor, a interpretação a dos seus tribunais. No artigo 72.º, n.º 2, do CSC, o legislador consagrou a presunção de culpa na roupagem da *business judgement rule* ao revés da interpretação dos Tribunais do Delaware. Desse modo, sob o enfoque lusitano, os administradores têm o dever de provar a licitude, ou seja, o ônus da prova é invertido.

Considerando a justificativa da *business judgment rule*, VÂNIA MAGALHÃES segue a doutrina de que “a responsabilidade será excluída” havendo a prova do cumprimento dos requisitos, mencionando que a *business judgment rule* se desenha como “o limite máximo de dever de cuidado dos administradores” (MAGALHÃES, 2009, pp.394-395). Caetano Nunes concebe a “*business judgement rule* como uma cláusula de exclusão da responsabilidade civil por violação do dever de gestão” (NUNES, 2001, p.515), enquanto Paulo Câmara refere que a lei toma-a como cláusula de “exclusão de ilicitude” (CÂMARA, 2008, p.52). O que se percebe é que evidentemente a *business judgement rule* funciona como instrumento de antijuridicidade perfeitamente adaptável nos sistemas de *civil Law*, denota uma concepção de *soft Law*, tornando o sistema jurídico-empresarial adaptável ao perfil contemporâneo dos administradores societários, que exige maiores e mais complexas interpretações nas distintas situações das tomadas de decisões. Neste sentido, o *soft Law* é recebido com vantagens, ainda mais quando se entende que atividade de administração é uma atividade de meio e não de fim. Não se exige o resultado, contudo, a exigência aos administradores é uma conduta conforme os padrões do “bom administrador”, aquele dotado de conhecimento (técnica), conduta conforme a função exigida pelo cargo (racionalidade das decisões), respeito pelas normas internas e externas (*compliance*), sendo assim, a conduta no âmbito do *civil Law* será interpretada com matizes do *softw Law*, e, de certa forma maximiza e flexibiliza os ordenamentos jurídicos tradicionais do *civil Law*, empurrado necessariamente, pela globalização dos mercados.

CONCLUSÕES

Percebe-se, portanto, que os sistemas de *civil Law*, especialmente do Direito Societário europeu, absorveu em considerável escala os princípios do *corporate governance movement*, de origem eminentemente anglo-saxônica. Em regra, no direito de matriz *civil Law*, os princípios que marginalizavam a conduta dos administradores tinham por base a origem histórica da liberdade dos sistemas contratuais – pautado mais na relação administrador-sociedade pela conveniência no contrato do que pela concretização dos deveres em decorrência do regime legal.

Assim, impulsionado pelo exemplo principalmente norte-americano – considerando que a inserção dos princípios do *corporate governance* entraram no

continente europeu por intermédio do Reino Unido –, o direito de *civil Law* no campo societário absorveu alguns de seus conteúdos e os inseriu no seu ordenamento (códigos, leis, regulamentos, etc.), iniciando assim, uma invasão dos dispositivos de matriz de *soft Law* nos códigos europeus.

O dever de cuidado foi reestruturado, ganhando um novo corpo interpretativo e legal. O Critério do administrador “criterioso e ordenado” que antes se entendia apenas numa concepção fechada, alinhada a concretizações de ordem potestativas (relativamente aos deveres contratuais), passa a incorporar a concepção dos instrumentos de *soft Law*, mormente caracterizado pela concretização legal dos deveres fundamentais dos administradores (há outros deveres não estudados neste artigo), estampados no dever de cuidado segundo as características da *business judgement rule* – decisões racionais conectada ao risco empresarial é considerada para fins de responsabilidade (exclusão ou não).

Agora a relação entre a administração e os proprietários da sociedade (sócios e acionistas) para além de potestativa, também ganha força no carácter fiduciário – reforço da confiança – cuja imputação é pautada por instituição legal.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Jorge Manuel Coutinho. **Governança das Sociedades Comerciais**. 2. ed., Coimbra: Almedina 2010.

_____. Deveres de Cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social. In: **Reformas do Código das Sociedades**, IDET, colóquios, nº3. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. **Responsabilidade civil dos administradores de sociedades**, IDET, Cadernos nº5, Coimbra: Almedina, 2. ed. 2010.

ALMEIDA, António Pereira. **Sociedades Comerciais**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

CÂMARA, Paulo. O Governo das Sociedades e a Reforma do Código das Sociedades Comerciais. In: CÂMARA, Paulo (coord.). **Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades**. Coimbra: Almedina, 2008.

COSTA, Ricardo. A responsabilidade dos Administradores e *Business Judgement Rule*. In: **Reformas do Código das Sociedades** – Colóquios n.º 3, IDET. Coimbra: Almedina, 2007.

FRADA, Manuel António Cardeiro. A *business judgement rule* no quadro dos deveres gerais dos administradores, In: **A Reforma do Código das Sociedades Comerciais – Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 61-102.

MAGALHÃES, Vânia Patrícia Filipe. A conduta dos administradores das sociedades anónimas: deveres gerais e interesse social, In: **Revista de Direito das Sociedades**. Ano I, n.º 2. Coimbra: Almedina, 2009. p. 379-414.

MENEZES CORDEIRO, António. **Manual de Direito das sociedades**, vol. I, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

_____. **Código das Sociedades Comerciais Anotado**, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. **Da boa fé do Direito Civil**. Coimbra: Almedina, 1997.

NUNES, Pedro Caetano. **Responsabilidade civil dos administradores perante os accionistas**. Coimbra: Almedina, 2001.

_____. **Dever de gestão dos administradores de sociedades anónimas**, Teses de doutoramento. Coimbra: Almedina, 2012.

PISCITELLO, Paolo. *La responsabilità degli amministratori di società di capitali tra discrezionalità del giudice e business judgment rule*, In: **Rivista delle Società**, ano 57.º, nov-dec, 2012, fascículo 6.º. Giuffrè, Milão, p. 1167-1183.

RAMOS, Maria Elisabete Gomes. **O seguro de responsabilidade civil dos administradores – entre a exposição do risco e a delimitação da cobertura**. Teses de doutoramento. Coimbra: Almedina, 2010.

RODRIGUES, Jorge. **Corporate governance: uma introdução**. Mangualde: Edições Pedagogo, 2008.

TUHR, A. Von. **Derecho civil, vol. I – Las personas – Clásicos del pensamiento jurídico**. Madrid: Marcial Pons, 1999.

VEIGA, Fábio da Silva. A responsabilidade tributária por violação dos deveres de administração. In: **Revista do Instituto do Direito Brasileiro**, ano I, vol. 9, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012, p. 5753-5765. Disponível em: <http://cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2012/09/2012_09_5753_5765.pdf>. Acesso em: 01 fev. 2015.

_____. **A responsabilidade civil dos administradores na insolvência**, Dissertação de Mestrado em Direito dos Contratos e das Empresas, Braga: Universidade do Minho, 2014.

_____. LARANJEIRA, Amanda Lúcia Araújo. O dever de lealdade dos administradores: consequências no dever de não concorrência e não apropriação das oportunidades de negócios – sob a perspectiva do direito português. In: **Revista Âmbito Jurídico**, Nº 87 - Ano XIV - Abril/2011, Rio Grande, p. 4. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=9365&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em 01 jan. 2015.