

REVISTA OA | DOCTRINA

Doutrina

Processo

Data do documento

Relator

25f693a1a2dbd8001eb1_|| 1 de setembro de 2006

António Menezes
Cordeiro

DESCRITORES

Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades

SUMÁRIO

I. Introdução: 1. O novo preceito; 2. A sua história; 3. Método e sequência. II. A diligência de um gestor criterioso: 4. A origem da bitola de diligência; 5. O business judgement rule; 6. A transposição para o Direito português; 7. O Código das Sociedades Comerciais em 1986 e em 2006. III. Os interesses da sociedade, dos sócios e dos trabalhadores: 8. A origem da referência aos interesses; 9. A preparação e as vicissitudes da 5.^a Directriz; 10. Problemas e abandono; 11. O sentido das referências comunitárias a “interesses”; 12. A transposição para o Código, em 1986; 13. O sentido, em 2006; crítica. IV. Os deveres de lealdade: 14. A origem da referência; Direito civil e do trabalho; 15. Direito das sociedades; 16. A transposição para o Direito português. V. Os deveres de cuidado: 17. A origem; 18. A transposição para a lei portuguesa. VI. O governo das sociedades: 19. Aspectos gerais; 20. O papel na reforma. VII. A reconstrução do preceito: 21. Síntese dos seus elementos; 22. Normas de conduta; a) Deveres de cuidado; 23. Segue; b) Deveres de lealdade e interesses a atender; 24. A bitola de diligência; 25. Os limites do legislador.

TEXTO INTEGRAL

O novo preceito

I. O artigo 64.º/1 do Código das Sociedades Comerciais, na versão resultante do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 76 A/2006, de 29 de Março(1), vem dispor:

1. Os gerentes ou administradores da sociedade devem observar:

- a) Deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado; e
- b) Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.

A uma primeira leitura: temos um preceito pesado, que condensa, em duas alíneas, uma série complexa de mensagens normativas.

II. O artigo 64.º/1 teve um advento publicitado. Aquando da apresentação do anteprojecto, a CMVM — aliás perante um texto mais simples, a que iremos regressar—explicou a sua importância e revelou estar em causa, quanto aos titulares dos órgãos de administração(2):

(...) uma cuidadosa densificação dos deveres que devem ser acautelados no seu exercício profissional.

e

(...) parece ser igualmente pacífico que a lei deve recordar um núcleo mínimo dos deveres dos administradores e dos titulares dos órgãos de fiscalização, não só para fornecer modelos de decisão claros mas também para permitir a efectivação applicativa de precisões normativas decorrentes do incumprimento dos deveres societários.

III. No preâmbulo do Decreto-Lei n.º 76 A/2006, o legislador foi mais comedido, evitando referir o artigo 64.º/1(3). Todavia, para quem conheça a matéria e os seus antecedentes, é evidente que, nesse preâmbulo, o preceito ora em estudo é arvorado a(4):

(...) primeiro objectivo de fundo que este decreto-lei visa prosseguir, em prol de uma maior transparência e eficiência das sociedades anónimas portuguesas.

E compulsada a reforma, verifica se que todo o conjunto das enunciadas medidas relativas ao governo das sociedades — que chega a dar o nome ao projecto — acaba, afinal, por desaguar no artigo 64.º/1, acima transcrito.

2. A sua história

I . O artigo 64.º tem uma história movimentada: diz muito sobre várias experiências europeias e sobre os mores legislativos nacionais. Vamos recordá-la.

Na origem, temos o artigo 17.º/1 do Decreto-Lei n.º 49 381, de 15 de Novembro de 1969. Este preceito, visando introduzir um capítulo sobre a responsabilidade dos administradores, veio dispor(5):

Os administradores da sociedade são obrigados a empregar a diligência de um

gestor criterioso e ordenado(6).

Trata se de uma regra inspirada por RAÚL VENTURA e que adveio do § 93/I do Aktiengesetz alemão, de 1965.

II. Esse mesmo preceito foi basicamente acolhido no artigo 64.º, versão original. Com um acrescento: a sua redacção surge completada, ficando com a seguinte composição, agora sob a epígrafe “dever de diligência”:

Os gerentes, administradores ou directores de uma sociedade devem actuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores(7).

Desta feita, o aditivo após “ordenado” adveio, por indicação de BRITO CORREIA, da proposta de 5.ª Directriz das sociedades comerciais, a qual, de resto, nunca foi adoptada.

III. No projecto da CMVM posto a discussão pública, o preceito surge desdobrado em dois números: o n.º 1, relativo aos administradores, e o n.º 2, quanto à fiscalização. Releva, aqui, apenas o primeiro, assim redigido, agora sob a epígrafe “dever de diligência e de lealdade”:

1. Os gerentes ou administradores da sociedade devem actuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado e com lealdade, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores.

Por inspiração da CMVM foi acrescentado “com lealdade”. Palavras simples mas com inúmeras implicações jurídico científicas, como veremos. Estávamos na tradição alemã, ainda que com elementos heterogéneos.

IV. Finalmente, o artigo 64.º/1, versão final proveniente da reforma e acima transcrito, desta feita epigrafado “deveres fundamentais”, veio:

- articular, em alíneas separadas, os deveres de cuidado e de lealdade;
- explicitar o conteúdo dos deveres de cuidado e rematar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado;
- desenvolver o teor dos deveres de lealdade, aí inserindo, entre os elementos a atender, a referência a diversos interesses.

Os “deveres de cuidado” são de origem anglo saxónica. As concretizações de tais deveres, bem como os desenvolvimentos levados a cabo a propósito da lealdade corresponderam a ideias da CMVM, tanto quanto veio a público. Mais precisamente: às ideias destinadas a dar forma ao denominado governo das sociedades ou corporate governance, de cepa norte americana.

Também a contraposição entre deveres de cuidado e deveres de lealdade (Estados Unidos) ou fiduciários (Inglaterra) é típica dos manuais de Direito das sociedades de além Atlântico ou de além Mancha. Ao já colorido Direito português soma se, assim, uma massa de língua inglesa. Cabe ao intérprete estudar o assunto, que se anuncia apaixonante e, naturalmente: problemático.

3. Método e sequência

I. O artigo 64.º/1 não corresponde a quaisquer desenvolvimentos nacionais: nem doutrinários, nem jurisprudenciais. Grosso modo ele traduz uma série de aporções retiradas de fontes exte-riores, desinseridas dos sistemas que as originaram. Parece nos claro que, tal como se apresentam e a serem juridicamente operacionais, essas aporções irão encontrar um novo equilíbrio e um sentido conjunto e coerente. Pelo menos: será papel dos juristas nacionais

trabalhar com esse objectivo.

II. De todo o modo, o primeiro passo para a reconstrução do artigo 64.º/1 terá de consistir no levantamento das parcelas que o compõem e no seu estudo, à luz dos sistemas dados. Iremos, assim, considerar sucessivamente:

- a diligência de um gestor criterioso;
- os interesses da sociedade, dos sócios e dos trabalhadores;
- os deveres de lealdade;
- os deveres de cuidado;
- o governo das sociedades.

Veremos, na base dos elementos obtidos, até onde se poderá ir na composição de um preceito harmónico e funcional.

II. A DILIGÊNCIA DE UM GESTOR CRITERIOSO

4. A origem da bitola de diligência

I . A denominada bitola de diligência de gestor criterioso remonta ao Aktiengesetz alemão de 1937. Mais precisamente, ao seu § 84 que, introduzindo à responsabilidade dos membros da direcção das sociedades anónimas, dispunha, no seu n.º 1(8):

Os membros da direcção devem aplicar, na sua condução da sociedade, o cuidado de um gestor ordenado e consciencioso. Devem manter sigilo sobre os dados confidenciais.

A doutrina da época explicava que uma responsabilização dos administradores

independente de culpa levaria a resultados injustos. A regra legal conduziria, deste modo, à culpa e à sua necessidade(9). Esclarecemos, no plano terminológico, que “cuidado” (Sorgfalt) sempre foi vertido, em português, por diligência; nada tem a ver com o novo “cuidado” (care), anglo saxónico e com uma tradição distinta(10).

II. Na passagem para o Aktiengesetz de 1965(11), a primeira parte do preceito manteve-se íntegra: não se mudam normas deste tipo só pelo gosto de inovar. A doutrina foi aprofundando o sentido da bitola do dever de diligência explicando que, sendo objectiva, ela se afirmaria pelo tipo, pelo âmbito e pela dimensão da sociedade(12). De todo o modo, a bitola seria mais exigente do que a relativa ao comum comerciante, uma vez que se gerem bens alheios(13).

III. Na actualidade, a bitola de diligência do gestor ordenado e consciencioso mantém-se firme no seu papel na responsabilidade civil(14). Fundamentalmente em causa está a compatibilização entre a discricionariedade empresarial e as restrições impostas pelo ordenamento e pelas realidades da sociedade(15).

A doutrina mantém que, pelo seu teor, o § 93/I AktG reporta uma bitola de culpa(16), correspondendo ao § 276 do BGB(17) e ao § 347 do HGB(18). Todavia, o preceito é levado a uma dupla função, assumindo ainda o papel de uma previsão geral de responsabilidade (de ilicitude)(19).

Trata-se de uma matéria de aprofundamento delicado; apenas se pode progredir com um perfeito conhecimento do sistema alemão da responsabilidade civil e na base da jurisprudência.

A regra geral do § 93/I do AktG vem, depois, concretizar-se em múltiplos e

precisos deveres de conduta(20).

5. O business judgement rule

I. Interessa fazer aqui uma referência ao business judgement rule, introduzido no § 93/I, 2 AktG pelo UMAG de 22 Set. 2005(21). Esse diploma, depois da consagração da bitola de diligência, que se mantém, veio acrescentar:

Não há uma violação de dever quando o membro da direcção, na base de informação adequada, devesse razoavelmente aceitar que, aquando da decisão empresarial, agia em prol da sociedade.

Trata se de uma regra de origem norte americana. Resumindo (22): na base de um enérgico sistema de responsabilidade civil, a responsabilidade dos administradores era transferida para as seguradoras; estas negociavam com os queixosos; todavia, o incremento das indemnizações levou as seguradoras a retrair se, excluindo numerosas hipóteses de responsabilidade. O sistema reagiu: através do business judgement rule, os administradores não seriam demandáveis quando mostrassem que agiram, com os elementos disponíveis, dentro das margens que lhes competiriam, em termos de negócios.

II. Apesar da inspiração norte americana, a sua transposição para a Alemanha obedeceu a necessidades efectivas. Na verdade, no caso alemão, observava se que as situações de responsabilização dos administradores, designadamente nas décadas do pós guerra, eram relativamente escassas(23): o § 93 chegou a ser comparado a um “tigre de papel”. A partir de 1998, mercê das alterações introduzidas no § 147 pelo KonTraG(24), as situações de responsabilidade multiplicaram se, sendo absorvidas pelos seguros D&O(25)(26). Os lobbies dos seguros movimentaram se, assim sendo introduzido, na lei alemã, o business

judgement rule, tanto mais que o UMAG de 2005, atingindo o § 148, foi facilitar, de novo, a responsabilidade da direcção(27). Com a seguinte consequência prática: em casos de negligência, a responsabilidade é excluída quando se mostre que o administrador agiu dentro da razoabilidade dos negócios. Digamos que se lhe reconhece, para além da esfera representada pelo cuidado do gestor ordenado e consciencioso, mais um campo de acção onde podem ocorrer actuações inovatórias. Trata-se de uma saída já antecipada pela jurisprudência nos casos ARAG(28) e Siemens/Nold(29).

III. No campo dos quadros jurídicos anglo saxónicos, o business judgement rule opera como uma causa de isenção de responsabilidade, não cabendo discutir se enquanto causa de justificação ou causa de excusa. Feita a transposição para os Direitos continentais, há que reconduzi lo aos quadros competentes. A mera leitura do § 93(1), 2(30), mostra que estamos perante uma específica exclusão da ilicitude: não de culpa. E num efeito de retorno: mais claro fica que a diligência equivale a uma bitola de conduta, fonte de ilicitude quando violada.

IV. Adiantamos, por fim, que o business judgement rule também foi transposto para o nosso Direito: artigo 72.º/2. É estranho: não logramos, no Direito português, nenhum surto de responsabilização dos administradores que pudesse justificar tal cautela.

De todo o modo, o tema transcende o presente escrito.

6. A transposição para o Direito português

I. A diligência do gestor criterioso foi, como vimos, transposta para o Direito português pelo artigo 17.º/1 do Decreto-Lei n.º 49 381, de 15 de Novembro de 1969. A análise dos seus vastos trabalhos preparatórios(31) bem como das subsequentes explicações dadas pelos ilustres Autores do anteprojecto(32),

permite algumas conclusões interessantes:

- o legislador material conhecia bem os diversos sistemas europeus, tendo optado pela fórmula do Aktiengesetz alemão: tecnicamente mais apurada e consonante com a tradição nacional;
- além disso, apercebeu-se do dilema culpa/ilicitude, tendo acabado por aproximar a “diligência” de uma norma de conduta e, portanto: de fonte de ilicitude, quando violada, sujeita a subsequente e eventual juízo de culpa.

Cifra-se, logo aí, uma linha coerente, interrompida, segundo parece, em 2006.

II. Parece evidente que a mera transposição de 1969 nunca poderia assegurar a deslocação, para o nosso Direito, de todos os desenvolvimentos alemães de que acima demos conta. De resto: muitos deles são subsequentes a essa data.

Registamos, todavia, que o preceito manteve a lógica da origem, surgindo como uma regra de responsabilidade civil dos administradores. Mas a partir daí, como classificá-la? Regra de conduta ou bitola de culpa?

A resposta é complexa e exige uma prévia ponderação metodológica, que reduziremos ao mínimo. 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 justificações e sem atentar no que se faz, reescrever, a propósito da responsabilidade dos administradores, todo o sistema da responsabilidade civil.

III. Isto dito: em sentido normativo, a diligência equivale ao grau de esforço

exigível para determinar e executar a conduta que integra o cumprimento de um dever(33). Trata-se de uma regra de conduta, ou melhor: de parte de uma regra de conduta, que deve ser determinada independentemente de qualquer responsabilidade e, logo: de culpa. A violação do dever de diligência dá azo a ilicitude: não a mera medida de culpa(34). Aliás: a falta de diligência pode ser dolosa e não meramente negligente.

É certo que o § 93/I do AktG alemão começou por ser assimilado a uma medida de culpa (de negligência), mercê da sua ordenação sistemática pelos §§ 276 do BGB e 347 do HGB; mais tarde, evoluiu para uma regra de conduta, em termos hoje pacíficos. Não vemos, porém, para quê tais complicações, feita a transposição para o Direito português que, aliás, dispõe de quadros mais flexíveis e avançados do que o alemão, no campo da responsabilidade civil.

A bitola de diligência é, nos termos gerais, uma regra de conduta. Mas incompleta: apenas em conjunto com outras normas, ela poderá ter um conteúdo útil preciso. Com efeito, ninguém actua diligentemente, tout court: há que saber de que conduta se trata para, então, fixar o grau de esforço exigido na actuação em jogo(35).

7. O Código das Sociedades Comerciais em 1986 e em 2006

I. A orientação acima apontada — a do dever de diligência como quantum de esforço normativamente exigível, aos administradores, no cumprimento dos seus deveres — mais fortalecida fica quando se passa ao artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais, na sua versão original.

Esse preceito foi sistematicamente desligado da responsabilidade dos administradores, passando a integrar um capítulo próprio sobre a

administração. Nenhum sentido faria ver, em sítio tão desgarrado, uma referência a uma bitola de culpa, sem qualquer menção às condutas de onde ela emergia. Tínhamos, pois:

- uma bitola de esforço;
- reportada a um modelo objectivo e abstracto: o gestor criterioso e ordenado.

Tudo isso iria sendo concretizado pela jurisprudência, com referência aos diversos deveres a executar.

II. A referência aos interesses (da sociedade, dos sócios e dos trabalhadores) já surge como um corpo estranho. Todavia, pode-ríamos absorvê-la encontrando aí pontos de referência para a concretização de deveres incompletos de conduta e, portanto: carecidos de preenchimento com certas bitolas de esforço que, agora, apareceriam direccionadas.

III. Em 2006, tudo isso oscila. A diligência parece deixar de ser uma bitola geral de determinação do esforço requerido aos administradores para a execução dos seus deveres, ameaçando limitar-se a algo de bastante diverso, como a seu tempo veremos.

No mínimo: deveria ter havido a preocupação de ponderar, dogmaticamente, o que é a “diligência”, no Direito português. Um diploma como o Código das Sociedades Comerciais não pode, ad nutum, ignorar a lógica intrínseca do ordenamento a que pertence.

III. OS INTERESSES DA SOCIEDADE

8. A origem da referência aos interesses

I. No projecto do Código das Sociedades Comerciais, publicado em 1983, o artigo 64.º surgia com uma redacção muito semelhante à do artigo 17.º/1 do Decreto-Lei n.º 49 381, de 25 de Novembro de 1969. Dizia se, aí, no artigo 92.º/1, que encimava um preceito sobre a responsabilidade dos administradores(36):

Os gerentes, administradores ou directores duma sociedade devem actuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado.

Todavia, na fase final da revisão do projecto, sem qualquer indicação justificativa, o preceito foi retirado da responsabilidade civil, sendo feito o acrescento:

(...) no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos accionistas e dos trabalhadores(37).

Sabe se hoje que se tratou de uma iniciativa de LUÍS BRITO CORREIA(38), a quem o então Ministro da Justiça terá pedido uma última revisão do Código.

II. Donde provém tal ideia e qual o seu sentido? O próprio BRITO CORREIA veio dizer que se inspirara no § 76 do Aktiengesetz alemão de 1965(39). Este preceito nada tem a ver com o tema. Mais tarde, o mesmo Autor surge a reportar, antes, o § 70 do Aktiengesetz de 1937(40). Embora vagamente relacionado, esse preceito também não pode ter sido a fonte do acrescento(41). Tal fonte — como também refere BRITO CORREIA — adveio, sim, do projecto modificado de 5.ª Directriz do Direito das sociedades(42). Mais precisamente: do seu artigo 10.º, a)/2, que dispõe:

Todos os membros dos órgãos de direcção e de vigilância exercem as suas

funções no interesse da sociedade(43), tendo em conta os interesses dos accionistas e dos trabalhadores. Eles devem observar a necessária discricção no que respeita às informações de natureza confidencial de que disponham, sobre a sociedade. Eles ficam adstritos a essa obrigação, mesmo após a cessação das suas funções.

Foi usada a primeira parte do preceito. Qual o seu sentido e quais os seus objectivos? Cumpre fazer um breve excuro pela história da malograda 5.ª Directriz. Ela obriga a uma pesquisa algo complexa: o seu texto nem foi oficialmente publicado em língua portuguesa(44).

9. A preparação e as vicissitudes da 5.ª Directriz

I . A proposta de 5.ª Directriz visava coordenar as garantias exigidas aos Estados-membros, (...) para proteger os interesses, tanto dos associados como dos terceiros, no que respeita à estrutura das sociedades anónimas assim como aos poderes e obrigações dos seus órgãos. Esta fórmula encobre como veremos, um complexo programa de reforma das sociedades anónimas, acabando por surgir como um pequeno código.

A proposta da Comissão, de 9 Out. 1972, inseria a 5.ª Directriz na sequência das Directrizes (então em projecto) sobre a prestação de contas, sobre a constituição e o capital das sociedades anónimas e sobre a sua fusão. Isto posto: verificava que a concorrência exigia condições jurídicas equivalentes para as diversas sociedades(45). Todavia(46):

— existem, de momento, dois sistemas de organização das sociedades anónimas na comunidade: monista (com conselho de administração) e dualista (com direcção e conselho de vigilância), sendo este último preferível;

— nem todos os ordenamentos prevêem a participação dos trabalhadores na gestão das sociedades, numa situação que deve cessar.

Além disso:

- haveria que prever regras relativas à responsabilidade dos membros dos órgãos e às acções destinadas à sua efectivação;
- as assembleias gerais, nos diversos aspectos e os direitos dos accionistas, particularmente quanto à informação, deveriam ser regulados, incluindo o de impugnar certas deliberações;
- as minorias deveriam ser dotadas de capacidade de intervenção;
- as contas deveriam ser confiadas a revisores independentes.

II. O programa da 5.^a Directriz, versão inicial, era essencialmente alemão: basta ver a imposição do sistema dualista(47) e a obrigação de fazer participar os trabalhadores, logo que o seu número ultrapassasse os 500(48). A estrutura dualista era, no fundo, tornada necessária para efeitos de co gestão(49), num aspecto pudicamente calado no preâmbulo.

As críticas multiplicaram se, potenciadas pelo parecer do Comité Económico e Social de 19 Set. 1974(50), quanto à proposta de 5.^a Directriz, de 10 Abr. 1979(51), quanto ao problema da co gestão, e do Parlamento Europeu, de 11 Mai. 1982(52). Este aprovou a proposta, sob reserva das seguintes modificações:

- a não supressão do sistema monista;
- a igualdade de direitos e de deveres de todos os membros de cada órgão: devem agir no interesse da sociedade, dos accionistas e dos trabalhadores;
- uma representação dos trabalhadores, que reúna regularmente, deve ser informada da marcha da empresa;

- devem ser modificados preceitos relativos à acção social, à convocação da assembleia, à ordem do dia, ao direito de voto e ao controlo das contas;
- a designação, as qualidades, o mandato e os direitos dos membros não executivos, num sistema monista, tal como as suas relações com os membros executivos devem ser definidos.

Estas sugestões tiveram peso na evolução subsequente.

III. Surgiu, assim, a proposta alterada de 19 Ago. 1983. Logo no seu preâmbulo, sublinhou se a possibilidade da manutenção dos sistemas monista e dualista, ainda que procedendo à sua aproximação. Também se refere, em moldes mais flexíveis, a participação dos trabalhadores(53).

Entre as novidades introduzidas na proposta de 1983, contam se:

- a introdução do sistema monista: os Estados devem prever o sistema dualista, podendo todavia autorizar as sociedades a optar por este ou por um sistema monista;
- a intervenção dos trabalhadores só se torna obrigatória quando o seu número ultrapasse a cifra de 1000;
- as vias de intervenção dos trabalhadores são diversificadas;
- permite se a não aplicação desse esquema a certas sociedades.

As críticas mantiveram se. Os estudiosos anglo saxónicos lamentavam a obrigatoriedade da co gestão(54), enquanto os alemães censuravam a não correspondência entre os diversos modelos de intervenção dos trabalhadores nela previstos(55).

IV. Seguiu se uma segunda proposta modificada, de 13 Dez. 1990(56). Foram

alterados os artigos 4.º/5, 21.º b/5, 33.º, 36.º e 64.º/4. Particularmente visados: os direitos preferenciais de indicar a maioria do órgão de vigilância ou do órgão de administração, que foram vedados.

Sobre ela recaíram pareceres do Comité Económico e Social, de 3 Jul. 1991(57) e do Parlamento Europeu, de 10 Jul. 1991(58), este sob reserva de alguns pontos:

- o direito dos detentores de certas categorias de acções com o poder de indicar membros dos órgãos sociais não são sempre atendíveis;
- o direito de voto dos detentores de acções privilegiadas pode ser recuperado em certos casos;
- os estatutos não poderão exigir mais do que a maioria absoluta, para a designação das pessoas responsáveis pelo controlo das contas.

V. Finalmente, temos a Terceira modificação à proposta de Quinta directiva do Conselho, baseada no artigo 54.º do Tratado CEE, relativa à estrutura das sociedades anónimas e aos poderes e obrigações dos órgãos, de 20 Nov. 1991(59). Foram atingidos pontos menores, designadamente no artigo 33.º/2, relativo à limitação ou exclusão do direito de voto a troco de vantagens patrimoniais e no artigo 36.º, quanto à aprovação de deliberações.

10. Problemas e abandono

I. A 5.ª Directriz incorreu, em boa parte, nas dificuldades que motivaram um atraso de décadas na aprovação do estatuto da sociedade europeia(60). Essas dificuldades prendem-se com a co-gestão(61). Na verdade, as diferentes condições laborais existentes no Norte e no Sul da Europa explicam a diversidade dos meios de enquadramento dos trabalhadores. Num ambiente de

contestação generalizada, as empresas alemãs ganham terreno graças ao sistema de co gestão, indutor de paz social. Já num período de acalmia e de expansão de tipo liberal, essa vantagem transforma se em factor de regidificação e de custos acrescidos.

Compreende se, do ponto de vista comunitário, o grande interesse que haveria em uniformizar os esquemas. Isso postularia, porém, um nivelamento de culturas e de tradições sindicais que não se alcança por leis, mesmo europeias.

II. Mau grado estas dificuldades, a Comissão ainda intentou retomar o processo pedindo parecer e encomendando estudos(62). Ele foi reactivado em 10 Nov. 1993. O Parlamento Europeu solicitou o dossier(63), acabando por reconfirmar o seu voto favorável, em 27 Out. 1999. Todavia, o processo manteve se bloqueado. Aparentemente, a Comissão entendeu dar prioridade ao Regulamento relativo à sociedade europeia, cuja preparação exigiu estudos e negociações complicados.

Finalmente, a Comissão decidiu incluir a proposta de 5.^a Directriz na lista intitulada Retirada de propostas da Comissão que já não podem ser consideradas actuais(64).

11. O sentido das referências comunitárias a “interesses”

I. A problemática subjacente à proposta de 5.^a Directriz é, efectivamente, a da co gestão(65). Esta foi introduzida, no Direito alemão, depois da Segunda Guerra Mundial, tendo se mantido até hoje(66). A integração europeia obrigou a confrontar directamente as sociedades com e sem co gestão. Do confronto, resultaram vantagens e desvantagens.

As vantagens cifram se, naturalmente, na maior coesão empresarial das empresas “co geridas” e na paz social que daí decorre. Isso, naturalmente, por confronto com o sindicalismo mais agressivo dos países do Sul, ainda apostado na revolução comunista e que, da luta de classes, fazia o motor da História. As desvantagens derivavam do “desvio social” das empresas. Num mundo dominado pelo lucro, as medidas puramente sociais encetadas pelas empresas, sob pressão dos representantes dos trabalhadores, seriam tomadas como meros custos. Além disso, pode se imputar à co gestão um alongamento do processo de decisão, com uma certa rigidez empresarial daí decorrente. Medidas como o encerramento de afiliadas, a abertura de sucursais com recrutamentos mais vocacionados para jovens ou as transferências de unidades produtivas originam, em regra, complicadas negociações nos órgãos onde se encontrem representantes dos trabalhadores.

II. À medida que o sindicalismo do Sul foi perdendo a agressividade do início, o problema da co gestão agudizou se. O empresariado alemão teme a concorrência de empresas não co geridas e, daí, supostamente mais ágeis e competitivas. Os trabalhadores alemães receiam a deslocação das próprias empresas, como meio de alijar os esquemas de participação há muito consignados. As leis comunitárias teriam de salvaguardar tudo isto.

III. Como ponto complementar de complicação temos o facto de outros países europeus preverem esquemas de participação dos trabalhadores diversos dos alemães. Sem preocupações de exaustão, podemos apontar os seguintes modelos(67):

— a co gestão propriamente dita ou presença de representantes dos trabalhadores nos órgãos de cúpula da sociedade; ainda aí ela pode ser conseguida directamente por eleição (Alemanha) ou através de um esquema de

cooptação (Holanda);

— a criação de um órgão distinto, representativo dos trabalhadores, tipo comité de empresa (França, Bélgica) ou comissão de trabalhadores (Portugal); esse órgão receberia, depois, poderes variados, podendo ir até à intervenção, em certos termos e aspectos, na gestão da empresa;

— outros esquemas concretizados por convenções colectivas (Reino Unido, Irlanda e Itália).

Como enfrentar esta diversidade? No fundo, ela pode mesmo pôr em causa a liberdade de estabelecimento, não devendo ser minimizada(68).

IV. Movendo se neste terreno muito difícil, a Proposta de 5.^a Directriz foi tentando consensos. E aí devemos situar o seu artigo 10.º, a)/2, já transcrito. Uma vez que nos órgãos de vigilância das sociedades em co gestão surgem membros eleitos pelos accionistas e membros eleitos pelos trabalhadores, pergunta se: teremos lutas sindicais no seio da empresa? Quem representa quem? Responderia a lei: uma vez eleitos, todos os membros dos órgãos de vigilância devem adoptar uma conduta uniforme cabendo, a todos eles, agir no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos accionistas e dos trabalhadores.

12. A transposição para o Código, em 1986

I. O inopinado acolhimento do texto do artigo 10.º, a)/2, 1.^a parte, da proposta de 5.^a Directriz, no Código das Sociedades Comerciais, versão original, coloca problemas curiosos. Não há, no nosso País, qualquer co gestão. Logo, a norma perde o sentido que tivera na Proposta de 5.^a Directriz. Ficam nos o seu teor e a sua inserção sistemática. Como avançar?

II. Temos de fixar conceitos. Não há nenhuma definição constitucional ou meramente legal de “interesse”. Quem utilize esse termo e o defenda como operacional tem, como elementar manifestação de seriedade intelectual e científica, o ónus de o explicitar.

Em sentido subjectivo, o interesse traduz uma relação de apetência entre o sujeito considerado e as realidades que ele entenda aptas para satisfazer as suas necessidades ou os seus desejos. Em sentido objectivo, o interesse traduz a relação entre o sujeito com necessidades e os bens aptos a satisfazê las. Parece evidente que os conceitos são diferentes. Para um jogador compulsivo, o interesse (subjectivo) será o de encontrar um casino onde passar a noite; em termos objectivos, o seu interesse seria ir para casa descansar, com vista ao trabalho do dia seguinte.

Eis o problema: se releva o interesse subjectivo, caberá ao próprio “interessado” defini lo; o Direito apenas fixará limites às actuações resultantes das opções que ele faça. Se predominar o interesse objectivo, terá de haver alguém exterior que o defina. Tal definição não poderá ser arbitrária — ou saímos do Direito. Quer isso dizer que a explicitação do interesse objectivo deverá ser feita por normas de conduta, dirigidas ao sujeito. No exemplo do jogador: é proibida a permanência de jogadores compulsivos nos casinos, depois da meia noite.

III. Temos de nos recordar que o “interesse” não foi descoberta recente, assim como recentes não são as considerações que, dando lhe todo um papel, não o aceitam como categoria dogmática. Com raízes em JHERING, o interesse foi aprofundado por HECK(69), para superar os meros jogos de conceitos praticados pela metodologia anterior. Mas HECK usou os, ainda e sobretudo, para combater a “Filosofia do Direito”, enquanto fonte de menções

extrapositivas na decisão jurídica. Perante isso, e à pergunta: quem define os interesses?, HECK só poderia responder: ou o próprio, se estivermos em área de permissão ou o Direito, se assim não suceder.

A partir daqui, os “interesses” heckianos facultam uma interpretação melhorada de algumas fontes, obrigando a, para além dos conceitos, indagar a teleologia das normas e as valorações subjacentes. Agora o “interesse”, só por si e sem regras que o definam e mandem prosseguir, não é bitola de coisa nenhuma. Antes surge como arrimo linguístico nada inovador e, sobretudo: juridicamente inoperacional(70).

IV. Isto dito: o administrador serve a sociedade ou os sócios? Se regressarmos à técnica anterior, perguntaríamos se o administrador serve os “interesses” da sociedade ou os dos sócios. Admitamos que sejam os da sociedade:

- em sentido subjectivo: esses interesses terão de ser seleccionados dentro dos órgãos sociais, o que acabará por descambar na decisão dos sócios;
- em sentido objectivo: tais interesses seriam escalonados pelo tribunal, de acordo com regras jurídicas; tais regras teriam de ser claras, estritas e constitucionais, já que elas viriam cercear a livre iniciativa dos sócios.

Admitindo agora que o administrador sirva os “interesses” dos sócios: em sentido subjectivo, a sua definição caber-lhes-ia; em sentido objectivo, surgem as tais regras injuntivas que se fundirão com as que definam o “interesse objectivo” da própria sociedade.

Confirma-se, assim, o círculo: no que a lei permita, cabe aos sócios definir os “interesses” da sociedade e os seus próprios; fora isso, funcionará o Direito objectivo.

V. A referência (infeliz) aos “interesses” da sociedade encobre, todavia, uma outra questão e da maior importância: deve o administrador atender, em cada momento, às indicações dos sócios ou, pelo contrário, caber-lhe é decidir com vista ao médio e ao longo prazo, de tal modo que o interesse objectivo da sociedade e dos sócios, definido na base do lucro, do crescimento ou do êxito empresariais, prevaleça sobre quaisquer outras bitolas?

A lei dá grande margem aos administradores, particularmente no campo das sociedades anónimas: veja-se o artigo 373.º/3, que veda à assembleia geral a interferência na gestão da sociedade, salvo se por iniciativa dos próprios administradores. Tal margem destina-se, justamente, a permitir aos administradores pensarem no tal médio e no longo prazo.

VI. Isto dito, recoloca-se o tema: médio e longo prazo tendo em vista as vantagens sociais ou as dos sócios? A sociedade é sempre um regime jurídico. Ela não sofre nem ri: apenas o ser humano o pode fazer. Separar a sociedade dos sócios é má escolha: despersonaliza um instituto que uma longa experiência mostrou melhor estar no Direito privado. O administrador servirá, pois, os sócios. Mas não enquanto pessoas singulares: antes enquanto partes que puseram a gestão dos seus valores num modo colectivo de tutela e de protecção. Nesse modo colectivo interferem normas que recordarão, entre outros aspectos:

- que a boa saúde das sociedades é vantajosa para o mercado;
- que há sectores sensíveis onde regras técnicas e prudenciais devem ser seguidas: banca e seguros;
- que as sociedades a que se acolhem empresas dão emprego e criam riqueza para o País.

Tudo isto tem de ser acatado. Poderemos exprimi-lo dizendo que os administradores servem a sociedade, na qual os sócios têm um papel importante, mas não exclusivo. E as vantagens dos sócios são prosseguidas em modo colectivo, o que é dizer: de acordo com as regras societárias aplicáveis.

VII. Resta emprestar um sentido útil aos “interesses” dos trabalhadores, aparentemente colocados no mesmo plano dos sócios. Tal colocação só faria sentido em cenários de co-gestão, aqui inexistentes. Podemos, todavia, aproveitar a regra: na concretização do esforço exigível — portanto: da diligência — haverá que ter em conta as dimensões sociais da sociedade. Temos um campo que poderia ser aproveitado por uma jurisprudência empenhada, numa ligação às regras laborais. Ou seja: o universo dos administradores deveria atender, para além da dimensão societária pura, também ao Direito do trabalho.

13. O sentido, em 2006; crítica

I. A interpretação acima indicada era uma tentativa frutuosa de dar saída útil ao desgarrado troço retirado da naufragada proposta de 5.ª Directriz(71). E no pós-reforma de 2006?

A actual alínea b) do artigo 64.º/1, aparentemente imaginada ex novo pelo legislador de 2006, não parece corresponder a conexões coerentes perante qualquer Direito societário. Antecipemos alguns pontos.

II. O legislador começou por subordinar o tema aos deveres de lealdade. Ora tais deveres são “puros”, devendo ter o ordenamento como horizonte. Exigir “lealdade” no interesse da sociedade e, ainda, atentando aos interesses (a

longo prazo) dos sócios, e ponderando os de outros sujeitos, entre os quais os trabalhadores, os clientes e os credores, é permitir deslealdades sucessivas. Quem é “leal” a todos, particularmente havendo sujeitos em conflito, acaba desleal perante toda a gente. Uma técnica legislativa elementar ensina que não se devem construir normas com um aditamento ilimitado de novos termos, sob pena de se lhes esvaziar os conteúdos.

III. Prosseguindo: mantém se uma referência aos “interesses da sociedade”. Ora estes, segundo a doutrina portuguesa largamente dominante, já haviam sido reconduzidos aos interesses dos sócios(72). Estranhamos o pouco (ou nenhum) relevo dado pelo legislador à doutrina da sua própria Terra.

Acresce, in casu, que os interesses da sociedade (dos sócios!) surgem ainda complementados:

- atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios;
- ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.

Mesmo formalmente, a sucessão de gerúndios devia ter sido evitada. “Interesses de longo prazo dos sócios”? E quanto aos interesses de médio e de curto prazo? Seria absurdo, a contrario, defender a irrelevância destes. Fica nos a ideia de que tais interesses mais imediatos (ou menos longínquos) surgem como interesses da sociedade, na linha tradicional já sedimentada: das poucas que se conseguiram ao abrigo do “velho” artigo 64.º. Quanto à referência aos “interesses de longo prazo”: será uma chamada para aquilo a que chamamos “o modo colectivo de defesa dos sócios” e que implica, naturalmente, que não se sacrifique a sociedade — por hipótese — a uma apetência imediata de

lucros.

IV. No tocante aos “outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade” — fórmula que, por mais própria de um texto de gestão, deveria ter sido evitada: estão em causa os stakeholders, exemplificados com trabalhadores, clientes e credores. Um sentido útil? Os administradores devem observar as regras atinentes à globalidade do ordenamento. Tudo isto deve ser autonomizado, uma vez que nada tem a ver com a lealdade. Quando muito, com a diligência. Mas o legislador inverteu tudo, confundindo noções. Quanto aos stakeholders: uma noção sem tradições entre nós e que, deste modo, não terá sido introduzida da melhor maneira.

IV. OS DEVERES DE LEALDADE

14. A origem da referência; Direito civil e do trabalho

I. A CMVM apresentou — assim foi visto — a “explicitação dos deveres de lealdade” como um dos pontos altos da reforma. Onde vem essa noção e qual o seu alcance na origem? É evidente que não se trata de uma recente descoberta anglo saxónica: antes de um experimentado conceito continental, com tradições milenárias, aperfeiçoado, no campo das sociedades, ao longo de todo o século XX.

Nos primórdios, a lealdade leva nos à deusa fides e à necessidade ético jurídica de respeitar a palavra dada(73). A carga significativa subjacente permitiu o seu aproveitamento pelo pretor, para legitimar os *bonae fidei iudicia*, base de todos os contratos modernos(74). Mais tarde, a ideia da lealdade, ligada à confiança, foi acolhida pelo antigo Direito alemão(75). Muito relevante foi o desenvolvimento dado, por GROTIUS, à lealdade, na “recentemente”

descoberta obra Parallelon(76). Finalmente, o conceito ficaria inserido no princípio da boa fé, através da sua vertente “tutela da confiança”.

II. Actualmente, a ideia de lealdade conhece, para além de um tronco comum, três particulares áreas de especialização: nos campos civil, laboral e das sociedades. No Direito civil temos(77):

— a lealdade como dever acessório: acompanha as diversas obrigações, adstringindo as partes a, por acção, preservar os valores em jogo(78); no Direito português, ela apoia-se no artigo 762.º/2, do Código Civil;

— a lealdade como dever próprio de uma obrigação sem dever de prestação principal: lembremos a boa fé in contrahendo e o artigo 227.º/1, do mesmo Código;

— a lealdade como especial coloração das actuações de quem gira um negócio alheio; aproxima-se, aqui, dos deveres do gestor ou do mandatário — 465.º, a), 1161.º e 1162.º, todos do Código Civil; nesta vertente, a lealdade tem um conteúdo fiduciário.

Distinção importante é a que isola a lealdade como fonte de meros deveres de abstenção e a lealdade enquanto dever de actuação positiva(79).

III. No Direito do trabalho, a lealdade surge como um elemento clássico da relação laboral: ela adstringiria o trabalhador a zelar, por acção ou por omissão, pelos interesses da entidade empregadora ou da empresa(80). Contrapor-se-ia, aí, aos deveres de assistência, a cargo da entidade empregadora(81) e que a obrigariam a zelar pela integridade física, económica e moral do trabalhador. A doutrina actual critica a concepção comunitário pessoal que viu surgir os clássicos deveres de lealdade e de assistência(82).

O dever de lealdade mantém se, porém, como dever acessório legal, a cargo do trabalhador, tendo recebido, no artigo 121.º/1, e), do Código do Trabalho, a seguinte redacção(83):

Guardar lealdade ao empregador, nomeadamente não negociando por conta própria ou alheia em concorrência com ele, nem divulgando informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios.

Este preceito vinha já da velha LCT, correspondendo a um desenvolvimento civilístico da matéria.

Cumprir examinar a lealdade no campo societário: em rubrica própria.

15. Direito das sociedades

I. No Direito das sociedades, a ideia de lealdade toma diversas configurações: dos accionistas entre si, designadamente da maioria quanto à minoria — mas também inversamente —, dos accionistas para com a sociedade e dos administradores para com a mesma sociedade(84).

Os inícios foram difíceis. Os tribunais começaram por entender que a maioria, enquanto dona da sociedade, podia decidir livremente como entendesse, dentro da lei (caso Hibernia)(85). Mais tarde, vieram intervir em casos mais escandalosos — como o da exclusão da preferência dos accionistas fora de qualquer interesse social — ao abrigo da cláusula dos bons costumes(86). Estes, numa fórmula depois repetidamente usada, seriam atingidos “quando a maioria, na sua actuação, prossiga, sem consideração pelo bem da sociedade, escopos próprios às custas da minoria”(87).

Finalmente, foi reportado o dever de lealdade: os accionistas, enquanto

membros da comunidade dos sócios, estariam adstritos à sua observância⁸⁸. Trata-se de uma orientação depois mantida pelo BGH, alargando-a às sociedades por quotas⁽⁸⁹⁾.

II. A lealdade exigível aos accionistas começou por se apoiar numa ideia de justiça concreta, consonante com o sistema. Havia, porém, que lhe dar uma base mais elaborada. Tal foi a tarefa levada a cabo por FECHNER, num estudo hoje clássico⁽⁹⁰⁾.

Na leitura de FECHNER, a lealdade nasceria directamente do povo, sendo, então, objecto da Moral e da Filosofia e, ainda, da clarificação jurídica⁽⁹¹⁾. A lealdade está enraizada na consciência de cada um, dirigindo-se ao outro⁽⁹²⁾. Sem ela, aliás, a vida em comunidade nem seria possível: ela dá firmeza às relações jurídicas⁽⁹³⁾. Estas considerações teriam aplicação no Direito das sociedades anónimas, tendo para mais em conta o pensamento comunitário⁽⁹⁴⁾.

O tema foi, depois, muito glosado, originando vasta literatura, que se expandiu nos finais do século XX⁽⁹⁵⁾.

Já se entendeu que, da mera relação de participação numa sociedade anónima, não seria possível derivar deveres de lealdade: faltariam, aí, as relações pessoais exigíveis para o efeito⁽⁹⁶⁾, ao contrário do que ocorreria nas sociedades em nome colectivo⁽⁹⁷⁾. De todo o modo, a lealdade radicou-se na dogmática das sociedades anónimas, sendo de sublinhar o seu papel na tutela das minorias⁽⁹⁸⁾, com jurisprudência significativa⁽⁹⁹⁾. Verificou-se, como dissemos, que também as minorias poderiam proceder de modo desleal, bloqueando, por exemplo, medidas de saneamento necessárias, para procurar obter vantagens laterais⁽¹⁰⁰⁾. A doutrina generalizou, assim, o dever de

lealdade também às minorias(101).

Na doutrina alemã, toda esta matéria vem sendo cinzelada, com particular atenção aos valores comunicados através da boa fé, falando se hoje em Direito consuetudinário(102). Também no domínio dos grupos de sociedades a lealdade tem um papel de relevo(103).

III. A lealdade dos administradores — ou, no Direito alemão: dos membros da direcção — foi surgindo por via jurisprudencial, numa derivação dos deveres do mandatário. Tais deveres vieram a ser complementados pela boa fé(104), alargando se à administração de bens alheios(105). No campo societário, foram sancionados administradores que recebiam corretagens: primeiro com recurso à cláusula dos bons costumes(106) e, depois, à lealdade(107). Ulteriormente, situações desse tipo foram sindicadas em termos óbvios (108).

A lealdade dos administradores veio absorver constelações de casos típicos(109). Podemos referir as seguintes:

- o dever de neutralidade perante os diversos accionistas(110);
- os direitos preferenciais como parte da remuneração(111);
- as atitudes a tomar perante ofertas públicas de aquisição de que as respectivas sociedades sejam alvo(112);
- situações de conflitos de interesses com a sociedade(113);
- proibição de concorrência(114);
- apropriação das oportunidades de negócio da sociedade(115): trata se das corporate opportunities, enfatizadas pela CMVM, nas suas explicações relativas à reforma(116).

IV. Na derivação dogmática do dever de lealdade dos administradores surgem

duas posições:

- uma, de tipo mais tradicional, que deriva a lealdade em causa da regra geral da boa fé, que, por essa via, seria concretizada(117);
- outra, mais societária, segundo a qual, na actuação dos administradores, estaria em causa uma gestão de bens alheios(118), a qual pressupõe uma específica lealdade(119).

Não vemos qualquer oposição. Precisamente por estarmos perante uma gestão de bens alheios, a boa fé — cuja acção, contra MÖLLERS, não se limita aos contratos de troca — impõe uma actuação que transcenda os valores do próprio.

16. A transposição para o Direito português

I. A transposição dos deveres de lealdade para o Código das Sociedades Comerciais foi feita pelo Decreto-Lei n.º 76 A/2006, de 29 de Março. Recordamos os precisos termos em que isso ocorreu:

1. Os gerentes ou administradores da sociedade devem observar:

(...)

b) Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.

Já acima criticámos esta aproximação entre a lealdade e os numerosos interesses depois articulados: tomados à letra, eles retiram qualquer sentido útil ao preceito.

II. Por via doutrinária, poderemos fazer decorrer, dos deveres de lealdade aí prescritos, as concretizações há muito conhecidas: o dever de neutralidade; o dever de moderação na recolha de vantagens remuneratórias; a lisura perante OPAs; a não actuação em conflitos de interesses; a proibição de concorrência; a não apropriação das oportunidades de negócio da sociedade.

A sua base: a exigência do sistema (boa fé) perante o facto de estarmos em face de uma gestão de bens alheios. Um ponto é evidente: a lealdade é o para com a sociedade: não para accionistas ou para stakeholders(120). Quanto a estes, talvez pudesse valer o dever de cuidado. O legislador, todavia, inverteu os termos do problema.

V. OS DEVERES DE CUIDADO

17. A origem

I. Os deveres de cuidado fizeram a sua aparição no Direito português das sociedades à última hora, através da reforma de 2006. Efectivamente, eles não constavam do anteprojecto posto à discussão pública. E no competente texto, a CMVM chegou mesmo a adiantar(121):

Merece, neste contexto, proceder a uma explicitação dos deveres de lealdade dos administradores, dado que o regime nacional apenas refere, em termos gerais, a subordinação a critérios de diligência (art. 64.º). Com efeito, os deveres de diligência (duties of care)— que se reportam, genericamente, ao desenvolvimento de um esforço adequado (designadamente informativo) e a uma correcção técnica da actuação dos administradores, segundo critérios de racionalidade económica—devem ser complementados pela explícita alusão aos

deveres de lealdade dos administradores.

Portanto, se bem se entende: a CMVM julgava, então, bastante a referência a deveres de lealdade, além do já existente critério de diligência. Todavia: o peculiar estilo de, entre parênteses, ir escrevendo em inglês o que vai dizendo em vernáculo, leva a pensar que, já então, a CMVM tinha em vista não propriamente a diligência mas antes os duties of care ou deveres de cuidado. Uma melhor meditação explicará a actual alínea a) do artigo 64.º/1, com a sua referência aos deveres de cuidado.

II. No Direito inglês, o dever de cuidado ocorre no domínio da responsabilidade civil por negligência: ninguém incorre, aí, em condenação se não ficar estabelecido que violou tal dever. Todavia, o dever de cuidado assume, depois, diversas especializações. Assim sucede no domínio do Direito do trabalho, onde o dever de cuidado, a cargo do empregador, se aproxima do dever patronal de assistência(122) e no Direito da família, onde pode abranger os nossos alimentos(123).

No tocante aos administradores, o dever de cuidado inglês apresenta se como uma medida de diligência requerida para o exercício regular das suas funções(124). Contudo, é no Direito norte americano que ele dá azo a maiores desenvolvimentos(125). O dever de cuidado, também próprio da responsabilidade por negligência, abrange:

- a desatenção: é responsável o administrador que não siga os negócios da sociedade, desacompanhando a;
- a condenação perante o business judgement rule: este estabelece um estalão de grave negligência.

III. O porquê de uma regra de cuidado especial para os administradores leva a uma clássica discussão. Efectivamente, o cuidado que lhes é exigido fica aquém do requerido aos cidadãos comuns. Entre os argumentos referidos surge a necessidade de não suprimir o risco do negócio, base de qualquer progresso(126).

Em suma: sob a especial técnica anglo saxónica — que não separa a ilicitude da culpa — o dever de cuidado exprime as regras de conduta e a carga de não-censura necessárias no exercício das funções de administrador para que ele não incorra em responsabilidade negligente.

Para além dos casos judiciais concretos em que ele se exprima, não encontramos fórmulas precisas para o dever de cuidado, no Direito das sociedades.

18. A transposição para a lei portuguesa

I. A existência da especial categoria anglo saxónica dos deveres de cuidado era há muito conhecida, tendo originado interessantes estudos de Direito comparado(127). Mais recentemente, ela aparece contraposta aos deveres de lealdade, em termos que também ocuparam os comparatistas(128). Torna se evidente que não é de todo possível transpor a técnica anglo saxónica de decisão para um Direito continental. Uma mera tradução de locuções não potencia, pois, qualquer transposição.

II. O legislador de 2006, ao referir os deveres de cuidado, especificou:

- a disponibilidade;
- a competência técnica;

— o conhecimento da actividade da sociedade.

Realmente, alguns destes elementos surgem nas exposições britânicas, a propósito dos deveres de cuidado(129). Trata-se, nos termos apontados, de deveres que acompanham a actuação do administrador, prevenindo situações de negligência. Apresentam um grau de abstracção muito elevado, a concretizar nos meandros da case Law: estranha ao nosso Direito.

III. Não parece fácil a ligação feita entre os deveres de cuidado, típicos do Negligence Law e a bitola do gestor criterioso e ordenado, constante do final do artigo 64.º/1, a). Aparentemente, esses dois elementos dizem o mesmo: um em linguagem “anglo saxónica” e outro em termos continentais.

Também não se entende porque inserir, no artigo 64.º, um claro elemento de responsabilidade civil: seria lógico colocar tal norma — a ser necessária! — no artigo 72.º. Aliás: no n.º 2 deste último surge nos, agora, o business judgement rule.

Finalmente: a bitola da diligência, que antes acompanhava todos os deveres dos administradores, parece agora confinada aos deveres de cuidado: não é brilhante.

Como saída interpretativa: teremos de esquecer as origens bizarras do artigo 64.º/1, a), úteis apenas para fins expositivos, de clarificação e de crítica ao procedimento legislativo. Essa alínea deverá ser interpretada no seu conjunto, exprimindo a boa velha (e sempre útil) bitola de diligência, acompanhada por algumas precisões.

VI. O GOVERNO DAS SOCIEDADES

19. Aspectos gerais

I. A concluir as análises sectoriais convenientes para o conhecimento da matéria, cumpre referir o tema da corporate governance.

À letra, corporate governance traduzir se ia por governo societário. Em português do Brasil, usa se o termo governança corporativa(130). Os puristas franceses recorrem a gouvernement d'entreprise ou gouvernement des sociétés, explicando tratar se de corporate governance(131). Esta última expressão, no anglo americano de origem, é utilizada, sem problemas, pelos comercialistas alemães(132). Se pretendermos introduzir uma locução correcta em vernáculo, deveria ser “regras sobre a gestão das sociedades” ou “das empresas”, uma vez que a corporate governance não se aplica, apenas, a sociedades. Dado que a corporate governance não equivale, como veremos, a uma noção do mundo do Direito, abdicaremos da sua correcta tradução em português: ficamo nos por “governo das sociedades”.

II. A corporate governance não é definível em termos jurídicos: abrange um conjunto de máximas válidas para uma gestão de empresas responsável e criadora de riqueza a longo prazo, para um controlo de empresas e para a transparência(133). Podemos dizer que ficam abrangidas:

- verdadeiras regras jurídicas societárias, como sucede com o artigo 64.º e com os preceitos relativos à prestação de contas;
- regras gerais de ordem civil e deveres acessórios, também de base jurídica;
- princípios e normas de gestão, de tipo económico e para as quais, eventualmente, poderão remeter normas jurídicas;
- postulados morais e de bom senso, sempre susceptíveis de interferir na

concretização de conceitos indeterminados.

III. A ideia de corporate governance veio dos Estados Unidos(134) visando, por um lado, dar corpo à agressiva actuação dos gestores locais e, por outro, moralizar essa actuação, tornando a mais responsável. Nos Estados Unidos — muito mais do que na Europa — recorre se ao financiamento do mercado mobiliário. A imagem das empresas e a forma por que elas sejam geridas têm, assim, uma grande importância.

Os resultados mobiliários relativamente modestos que se vêm obtendo na Europa levaram os estudiosos a olhar além Atlântico, procurando novas regras de gestão.

IV. A corporate governance tem vindo a ser acolhida nos diversos países, dando corpo a regras adoptadas por instituições empresariais representativas ou a recomendações de entidades públicas ou de supervisão(135). Impõe se, já hoje, um trabalho comparativo(136), com referências europeias(137). Surgem estudos de Corporate Governance por sectores, com relevo para o campo mobiliário(138). Ocorrem novos problemas(139).

A publicação, na Alemanha, do Deutsche Corporate Governance Kodex, de 26 Fev. 2002(140) deu um alento especial à matéria, multiplicando se as publicações especializadas(141). As disposições do Kodex não são, por si, Direito vigente, embora por vezes retomem (ou fiquem aquém) de normas jurídicas. Após o escândalo ENRON(142), nos Estados Unidos, assistiu se a um novo surto na matéria(143). Perguntam os Autores se estaremos perante uma permanente reforma do Direito das sociedades, particularmente das anónimas(144).

20. O papel na reforma

I. A grande vantagem do governo das sociedades é a sua natureza não legalista. Lidamos com regras flexíveis, de densidade variável, adaptáveis a situações profundamente distintas e que não vemos como inserir num Código de Sociedades Comerciais. De resto: não temos conhecimento de, em qualquer País, se ter seguido tal via.

II. De todo o modo, o governo das sociedades é um tema do nosso tempo(145). Fortemente impressivo, pela nota norte americana de modernidade que comporta, o governo das sociedades não podia deixar de ser arvorado, pelo legislador, em bandeira de reforma. O seu papel acabou, todavia, por ser modesto: quedou se pela reforma do artigo 64.º, com todos os óbices e desafios que temos vindo a assinalar.

VII. A RECONSTRUÇÃO DO PRECEITO

21. Síntese dos seus elementos

I. Cabe, agora e ainda que a título de ensaio, empreender a reconstrução do artigo 64.º: à luz do Direito português ao qual — bem ou mal — ele passa a pertencer e de acordo com os cânones interpretativos que mandam atender à lei, mesmo quando obscura (8.º/1 do Código Civil). Aliás, o legislador goza de presunções de acerto e de adequação (9.º/3), às quais nos submetemos.

II. Em sede de síntese, diremos que o artigo 64.º/1, tal como saiu da pena do legislador de 2006, é uma justaposição de massas jurídicas de origens e tempos diversos. Assim, temos:

- uma massa portuguesa tradicional: a diligência do gestor criterioso e ordenado;
- uma massa alemã: os deveres de lealdade;
- uma massa europeia: o interesse da sociedade e a referência aos interesses dos sócios e dos trabalhadores;
- uma massa anglo saxónica: a contraposição cuidado/lealdade; os deveres de cuidado com algumas especificações e a referência aos stakeholders.

III. A epígrafe do artigo 64.º é enigmática: os deveres fundamentais dos administradores prendem-se com os de gestão e de representação; não com as subtilezas desse preceito.

Todavia, tentaremos emprestar-lhe um sentido útil.

22. Normas de conduta; a) Deveres de cuidado

I. O primeiro ponto a esclarecer será o seguinte: o artigo 64.º/1 compreende regras de responsabilidade civil ou normas de conduta? Directamente, pretende reger a actuação dos administradores ou fixar consequências no caso de violação de (outras) normas?

Esquecendo o negligence law, estamos perante normas de conduta. Sistemáticamente, o artigo 64.º está desligado dos preceitos relativos à responsabilidade dos administradores. A própria epígrafe, conquanto que exagerada, aponta, também, no mesmo sentido. Finalmente: tal como estão articulados, os deveres de cuidado — melhor seria: de procedimento — e de lealdade são mesmo normas de conduta. Quando violadas, teremos de fazer apelo a outras regras — culpa, ilicitude, dano e causalidade, entre outras — para determinar uma eventual responsabilidade civil.

II. Esclarecido esse ponto, passemos aos deveres de cuidado. Tais deveres parecem reportar à disponibilidade, à competência técnica e ao conhecimento da sociedade. Na realidade, estes três elementos constituem outros tantos deveres, que explicitam, em moldes não taxativos, o teor do tal “cuidado”. Se procurarmos generalizar encontramos o conteúdo positivo da gestão. Ou seja: os administradores devem gerir com cuidado, o que implica, designadamente, a disponibilidade, a competência e o conhecimento.

Trata se de matéria a clarificar caso a caso. Donde a referência: “adequados às suas funções”. A partir daqui jogaram os códigos de governo das sociedades.

23. Segue; b) Deveres de lealdade e interesses a atender

I. Seguem se os deveres de lealdade. Abreviando, podemos considerar que se trata de deveres fiduciários, que recordam estar em causa a gestão de bens alheios. Os administradores são leais na medida em que honrarem a confiança neles depositada. Ficam envolvidas as clássicas proibições já examinadas: de concorrência, de aproveitamento dos negócios, de utilização de informações, de parcialidade e outros. Ainda a mesma lealdade exige condutas materialmente conformes com o pretendido: não meras conformações formais.

II. A lealdade que se impõe é o, naturalmente: à sociedade o que é dizer, aos sócios, mas em modo colectivo. As referências aos interesses de longo prazo dos sócios e aos dos stakeholders — especialmente, trabalhadores, clientes e credores — só podem ser tomadas como uma necessidade de observar as competentes regras. Para além delas, os administradores estão ao serviço da sociedade: ou a pretendida competitividade das sociedades portuguesas será uma completa miragem. Quanto aos sócios e aos interesses a curto, a médio e a longo prazo: teremos de fazer apelo às regras (diversificadas) do governo das

sociedades para dispor de um quadro inteligível e, eventualmente: de critérios de decisão. O artigo 64.º/1, b), embora rico, nunca poderia resolver tal nó górdio. A referência legal vale, pois, como uma prevenção e como um novo apelo aos códigos de corporate governance.

24. A bitola de diligência

I. A bitola de diligência, apesar de desgraduada para o final do artigo 64.º/1, a), conserva todo o seu relevo. Desde logo, em termos literais: “nesse âmbito” — portanto: o âmbito em que os administradores devem empregar a diligência de um gestor criterioso e ordenado — reporta-se às “suas funções”: não apenas aos deveres de cuidado. Obviamente: o administrador deve ser diligente na execução de todos os seus deveres e não, apenas, nos de cuidado.

II. A diligência, enquanto medida objectiva e normativa do esforço exigível, mantém-se, tudo visto, como uma regra de conduta incompleta: mas regra que dobra toda as outras, de modo a permitir apurar a efectiva actuação exigida aos administradores.

25. Os limites do legislador

I. O que retirar da aventura legislativa que deu corpo ao actual artigo 64.º? Na fase da consulta pública, tivemos a oportunidade de criticar a projectada reforma do artigo 64.º: reforma essa que, então, ficava bastante aquém do que (sem qualquer consulta) acabaria por vir a público, no diploma final inserido em Diário da República. Por duas razões básicas:

- de oportunidade;
- de fundo.

Começamos pela oportunidade. Na sua versão original, o artigo 64.º consagrava, na tradição de RAÚL VENTURA, o dever geral de diligência dos administradores. Ninguém poderia afirmar que tal regra estava ultrapassada ou era insuficiente. Antes haveria que prosseguir no seu aprofundamento: uma tarefa de décadas. Em preceitos deste tipo não se toca. A sua densificação é doutrinária e jurisprudencial. Fazê-lo equivaleria a querer complementar, por exemplo, o artigo 334.º do Código Civil (abuso do direito). Só complica.

No que tange ao fundo: censurámos, na época, a justaposição do dever de diligência aos deveres de lealdade, por se tratar de realidades dogmáticas distintas.

O legislador — que tem o privilégio de decidir sem nada ter de explicar — não atendeu às objecções em causa. Pelo contrário: veio ainda agravar as dissonâncias, acrescentando toda uma série de novos elementos díspares. Como vantagens: evitou o lapso maior que era a tal justaposição lealdade/diligência. Quanto ao resto, vale o desenvolvimento anterior. Com uma constatação: mantemos o Direito das sociedades mais complicado da Europa.

II. O mal está feito: com ele teremos de viver. Mas independentemente da crítica legislativa, podemos aproveitar o novo preceito como factor de enriquecimento do nosso Direito das sociedades.

Torna-se porém oportuno reflectir um pouco sobre os limites da actuação legislativa.

O Direito não é um conjunto de leis. Tanto quanto se sabe, surge antes como uma Ciência destinada a resolver casos concretos. Enquanto Ciência, o Direito assume uma lógica interna: trata o igual de modo igual e o diferente de forma

diferente, de acordo com a medida da diferença. Além disso, fá-lo em termos firmes e consequentes, de tal modo que, perante um problema, real ou hipotético, seja previsível a solução. Da cientificidade do Direito retiramos, desde já, dois corolários: a adequação e a previsibilidade.

O Direito é, ainda, uma realidade histórico-cultural. As suas proposições e o seu encadeamento não são obra de nenhum legislador, particularmente no Direito privado: antes decorrem de paulatina evolução jurídico-científica.

III. O legislador tem o poder. Mas deve saber resistir a usá-lo para demonstrar Ciência ou para exarar na lei esquemas de estudo académico. Cabe-lhe fixar comandos claros, perceptíveis, úteis e consequentes, privilegiando normas práticas às (meras) construções teóricas. Estas são tarefa de todos os juristas, incluindo os peritos que aconselharam o legislador: mas não do próprio legislador, enquanto tal.

Notas:

(1) Daqui em diante, os preceitos sem indicação de fonte pertencem ao Código das Sociedades Comerciais, na versão resultante do Decreto-Lei n.º 76 A/2006, de 29 de Março. Usam-se as abreviaturas usuais. Os nossos Manual de Direito das sociedades 1 (2004) e 2 (2006) e Direito europeu das sociedades (2005) são citados apenas pelos títulos abreviados (Manual e Direito europeu, respectivamente), sem quaisquer outras indicações.

(2) CMVM/Governo das sociedades anónimas: propostas de alteração ao Código das Sociedades Comerciais/Processo de consulta pública n.º 1/2006, n.º 11.

(3) Ao ponto de PAULO OLAVO CUNHA, Direito das sociedades comerciais 1.a

ed. (2006), 679 e 684 e 2.a ed. (2006), 684, afirmar que o preâmbulo não autonomiza, nas diversas medidas que enumera, "... aquela que porventura terá maior alcance dogmático conceptual no âmbito do direito das sociedades comerciais". Pela nossa parte: a quietude, neste ponto, do preâmbulo do diploma releva alguma (tardia) contenção académica. (4) DR I Série A, n.º 63, de 29 Mar. 2006, 2328 (3)/II.

(5) Vide MANUEL DOS SANTOS MACHADO/JOÃO CARLOS GODINHO, Novo regime de fiscalização das sociedades anotado (1970), 41.

(6) DG I Série n.º 268, de 15 Nov. 1969, 1607 1613 (1610/I).

(7) DR I Série n.º 201, de 2 Set. 1986, 2307/II.

(8) REINHARD FRHR. VON GODIN/HANS WILHELM, Gesetz über Aktiengesellschaft und Kommanditgesellschaft auf Aktien (Aktiengesetz) (1937), 280.

(9) FRANZ SCHLEGELBERGER/LEO QUASSOWSKI/GUSTAV HERBIG/ERNST GESSLER/ /WOLFGANG HEFERMEHL, Aktiengesetz, 3.ª ed. (1939), 304.

(10) Por seu turno, o alemão im Verkehr erforderliche Sorgfalt deve ser vertido, em inglês por Due Diligence — cf. LARS BÖTTCHER, Verpflichtung des Vorstands einer AG zur Durchführung einer Due Diligence, NZG 2005, 49 54 (49/I) — expressão depois usada para significar uma cuidada auditoria a uma sociedade. Vide HARM PETER WESTERMANN, Due Diligence beim Unternehmenskauf, ZHR 169 (2005), 248 273 e PETER HEMELING, Gesellschaftsrechtliche Fragen der Due Diligence beim Unternehmenskauf, ZHR 169 (2005), 274 294.

(11) HANS-MARTIN MERTENS, Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, 2, 2.^a ed. (1996), § 93, Nr. 1 (287).

(12) HEFERMEHL, em ERNST GESSLER/ WOLFGANG HEFERMEHL/ULRICH ECKARDT/BRUNO KROFF, Aktiengesetz, II (1973), § 93, Nr. 12 (275).

(13) Idem, loc. cit..

(14) KARSTEN SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 4.^a ed. (2002), 815.

(15) JAN WILHELM, Kapitalgesellschaftsrecht, 2.^a ed. (2005), 314 e UWE HÜFFER, Der Leitungsermessen des Vorstands in der Aktiengesellschaft, FS Raiser 2005, 163 180 (176 ss.).

(16) THOMAS RAISER/RÜDIGER VEIL, Recht der Kapitalgesellschaften, 4.^a ed. (2006), 159.

(17) Segundo cujo n.º 2: Actua com negligência quem não observe o cuidado exigido no tráfico; trata se de uma bitola abstracta e objectiva; cf., com jurisprudência, HELMUT HEINRICHS, no Palandt BGB, 65.^a ed. (2006), § 276, Nr. 15 (342).

(18) N.º 1: quem gira um negócio comercial alheio deve assumir o cuidado de um comerciante ordenado; também aqui a bitola é objectiva e abstracta: HULF HENNING ROTH, em KOLLER/ROTH/MORCK, Handelsgesetzbuch, 5.^a ed. (2005), § 347, Nr. 2 e 3 (986).

(19) RAISER/VEIL, Kapitalgesellschaften, 4.^a ed. cit., 160, MERTENS, Kölner Kommentar cit., § 93, Nr. 6 (289) e HUFFER, Aktiengesetz, 7.^a ed. (2006), § 93,

Nr. 3 a (481).

(2 0) PETER KINDLER, Unternehmerisches Ermessen und Pflichtenbindung/Voraussetzung und Geltendmachung der Vorstandshaftung in der Aktiengesellschaft, ZHR 162 (1998), 101 119 (105) e UWE HUFFER, Aktiengesetz, 7.^a ed. cit., § 93, Nr. 3 a (481 482), com diversas indicações.

(2 1) Ou Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts.

(22) Quanto às origens da regra, que remontam ao princípio do século XIX, cf. FRANKLIN A. GEVURTZ, Corporation Law (2000), 270 ss. e, quanto ao seu funcionamento, DENNIS J. BLOCK/NANCY E. BARTON/STEPHEN A. RADIN, The Business Judgement Rule/Fiduciary Duties of Corporate Directors (2002), com quase 1200 páginas; cf. STEFANIE DENZEL, Die Neutralitätspflicht im europäischen Übernehmerecht/ein Vergleich mit dem US amerikanischen System der Modified Business Judgement Rule (2005), 258 pp..

(23) FRIEDRICH KÜBLER/HEINZ DIETER ASSMANN, Gesellschaftrecht, 6.^a ed. (2006), 207.

(2 4) Ou Gesetz zur Verbesserung der Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich; cf. HÜFFER, Aktiengesetz cit., 7.^a ed., § 148 (808 809, com indicações).

(25) Directors and Officers.

(26) KÜBLER/ASSMANN, Gesellschaftrecht, 6.^a ed. cit., 208.

(27) REINHARD BORK, Prozessrechtliche Notiz zum UMAG, ZIP 2005, 66 67 e, quanto ao fundo, CARSTEN SCHÄFER, Die Binnenhaftung von Vorstand und Aufsichtsrat nach der Renovierung durch das UMAG, ZIP 2005, 1253 1259 (1255 ss.).

(28) BGH 21 Abr. 1997, BGHZ 135 (1998), 244 257 (251 ss.). Cf. HÜFFER, Der Leitungsermessen des Vorstands cit., 177 ss..

(29) BGH 23 Jun. 1997, NJW 1997, 2815 2817 (2816/II).

(30) Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor ... [não há violação de um dever ...].

(31) RAÚL VENTURA/LUÍS BRITO CORREIA, Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas/Estudo comparativo dos direitos alemão, francês, italiano e português, BMJ 192 (1970), 5 112, 193 (1970), 5 182 e 194 (1970), 5 113, n.º 49 e 50, BMJ 192, 95 101.

(32) RAÚL VENTURA/LUÍS BRITO CORREIA, Nota explicativa do Capítulo II do Decreto-Lei n.º 49.381, de 15 de Novembro de 1969, BMJ 195 (1970), 21 90 (32).

(33) FERNANDO PESSOA JORGE, Direito das obrigações (1971 72, ed. dos Serviços Sociais da Universidade de Lisboa), 79. Podem, aí, ser confrontados os sentidos psicológico e objectivo, que não estão agora em causa.

(34) ANTUNES VARELA, em parecer inédito, já defendeu, no artigo 64.º, a presença de uma medida da culpa, ao sabor do artigo 487.º/2, do Código Civil. De facto, perante o elemento literal, a aproximação seria sedutora. Mas não

podemos acompanhá-la, por razões sistemáticas e jurídico-científicas. Basta ver que o artigo 487.º/2 surge a propósito da responsabilidade civil, ao contrário do artigo 64.º. Além disso, este tem um posicionamento próprio.

(35) Manual de Direito das sociedades 1, 694.

(36) Código das Sociedades Comerciais (Projecto), BMJ 327 (1983), 107.

(37) DR I Série, n.º 201, de 2 Set. 1986, 2307/II. A referência a “accionistas”, que bem ilustra a origem do preceito, foi substituída por “sócios” por ratificação levada a cabo pelo artigo 4.º, 11), do Decreto-Lei n.º 280/87, de 8 de Julho—DR-I Série, n.º 154, de 8 Jul. 1987, 2666/II.

(38) Di-lo o próprio: LUÍS BRITO CORREIA, Direito comercial, 2.º vol., Sociedades comerciais (1989), 49.

(39) Idem, ob. e loc. cit..

(40) LUÍS BRITO CORREIA, Os administradores das sociedades anónimas (1991), 602, nota 17.

(41) Dispõe o § 70 do AktG de 1937:

A direcção deve conduzir a sociedade sob a sua própria responsabilidade, tal como o requeiram o bem da empresa e do seu pessoal e a utilidade comum do povo e do Reich.

(42) BRITO CORREIA, Os administradores cit., 602, nota 17.

(43) Na versão alemã: “... no interesse da empresa ...”. Obviamente, não

equivale ao que se lê no texto, que advém da versão francesa.

(44) Existe uma tradução portuguesa, de nossa autoria, elaborada sobre o texto francês, confrontado com o alemão. Cf. Direito europeu das sociedades, 680 713.

(4 5) Cf. CHRISTIAN STRIEBECK, Reform des Aktienrechts durch die Strukturrichtlinie der Europäischen Gemeinschaft (1992), 18 ss..

(46) Trata se de elementos que constam do preâmbulo da proposta: JOCE N.º C 131, 49 50, de 13 Dez. 1972.

(47) HORST KAMINSKI, Vorschlag einer 5. Richtlinie der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, WPg 1972, 633 638 (633/II).

(4 8) GÜNTHER CHRISTIAN SCHWARZ, Europäisches Gesellschaftsrecht/Ein Handbuch für Wissenschaft (2000), 444 445 e STEFAN GRUNDMANN, Europäisches Gesell-schaftsrecht (2004), 165.

(49) HERMANN NIESSEN, Zum Vorschlag einer “Europäischen” Regelung der Mitbestimmung für “nationale” Aktiengesellschaften, ZGR 1973, 218 229 (220).

(50) Parecer do Comité Económico e Social de 29 e 30 Mai. 1974, JOCE N.º C 109, 9 16, de 19 Set. 1974.

(51) Parecer do Comité Económico e Social de 2 Fev. 1978, JOCE N.º C 94, 2 3, de 10 Abr. 1979.

(52) JOCE N.º C 149, 17, de 14 Jun. 1982.

(53) JOCE N.º C 240, 3-5, de 9 Set. 1983.

(54) Cf. WALTER KOLVENBACH, Die Fünfte EG Richtlinie über die Struktur der Aktiengesellschaft (Strukturrichtlinie), DB 1983, 2235 2241 (2235/II), bem como GAVALDA/PARLEANI, Droit des affaires de l'Union européenne, 4.^a ed. (2002), 164.

(55) SCHWARZ, Europäisches Gesellschaftsrecht cit., 445 (n. 709).

(56) JOCE N.º C 7, 4 6, de 11 Jan. 1991.

(57) Parecer do Comité Económico e Social de 3 Jul. 1991, JOCE N.º C 269, 48 51, de 14 Out. 1991.

(58) Parecer do Parlamento Europeu de 10 Jul. 1991, JOCE N.º C 240, 104 105, de 16 Set. 1991.

(59) JOCE N.º C 321, 9 12, de 12 Dez. 1991.

(60) Cf. HERMANN NIESSEN, Zum Vorschlag einer "Europäischen" Regelung der Mitbestimmung cit., 218.

(61) Direito europeu, 913 ss..

(62) SCHWARZ, Europäisches Gesellschaftsrecht cit., 445 446. Com diversos elementos, cf. MARCUS LUTTER, Eine grössenabhängige und zwingende Unternehmensverfassung für Kapitalgesellschaften in Europa?, AG 1997, 538 540 e HANS WERNER NEYE, Neue europäische Initiative im Gesellschaftsrecht,

GmbH 1997, R 97–R 98 (R 98).

(63) Em 2 Dez. 1993.

(64) JOCE N.º C 5, 2 33, de 9 Jan. 2004; cf., aí, 20/II.

(65) HANS JÜRGEN SONNENBERGER, Die Organisation der Aktiengesellschaften im Gemeinsamen Markt/Kommissionsvorschlag einer fünfte Richtlinie zur Angleichung des Gesellschaftsrechts, AG 1974, 1 8 e 33 41 (3/II); cf. MEINHARD HEINZE, Probleme der Mitbestimmung und Betriebsverfassung bei einer grenzüberschreitenden Umstrukturierung von Unternehmen im Binnenmarkt, ZHR 1994, 47 65.

(66) Direito europeu, 727 ss..

(67) Para uma análise mais circunstanciada cf. GUNTHER MÄVERS, Die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in der Europäischen Aktiengesellschaft (2002), 33 77. Perante a 5.ª Directriz em estudo: STRIEBECK, Reform des Aktienrechts durch die Strukturrichtlinie cit., 35 ss. e 43 ss., quanto aos modelos, bem como SCHWARZ, Europäisches Gesellschaftsrecht cit., 460 461.

(68) Cf. GREGOR THÜSING, Deutsche Unternehmensmitbestimmung und europäi-sche Niederlassungsfreiheit, ZIP 2004, 381 388.

(69) Recordamos, de PHILIPP HECK, os escritos clássicos: Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz (1932), 72 ss. e 91 ss. e Interessenjurisprudenz (1933), 10 ss.. Outros elementos podem ser confrontados na nossa Ciência do Direito e metodologia jurídica nos finais do século XX, separata da ROA (1989), 8 ss..

(70) Nesse sentido: CHRISTIAN SCHMDIT LEITHOFF, Die Verantwortung der Unternehmensleitung (1989), 45 ss. e FRITZ RITTNER, Zur Verantwortung der Unternehmensleitung, JZ 1988, 113 118 (118).

(71) Manual de Direito das sociedades, 1, 688 ss..

(72) P. ex., além de nós próprios: VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, Anulação de deliberação social e deliberações conexas (1976), 242, nota 116, LUÍS BRITO CORREIA, Direito comercial cit., 2, 50, LUÍS MENEZES LEITÃO, Pressupostos da exclusão de sócio nas sociedades comerciais (1989), 39, nota 37, ELISEU FIGUEIRA, Disciplina jurídica dos grupos de sociedades, CJ XV (1990) 4, 35 59 (54) e JORGE COUTINHO DE ABREU, Da empresarialidade (1994), 230 231; estes dois últimos Autores dão um relevo especial aos interesses dos trabalhadores.

(73) Com indicações vide a nossa Da boa fé no Direito civil (1984, 2.^a reimp., 2001), 54 ss..

(74) Idem, 71 ss..

(75) Idem, 162 ss.. Recordamos que lealdade diz se, em alemão actual, Treue e crença, Glaube; Treu und Glauben corresponde, precisamente, a boa fé.

(76) Publicada por WOLFGANG FIKENTSCHER sob o título sugestivo: De fide et perfidia/Der Treuegedanke in den “Staatsparallelen” des Hugo Grotius aus heutiger Sicht (1979); para a sua análise, vide o nosso Da boa fé cit., 212 ss..

(77) Mantemos uma ordenação tradicional; uma certa especialização de conceitos levará a reservar “lealdade” para as sociedades civis.

(78) Com elementos, vide os nossos Da boa fé cit., 551 ss., 606 ss., 648 ss. e passim, Direito das obrigações 2 (1980, reimp. 1994), 18 ss. e Tratado de Direito civil I/4 (2005), 65 ss..

(79) GÜNTER FREESE, Die positive Treuepflicht/Ein Beitrag zur Konkretisierung von Treu und Glauben (1970), 3 ss..

(80) HUECK/NIPPERDEY, Lehrbuch des Arbeitsrechts, 7.^a ed. (1963), 242 243.

(81) Vide o nosso Manual de Direito do trabalho (1999, reimp.), 89 ss.. Cf., com indicações, GÜNTER SCHAUB/ULRICH KOLH/RÜDIGER LINK, Arbeitsrechts Handbuch, 11.^a ed. (2005), § 53 (449 ss.).

(82) O nosso Manual de Direito do trabalho cit., 95 ss..

(83) PEDRO ROMANO MARTINEZ e outros, Código do Trabalho anotado, 4.^a ed. (2005), 264 265.

(84) ULRICH WASTL, Aktienrechtliche Treuepflicht und Kapitalmarkt/Ein Pläydoyer für eine juristisch interdisziplinäre Betrachtungsweise (2004), 18 19, com indicações.

(85) RG 8 Abr. 1908, RGZ 68 (1908), 235 247 (246). Quanto à solução subsequente, com outros elementos: THOMAS JILG, Die Treuepflicht des Aktionärs (1996), 13 ss..

(86) RG 20 Out. 1923, RGZ 107 (1924), 202 207 (206).

(87) RG 23 Out. 1925, RGZ 112 (1926), 14 19 (19) e RG 30 Mar. 1926, RGZ 113

(1926), 188 197 (193).

(88) RG 22 Jan. 1935, RGZ 146 (1935), 385 397 (395); há uma certa influência da linguagem da época.

(89) BGH 1 Abr. 1953, BGHZ 9 (1953), 157 179 (163), a propósito da exclusão de um sócio gerente e BGH 9 Jun. 1954, BGHZ 14 (1954), 25 39 (38).

(90) ERICH FECHNER, Die Treubindungen des Aktionärs/Zugleich eine Untersuchung über das Verhältnis von Sittlichkeit, Recht und Treue (1942).

(91) Idem, 12.

(92) Idem, 21 e 22.

(93) Idem, 24 a 28.

(94) Idem, 34 ss.: a segunda parte da obra de FECHNER.

(95) MARCUS LUTTER, Zur Treupflicht des Grossaktionärs, JZ 1976, 225 233 e Treupflichten und ihre Anwendungsprobleme, ZHR 162 (1998), 164 185 (168 ss., com casos típicos e os limites), MEINRAD DREHER, Treupflichten zwischen Aktionärs und Verhaltenspflichten bei Stimmrechtsbündelung, ZHR 157 (1993), 150 171, JOAQUIM HENNRICHS, Treupflichten im Aktienrecht/zugleich Überlegungen zur Konkretisierung der Generalklausel des § 1242 BGB sowie zur Eigenhaftung des Stimmrechtsvertreters, AcP 195 (1995), 221 273 (271 ss., as teses), HARTWIG HENZE, Die Treupflicht im Aktienrecht, BB 1996, 489 499 e Treupflichten der Gesellschafter im Kapitalgesellschafterrecht, ZHR 162 (1998), 186 196, THOMAS JILG, Die Treupflichten des Aktionärs cit., 21 ss., MICHAEL

KORT, Zur Treupflicht des Aktionärs, ZIP 1990, 294 297, WOLFGANG ZÖLLNER, Treupflichtge-steuertes Aktienkonzernrecht, ZHR 162 (1998), 235 248 e VOLKER RÖHRICHT, Treupfli-chten der Aktionäre, insbesondere des Mehrheitsgesellschafters, em PETER HOMMELHOFF/KLAUS J. HOPT/AXEL VON WERDER (org.), Handbuch Corporate Governance (2003), 513 547, com bibliografia extensa.

(96) ALFRED HUECK, Der Treugedanke im modernen Privatrecht (1947), 14.

(9 7) ALFRED HUECK, Der Treugedanke im Recht der offenen Handelsgesellschaft, FS Hübner (1935), 72 91 (80), acentuando, todavia, estar em causa, antes de mais, a lealdade ao contrato.

(98) HERBERT WIEDEMANN, Minderheitenschutz und Aktienhandel (1968), 73 ss., com elementos comparatísticos norte americanos e Gesellschaftsrecht/Ein Lehrbuch des Unternehmens und Verbandsrechts 1 - Grundlagen (1980), § 8 (412 ss. e passim) e FRANK ROITZSCH, Der Minderheitenschutz im Verbandsrecht (1981), 36 ss..

(99) BGH 1 Fev. 1988, BGHZ 103 (1988), 184 193 (o caso Linotype); cf. outros elementos no nosso O levantamento da personalidade colectiva (2004), 131 ss. (134 ss.). Nas origens deste entendimento: BGH 9 Jun. 1954, NJW 1954, 1401 1402, num caso relativo, aliás, a uma GmbH.

(100) Assim sucedeu no caso Girmes, através de um jogo de representações de minoritários: BGH 20 Mar. 1995, NJW 1995, 1739 1749 (1741/II ss., uma decisão muito documentada), anot. HOLGER ALTMEPPEN, idem, 1749 1750.

(101) MARCUS LUTTER, Das Girmes Urteil, JZ 1995, 1053 1056 (1054 ss.).

(102) WIESNER, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, 2.^a ed., 3 (2003), § 17, III, Nr. 14 (150).

(103) TOBIAS TRÄGER, Treupflicht im Konzernrecht (2000), 378 pp..

(104) RG 23 Mai. 1919, RGZ 92 (1919), 53 57 (54).

(105) BGH 11 Jul. 1953, BGHZ 10 (1953), 187 196 (192).

(106) BGH 26 Mar. 1962, WM 1962, 578 579 (579/I).

(107) BGH 9 Nov. 1967, BGHZ 49 (1968), 30 33 (31).

(108) BGH 21 Dez. 1979, NJW 1980, 1629 1630 (1629 1630) e BGH 21 Fev. 1983, WM 1983, 498 500. (109) Em especial: THOMAS M. J. MÖLLERS, Treuepflichten und Interessenkonflikte bei Vorstands und Aufsichtsratsmitgliedern, em HOMMEL HOFF/HOPT/VON WERDER, Handbuch Corporate Governance (2003), 405 427 (414 ss.).

(110) KLAUS J. HOPT, Aktionärskreis und Vorstandsneutralität, ZGR 1993, 534 566 (ainda que sem referir expressamente a lealdade).

(111) UWE HÜFFER, Aktienbezugsrechte als Bestandteil der Vergütung von Vorstandsmitgliedern und Mitarbeitern/gesellschaftsrechtliche Analyse, ZHR 161 (1997), 214 245.

(112) MICHAEL KURT, Rechte und Pflichten des Vorstands der Zielgesellschaft bei Übernahmeversuchen, FS Marcus Letter 2000, 1421 1447 e KLAUS J. HOPT,

Verhaltenspflichten des Vorstands der Zielgesellschaft bei feindlichen Übernahmen, idem, 1361 1400.

(113) MÖLLERS, Treuepflichten und Interessenkonflikte cit., 414 ss..

(114) Idem, 417.

(115) Idem, 419.

(116) Matéria, todavia, há muito divulgada no Continente; recordamos FRIEDRICH KÜBLER, Erwerbchancen und Organpflichte/Überlegungen zur Entwicklung der Lehre von den “corporate opportunities”, FS W. Werner (1984), 437 448 e, em termos comparatísticos: JOHANNES WEISSER, Corporate opportunities/zum Schutz der Geschäftschancen des Unternehmens im deutschen und im US amerikanische Recht (1991), 293 pp.. Cf., ainda, RAISER/VEIL, Recht der Kapitalgesellschaften, 4.^a ed. cit., § 14, Nr. 81 (167).

(117) HÜFFER, Aktiengesetz cit., 7.^a ed., § 93, Nr. 5 (485).

(118) Recorde se o § 675 do BGB (Geschäftsbesorgung), a cujo propósito ocorre, de resto, um específico dever de lealdade: HARTWIG SPRAU, no Palandt BGB 65.^a ed. cit., § 675, Nr. 5 (1047).

(119) MÖLLERS, Treuepflichten und Interessenkonflikte cit., 409 410 e RAISER/VEIL, Recht der Kapitalgesellschaften, 4.^a ed. cit., § 14, Nr. 81 (167).

(120) Figuras que, de resto, se opõem: HOLGER FLEISCHER, Shareholders v. Stakeholders: Aktien und übernahmerechtliche Fragen, em HOMMELHOFF/HOPT/VON WERDER, Handbuch Corporate Governance (2003),

129 155.

(121) CMVM, Governo das sociedades anónimas cit., 16.

(122) RICHARD W. PAINTER/ANN E. M. HOLMES, Cases and Materials of Employment Law, 4.^a ed. (2002), 157 ss..

(123) Mais latamente: o dever de assistência dentro da Família.

(124) TERENCE PRIDE/GARY SCANLAN/RICHARD MARTINDALE, The Law of Private Limited Companies (1996), 113 116, com indicação dos casos mais relevantes.

(125) FRANKLIN A. GEVURTZ, Corporation Law (2000), 274 320, com muitas indicações.

(126) Idem, 289.

(127) Recordemos: ROLF LANG, Normzweck und duty of care/eine Untersuchung über die Grenzen der Zurechnung im deutschen und anglo amerikanischen Deliktsrecht (1983), 320 pp..

(128) Em especial: THOMAS E. ABELTSHAUSER, Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht/Zu den Sorgfalts und Loyalitätspflichten von Unternehmensleitern im deutschen und im US amerikanischen Kapitalgesellschaftsrecht (1998), 49 ss., 111 ss., 271 ss. e 334 ss..

(129) No Direito norte americano, ABELTSHAUSER, Leitungshaftung cit., 111 ss..

(130) Cf. HERBERT STEINBERG e outros, A dimensão humana da governança corporativa (2003), 225 pp., onde podem ser confrontadas outras obras com títulos similares. Entre nós, introduziu se “governo das sociedades”; cf. PAULO CÂMARA, O governo das sociedades em Portugal: uma introdução, CadMVM 12 (2001), 45 55.

(131) PHILIPPE MERLE, Droit commercial/Sociétés commerciales, 9.^a ed. (2003), 274 275.

(132) KUNO RECHKEMMER, Corporate Governance (2003), 175 pp. e a obra maciça de PETER HOMMELHOFF/KRAUS J. HOPT/AXEL VON WEDER, Handbuch Corporate Governance (2003), 950 pp., com múltiplas indicações.

(133) KARSTEN SCHMIDT, Gesellschaftsrecht, 4.^a ed. cit., 767. Veja se o preâmbulo do Deutscher Kodex, AG 2002, 236, bem como a pré notação de AXEL VON WEDER, no Kodex Kommentar de HENRIK MICHAEL RINGLEB e outros (2003), 11 ss..

(134) Trata se de uma ideia que remonta aos anos 30 do séc. XX, tendo sido exposta por BERLE e MEANS; inicialmente, ela pretendeu enfrentar o facto da dissociação entre o capital e os gestores profissionais: como garantir que estes se mantivessem ao serviço dos interesses dos titulares das empresas? Cf. CHRISTOPH TEICHMANN, Corporate Governance in Europa, ZGR 2001, 645 679 (646). Mais tarde, houve preocupações juridificadoras mais intensas, sendo de salientar os Principles of Corporate Governance publicados, em 1994, pelo American Law Institut. Hoje há mais de 10.000 títulos disponíveis, nos Estados Unidos, sobre corporate governance e temas conexos.

(135) Retenham se os princípios aprovados pela OCDE em 1988; cf. ULRICH

SEIBERT, OECD Principles of Corporate Governance - Grundsätze der Unternehmensführung und Kontrolle für die Welt, AG 1999, 337 350 (340 ss.), com uma ideia sobre o seu conteúdo.

(136) Cf. GIOVANNI FIORI, Corporate Governance e qualità dell'informazione esterna d'impresa (2003), 77 ss., confrontando os mecanismos dos EEUU, do Reino Unido, da França e da Alemanha.

(1 3 7) STEFAN GRUNDMANN/PETER O. MÜLBERT, Corporate Governance/Europäische Perspektiven, ZGR 2000, 215 223, KLAUS J. HOPT, Gemeinsame Grundsätze der Corporate Governance in Europa?, ZGR 2000, 779 818, que referindo uma certa aproximação entre o Common Law e o Civil Law, acaba por responder mais pela positiva à questão que coloca (ob. cit., 780 e 818) e MARCUS LUTTER, Das Europäische Unternehmensrecht im 21. Jahrhundert, ZGR 2000, 1 18 (17).

(1 3 8) HANNO MERKT, Zum Verhältnis von Kapitalmarktrecht und Gesellschaftsrecht in der Diskussion um die Corporate Governance, AG 2003, 126 136, referenciando diferenças com os EEUU. Cf. SIEGFRIED UTZIG, Corporate Governance, Shareholder Value und Aktienoptionen - die Lehre aus Enron, WorldCom und Co, Die Bank 2002, 594 597 e, entre nós, CARLOS ALVES/VICTOR MENDES, As recomendações da CMVM relativas ao Corporate Governance e a Performance das sociedades, CMVM 12 (2001), 57 88.

(139) P. ex.: GERALD SPINDLER, Internet und Corporate Governance - ein neuer virtueller (T) Raum? Zum Entwurf des NaStraG, ZGR 2000, 420 455.

(140) Publicado pelo Kodex Kommission; o texto pode ser visto em AG 2002, 236 239. Uma especial referência: HENRIK MICHAEL RINGLEB/THOMAS

KREMER/MARCUS LUTTER/AXEL VON WERDER, Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex (2003), 308 pp..

(141) MARTIN PELTZER, Deutsche Corporate Governance/Ein Leitfaden (2003), 143 pp., rec. THOMAS KREMER, AG 2003, 280, HANS FRIEDRICH GELHAUSEN/HENNING HÖNSCH, Deutscher Corporate Governance Kodex, AG 2002, 529 535, OLAF EHRHARDT/ERIC NOWAK, Die Durchsetzung von Corporate Governance, AG 2002, 336 345, CHRISTOPH H. SEIBT, Deutscher Corporate Governance Kodex und Entsprechens Erklärung (§ 161 AktG E), AG 2002, 249 259.

(142) A ENRON era um conglomerado norte americano que, subitamente, declarou bancarrota; verificou se que os números haviam sido manipulados, por forma a disfarçar somas astronómicas de prejuízos; rebentaram, ainda, outros escândalos: WorldCom, Global Crossing, Adelphia e Tyco, como exemplos.

(143) MAXIMILIEN SCHIESSL, Deutsche Corporate Governance post Enron, AG 2002, 593 604.

(144) ULRICH SEIBERT, Aktienrechtsreform in Permanenz?, AG 2002, 417 420 (419 420).

(145) Cf. o importante Livro Branco sobre Corporate Governance em Portugal (2006), 192 pp., org. ARTUR SANTOS SILVA e outros.

Fonte: <https://portal.oa.pt>