

Governança empresarial e gestão de risco de IA

(<https://doi.org/10.47907/DireitoemMudanca/2023/2>)

Maria Elisabete Ramos^{*1}

Resumo: O presente trabalho trata, essencialmente, duas questões. A primeira consiste em saber que critérios devem orientar a decisão de utilizar sistemas de Inteligência Artificial (IA) como auxiliares do funcionamento do órgão de administração de sociedades. A segunda questão procura averiguar se o direito societário português admite ou não decisões dos administradores e deliberações dos sócios que procurem substituir a composição humana dos órgãos de administração

* Univ. Coimbra, CeBER, Faculty of Economics, Av. Dias da Silva 165, 3004-512 Coimbra. Professora Auxiliar com Agregação em Direito a exercer funções na Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. ORCID: 0000-0001-5376-4897.

¹ O presente texto corresponde à intervenção da sua Autora no *webinar Direito em Mudança. A proposta de Regulamento Europeu sobre Inteligência Artificial: algumas questões jurídicas*, organizada pela Senhora Prof^a Doutora Susana Aires de Sousa, Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, que teve lugar no dia 28 de março de 2023. O texto mantém o registo oral usado no *webinar*. Para mais informações (designadamente, bibliográficas), consultar Maria Elisabete RAMOS, “CorpTech e desafios aos deveres de cuidado dos administradores”, in *Inteligência artificial e robótica desafios para o direito do século XXI*, Eva Sónia Moreira DA SILVA (Sónia MOREIRA) e Pedro Miguel FREITAS, coordenadores, Coimbra: Gestlegal, 2022, 229-250, disponível em <https://www.jusgov.uminho.pt/pt-pt/publicacoes/inteligencia-artificial-e-robotica-desafios-para-o-direito-do-seculo-xxi/> (consulta no dia 4 de abril de 2023); Maria Elisabete RAMOS; Ana AZEVEDO; Deolinda MEIRA; Mariana Curado MALTA, «Cooperatives and the use of Artificial Intelligence: A critical view», *Sustainability*, 2023, 15, 329. <https://doi.org/10.3390/su15010329>, disponível em <https://www.mdpi.com/journal/sustainability>. Special Issue Co-operating for Change: Roles, Potentials, and Challenges of Cooperatives in the Decade Leading up to the Sustainable Development Goals.

por agentes de IA. A resposta à primeira questão convoca o “standard of conduct” dos deveres de cuidado dos administradores e a *business judgment rule* enquanto “standard of review” do dever de tomar decisões razoáveis. Os resultados da investigação motivada pela segunda questão mostram-nos que o direito societário português vigente não permite a substituição de órgãos societários “povoados por humanos” por agentes de IA.

Palavras-chave: Órgão de administração, deveres de cuidado, inteligência artificial, *business judgment rule*.

1. Dizem que a Inteligência Artificial é perfeita. A sério?

São repetidamente salientadas as vantagens do *desempenho da IA* relativamente à dos humanos. Tendo em conta a lista de vicissitudes – a que se vulgarizou designar “escândalos” – que ao longo da história têm evidenciado as falhas humanas na gestão das sociedades, a pergunta que se segue é se é na tecnologia que reside a solução para erradicar os históricos e nefastos conflitos de interesses e quebras de lealdade dos administradores. Para alguns, de facto, a tecnologia é a solução que, em última instância, irá permitir superar as imperfeições humanas, como são as atuações contaminadas por conflitos de interesses. E, desta forma, as sociedades, libertadas das imperfeições humanas e dos consequentes prejuízos, tornar-se-iam imaculados instrumentos de criação de riqueza e de prosperidade.

Alega-se que a tecnologia é imparcial, que não tem agenda própria e não está sujeita aos enviesamentos causados pelas emoções humanas. Objetividade e imparcialidade podem ser muito úteis ao eficaz funcionamento do órgão de administração, pois a tecnologia não é sensível às dinâmicas sociais que limitam, por exemplo, a expressão de dissidência. No entanto, os algoritmos de aprendizagem automática não são transparentes quanto ao *porquê* e ao *como* obtiveram determinado resultado, o que justifica a analogia de “black boxes”. Circunstância que não travou a expansão destas tecnologias que, por um lado, são incomparavelmente eficazes na obtenção de resultados ou na formulação de previsões rigorosas e, por outro, são capazes de aprender e de evoluir, através da experiência e treino e sem supervisão humana.

Que as realizações humanas são imperfeitas, não necessita de demonstração; mas urge questionar a anunciada perfeição da IA, porque, de facto, estão identificadas várias limitações de que ela padece.

A primeira deve-se ao *enviesamento da informação* de que se serve a IA para produzir previsões ou recomendações. Se os dados a que a IA tem acesso e com que treina e aprende são enviesados ou de fraca qualidade – por exemplo, fundados em prévias decisões do conselho de administração que se mostraram erradas ou ilegais –, as decisões, recomendações ou previsões serão contaminadas por tais enviesamentos históricos.

Em segundo lugar, suscita-se o problema da *rastreabilidade da decisão*, pois as redes neurais profundas têm milhões de ligações que, no seu conjunto, formam a decisão tomada pela IA, mas é impossível rastrear o processo de tomada de decisão, como é difícil verificar se o algoritmo funciona corretamente. Os problemas de rastreabilidade determinam que seja difícil ou eventualmente impossível detetar e corrigir possíveis erros.

Sabe-se hoje que a IA é opaca na construção dos padrões, que a sua utilização representa riscos de violação de direitos humanos, discriminação algorítmica, intrusão na privacidade dos cidadãos, recolha ilegal de dados pessoais, manipulação de decisões e opiniões pessoais, violação de direitos dos consumidores, colusão algorítmica (Ezrachi e Stucke), através de *software* algorítmico de fixação de preços, finalidades criminais (ex. ciberataques)². Não surpreende, pois, que a Proposta de Regulamento sobre IA eleja uma “abordagem baseada no risco”³.

Muito recentemente, no âmbito da organização *Future of Life Institute*, foi lançada a iniciativa “Pause Giant AI Experiments: An Open Letter” em que os signatários “call on all AI labs to immediately pause for at least 6 months the training of AI systems more powerful than GPT-4.”⁴ Nesta carta lê-se: “Should we let machines flood our information channels with propaganda and untruth? Should we automate away all the jobs, including the fulfilling ones? Should we develop non-human minds that might eventually outnumber, outsmart, obsolete

² Sobre os riscos da IA, v. <https://futureoflife.org/ai/benefits-risks-of-artificial-intelligence/> (consultado no dia 4 de abril de 2023).

³ Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (regulamento inteligência artificial) e altera determinados atos legislativos da União {sec(2021) 167 final} - {swd(2021) 84 final} - {swd(2021) 85 final}, Bruxelas, 21.4.2021, COM(2021) 206 final, 7.

⁴ Disponível em <https://futureoflife.org/open-letter/pause-giant-ai-experiments/> (consulta no dia 4 de abril de 2023).

and replace us? Should we risk loss of control of our civilization? Such decisions must not be delegated to unelected tech leaders. Powerful AI systems should be developed only once we are confident that their effects will be positive and their risks will be manageable.”⁵

Da mole de problemas que esta *revolução tecnológica* traz ao direito societário, elegemos algumas questões suscitadas pela introdução de IA no processo de decisão do órgão de administração e os consequentes desafios aos deveres de cuidado dos administradores (humanos).

2. *CorpTech* – a IA auxilia ao funcionamento do *board*

O signo “CorpTech”⁶ – abreviatura de *Corporate Technologies* – designa compreensivamente um *conjunto de tecnologias* como *big data analytics*, inteligência artificial, aprendizagem automática, *blockchain* e *smart contracts* aplicadas a matérias de *governo das sociedades* (latamente considerado) como a remuneração dos gestores, identificação de candidatos a posições cimeiras na organização, relação com investidores, o voto e os trabalhos do órgão de administração, gestão do risco, *compliance*.

Não estamos a falar do futuro, mas sim do presente. No entanto, o Código das Sociedades Comerciais não apresenta normas especificamente destinadas a regular a intervenção de sistemas de IA no processo de decisão do órgão de administração das sociedades, designadamente, não é identificado o órgão competente para tal decisão.

O art. 64.º, n.º 1, al. a), do Código das Sociedades Comerciais (CSC) consagra “deveres legais gerais”⁷ de cuidado que, além de outros aspetos, exigem aos administradores “competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções”. Por outro lado, as regras jurídico-societárias relativas à composição do órgão

⁵ Disponível em <https://futureoflife.org/open-letter/pause-giant-ai-experiments/> (consulta no dia 4 de abril de 2023).

⁶ Luca ENRIQUES / Dirk A. ZETZSCHE, «*Corporate Technologies and the Tech Nirvana Fallacy*», Working paper n.º 457/2019, March 2020, 4, [em linha] [consulta em 12/3/2022]. Disponível em https://ecgi.global/sites/default/files/working_papers/documents/finalenriqueszetsche.pdf

⁷ Cfr J. M. Coutinho de ABREU, «Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social», *Reformas do Código das Sociedades*, Coimbra: Almedina, 2007, 17 (15-47).

de administração não exigem requisitos de literacia em IA. Como se pode atuar em termos informados, se não se possui a suficiente *expertise* em matérias de IA? E se *a posteriori* a decisão se mostra errada e danosa para a sociedade e terceiros, porque, por exemplo, ocorre o “algorithm failure”? Estão as normas relativas aos deveres de cuidado suficientemente preparadas para enfrentar/gerir os desafios postos pela introdução da IA no processo de decisão do órgão de administração? E a opacidade do processo seguido pela IA na construção de certa recomendação ou previsão é compatível com os deveres gerais de cuidado que assumem uma manifesta dimensão procedimental?

O atual quadro legal regulador das sociedades comerciais e civis em forma comercial torna obrigatório, em todos os tipos societários, o órgão de administração e de representação (arts. 191.º, 252.º, 405.º e 470.º do CSC). Embora o vigente rol de competências do órgão de administração e de representação da sociedade seja sensível ao *tipo societário*, o modelo legal assenta no pressuposto de que as decisões deste órgão (imputadas juridicamente à sociedade) são tomadas por *humanos*.

Não é facto novo que o órgão de administração se sirva de programas de computador para preparar as suas decisões. Sublinha o considerando (6) da Proposta de Regulamento IA que uma das principais características funcionais do *software de IA* consiste na “capacidade, tendo em vista um determinado conjunto de objetivos definidos pelos seres humanos, de criar resultados, tais como conteúdos, previsões, recomendações ou decisões que influenciam o ambiente com o qual o sistema interage, quer numa dimensão física, quer digital”⁸.

Face a esta novidade consistente no *desempenho* da IA, quais são as orientações que o órgão de administração “povoado por humanos”⁹ poderá extrair dos deveres de cuidado? Aceitar a decisão/recomendação preparada pela IA, confiando nela, sem escrutínio ou, ao invés, assegurar-se que a decisão cumpre a lei (por exemplo, que não implica discriminação em razão do género ou etnia ou que cumpre as regras da concorrência)? Imagine-se, por exemplo, que a IA recomenda a celebração de um acordo com uma empresa concorrente que, de facto,

⁸ Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (regulamento inteligência artificial), considerando (6).

⁹ A versão inglesa desta expressão pertence a LUCA ENRIQUES/DIRK A. ZETZSCHE, *Corporate Technologies and Tech Nirvana Fallacy*, 8.

configura um cartel de preços ou de repartição de mercados ou um cartel *hub and spoke*¹⁰.

Parece-nos que compete ao órgão de administração e de representação decidir, no perímetro dos seus *poderes de gestão* da sociedade, se esta se faz valer ou não de sistemas de IA que auxiliem/recomendem ou produzam previsões (arts. 192.º, 259.º, 405.º, 474.º e 478.º do CSC). Trata-se de uma decisão de gestão de *natureza discricionária* que versa sobre a “organização dos meios produtivos (...) [e] o sistema informacional inter-orgânico e intra-empresarial”¹¹.

Através de cláusula(s) estatutária(s), os sócios podem estipular orientações sobre a IA que, designadamente, proíbam a introdução de determinados agentes de IA (art. 6.º, n.º 4, do CSC). Estipulações que, não limitam a capacidade de gozo da sociedade¹², mas “constituem os órgãos da sociedade no dever de não (...) praticarem esses atos” (art. 6.º, n.º 4, do CSC). O desrespeito desta estipulação poderá determinar a responsabilidade civil dos administradores perante a sociedade (art. 72.º do CSC), eventualmente a destituição daqueles, mas, em regra, não obsta à vinculação da sociedade por quotas, anónima e em comandita por ações que, devidamente representada pelo órgão de

¹⁰ Cfr. OECD, *Algorithms and Collusion: Competition Policy in the Digital Age*, 2017 www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm [consulta em 14/4/2022]; BUNDESKARTELLAMT/AUTORITÉ DE LA CONCURRENCE, *Algorithms and Competition*, November, 2019, disponível em https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2019/06_11_2019_Algorithms_and_Competition.html [consulta em 12/3/2022]; COMPETITION & MARKETS AUTHORITY, *Algorithms: How they can reduce competition and harm consumers*, 19 de janeiro de 2021, disponível em <https://www.gov.uk/government/publications/algorithms-how-they-can-reduce-competition-and-harm-consumers/algorithms-how-they-can-reduce-competition-and-harm-consumers>.

¹¹ J. M. Coutinho de ABREU, *Governança das sociedades comerciais*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, 40 (a interpolação não consta do texto original). Por conseguinte, a esta matéria não se aplica a *competência legal residual dos sócios*, prevista no art. 373.º, n.º 2, do CSC, porquanto compete ao conselho de administração gerir as atividades da sociedade (art. 405.º do CSC).

¹² Alexandre de Soveral MARTINS, «Artigo 6.º - Capacidade», in J. M. Coutinho de ABREU, coord., *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, 133 (117-136). Para a proposta de deslocação dogmática da capacidade jurídica para o âmbito do art. 64.º do CSC, v. Diogo Costa GONÇALVES, «Artigo 6.º - Capacidade», in A. Menezes CORDEIRO, coord., *Código das Sociedades Comerciais anotado*, 4.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, 117 e ss. (117-127).

administração, adquire tais ferramentas¹³. Em regra, tal aquisição é *eficaz* perante a sociedade por quotas, anónima e em comandita por ações (arts. 260.º, n.ºs 1, 2 e 3, 409.º, n.ºs 1, 2 e 3, do CSC)¹⁴.

A decisão de o órgão de administração incorporar ou não IA nas sociedades e, em particular, na gestão das sociedades tem, obrigatoriamente, de ser uma *decisão informada*, tal como exigem os deveres de cuidado contemplados no art. 64.º, n.º 1, *a*), do CSC¹⁵. E a informação há de abranger não só os benefícios, mas também os riscos que tais tecnologias, por exemplo, a aprendizagem automática não supervisionada, acarretam e os custos inerentes (não só de aquisição, como também de cumprimento¹⁶). Este é um caso em que é de prever que os administradores necessitem de “auxílio de especialistas internos ou externos”¹⁷ independentes que estão habilitados a produzir informação de qualidade e fiável. Pode ser o caso em que não seja suficiente a informação providenciada pelo produtor ou pela entidade que comercializa a tecnologia.

O cumprimento da lei determinará a recusa de formas de IA inaceitáveis porque atentatórias de “valores da União, como a dignidade do ser humano, a liberdade, a igualdade, a democracia e o Estado de direito, bem como direitos fundamentais da União, incluindo o direito à não discriminação, à proteção de dados pessoais e à privacidade, e os direitos das crianças”¹⁸. Este será um dos casos em que “os deveres de controlo e vigilância organizativo-funcional podem tornar necessária

¹³ Admitindo que se trata de sistemas de IA adquiridos não proibidos por lei.

¹⁴ Neste sentido, Alexandre de Soveral MARTINS, *Os poderes de representação dos administradores de sociedades anónimas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, 335 (nt. 629) e 337 (n. 633); J. M. Coutinho de ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. II. *Das sociedades*, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2021, 191 e ss.

¹⁵ Alexandre de Soveral MARTINS, *Administração de sociedades anónimas e responsabilidade dos administradores*, Coimbra: Almedina, 2020, 246, admite a possibilidade de utilização de algoritmos para a análise de *big data*, cujos *outputs* apoiem o processo de decisão.

¹⁶ Para a estimativa de custos de cumprimento, v. Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (regulamento inteligência artificial), 11.

¹⁷ Pedro Pais de VASCONCELOS, «*Business judgment rule*, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais», *Direito das Sociedades em Revista*, 2009, 2, 63.

¹⁸ Cfr. Considerando 15 e Título II da Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (regulamento inteligência artificial).

a criação de um sistema de *compliance*¹⁹ que impeça, por exemplo, a “utilização indevida razoavelmente previsível”, ou seja, “a utilização de um sistema de IA de uma forma não conforme com a sua finalidade prevista, mas que pode resultar de comportamentos humanos ou de interações com outros sistemas razoavelmente previsíveis”²⁰.

As vigentes regras de *hard law*²¹ relativas à composição e organização do órgão de administração e de representação não lidam especificamente com a emergência de *CorpTech* e os seus riscos específicos. Em particular, as normas vigentes (sejam elas de *soft law* ou de *hard law*) não garantem que o órgão de administração ou o órgão de fiscalização seja integrado por membros (humanos) especialmente capacitados em IA. Em particular, não está legalmente consagrada a exigência de “tech committees” vocacionados, por exemplo, para a vigilância das negociações com programadores, a revisão das configurações principais dos algoritmos e, possivelmente, a avaliação sobre a remuneração de programadores que trabalham na organização ou, ainda, a supervisão humana de sistemas de IA²².

O conselho de administração, a não ser que o contrato de sociedade o proíba, pode *encarregar especialmente* algum ou alguns administradores de se ocuparem de matérias relacionadas com a supervisão de IA (art. 407.º, n.º 1, do CSC). O regimento do órgão de administração, enquanto manifestação do poder de auto-organização, pode prever a criação de *comissões atípicas* dedicadas a matérias especificamente atinentes a IA²³.

Pelo seu lado, os sócios poderão estipular cláusulas estatutárias criadoras de *órgãos estatutários*, por exemplo, *comités tecnológicos*. Além

¹⁹ Alexandre de Soveral MARTINS, *Administração de sociedades anónimas e responsabilidade dos administradores*, 224.

²⁰ Cfr. art. 3.º, 13), da Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (regulamento inteligência artificial).

²¹ Na versão de 2023, o Capítulo VII, relativo ao controlo interno do *Código de Governo das Sociedades* elaborado pelo Instituto Português de *Corporate Governance* inclui a recomendação VII.9., nos termos da qual “a sociedade informa, no relatório de governo, sobre os termos em que mecanismos de inteligência artificial hajam sido utilizados como instrumento de tomada de decisões pelos órgãos sociais”.

²² Luca ENRIQUES / Dirk A. ENRIQUES, *Corporate Technologies and the Tech Nirvana Fallacy*, 46.

²³ Cfr. José Engrácia ANTUNES, «O regime do órgão de administração», *Direito das Sociedades em Revista* 1/2 (2009) 88 (81-95).

disso, os sócios, através de “cláusula autónoma ou de disposição complementar constante dos estatutos sociais”²⁴, poderão determinar que a composição do órgão de administração integra membros especialmente habilitados em IA. Considerem-se, ainda, cláusulas estatutárias que fazem depender a introdução de determinadas ferramentas de IA (por exemplo, as classificadas de *risco elevado*) de prévia autorização dos sócios (art. 6.º, n.º 4, do CSC)²⁵.

Por fim, as sociedades por quotas e anónimas (onde são proibidas as entradas em indústria) podem beneficiar de serviços de sócios especialmente capacitados em IA, prestados no contexto de estipulações estatutárias relativas a *obrigações acessórias*, que tanto podem ser realizadas a título oneroso como gratuito, em regime de trabalho autónomo ou subordinado²⁶.

3. Alicia T. em Portugal?

Em 2016, a Tieto, uma empresa finlandesa de *software*²⁷, foi pioneira na nomeação de IA, a *Alicia T.*, para a sua equipa de gestão, também com capacidade para votar. Nesta ocasião, Ari Järvelä, chefe da Tieto Data-Driven Businesses, manifestou a confiança de que a Alicia T. poderia ajudar “a encontrar informação e a tomar decisões baseadas em dados que os humanos não pensam necessariamente – e assim talvez criar algo ainda imprevisível”²⁸. No entanto, não há informação

²⁴ Ricardo COSTA, «Artigo 391.º - Designação», in J. M. Coutinho de ABREU, coord., *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. VI, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019, 230 (226-256).

²⁵ No sentido de que, nas estruturas de administração e de fiscalização previstas no art. 278.º, n.º 1, als. a) e b), do CSC, são lícitas cláusulas relativas ao dever de o conselho de administração obter prévia deliberação dos sócios para a prática de determinadas categorias de atos de gestão, J. M. Coutinho de ABREU, *Governança de sociedades*, 55.

²⁶ Neste sentido, v. Alexandre da Mota PINTO, «Artigo 209.º - Obrigação de prestações acessórias», in J. M. Coutinho de ABREU, coord., *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. III, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2023, 278.

²⁷ <https://www.tietoevry.com/>

²⁸ Disponível em <https://www.bloomberg.com/press-releases/2016-10-17/tieto-the-first-nordic-company-to-appoint-artificial-intelligence-to-the-leadership-team-of-the-new-data-driven-businesses-unit> (consultado em 8/3/2022). Tieto, «Tieto: The First Nordic Company to Appoint Artificial Intelligence to the Leadership Team of the New Data-driven Businesses Unit», 2016, disponível em: <https://www.tieto.com>

sobre a atividade de Alicia T. Alguns pensam, até, que este anúncio da Tieto foi mais uma manobra publicitária do que uma efetiva designação de algoritmo para o conselho de administração.

À luz da legislação portuguesa, será *ilícita* e nula a cláusula que suprima órgãos societários consagrados em normas legais imperativas, como são os casos da gerência, ou o órgão de administração e de representação de sociedade anónima e que substitua os “human-populated boards”²⁹ por sistemas de IA ou que, não suprimindo o órgão de administração e de representação da sociedade, confia a gestão da sociedade a sistemas de IA³⁰.

As normas sobre a composição e o funcionamento do órgão de administração proíbem também cláusulas estatutárias que deleguem a gestão corrente da sociedade em sistemas de IA (arts. 407.º do CSC)³¹.

Uma deliberação dos sócios que numa sociedade por quotas (onde são lícitas as instruções dirigidas pelos sócios aos gerentes, nos termos do art. 259.º do CSC³²) imponha que a gerência siga decisões tomadas por IA, sem as escrutinar ou vigiar, é certamente nula, por vício de conteúdo (art. 56.º, n.º 1, al. d), CSC), porque o seu conteúdo viola lei imperativa, na medida em que entrega a gestão da sociedade a *entidades não humanas* (arts. 252.º, n.º 1, e 259.º do CSC) ou, ainda, porque viola as regras de competência do órgão de administração. Parece-nos que será nula, porque ilícita, a instrução dirigida pelo

com/news/tieto-the-first-nordic-company-to-appoint-artificial-intelligence-to-the-leadership-team-of-the-new [consulta em 15/04/2022].

²⁹ A expressão pertence a Luca ENRIQUES/Dirk A. ZETZSCHE, *Corporate Technologies and Tech Nirvana Fallacy*, 8.

³⁰ Alexandre de Soveral MARTINS, «Artigo 405.º - Competência do conselho de administração», in: J. M. Coutinho de ABREU (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. VI, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2019, 423 (421-433), que defende que o art. 405.º do CSC “não permite entregar a gestão da sociedade anónima a terceiro”.

³¹ Veja-se, o *Delaware General Corporation Law* (DGCL) §141: “§ 141 Board of directors; powers; number, qualifications, terms and quorum; committees; classes of directors; nonstock corporations; reliance upon books; action without meeting; removal. (a) The business and affairs of every corporation organized under this chapter shall be managed by or under the direction of a board of directors, except as may be otherwise provided in this chapter or in its certificate of incorporation...”.

³² Sobre estas, v. Alexandre de Soveral MARTINS, «Artigo 252.º - Competência da gerência», in J. M. Coutinho de ABREU (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. IV, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, 144 e ss. (143-149).

órgão de administração da sociedade totalmente dominante ao órgão de administração da sociedade totalmente dominada, no sentido de que este último confie a administração da sociedade a agentes de IA (arts. 481.º, 488.º, 491.º, 503.º, n.º 1, e 504.º, n.º 3, do CSC). Será nula a deliberação de eleição de sistemas de IA como membro(s) do órgão de administração ou cláusula estatutária que os designe como membro do órgão de administração ou de fiscalização, porque estas funções estão reservadas, de modo imperativo, a membros humanos (arts. 191.º, n.ºs 1 e 3, 252.º, n.º 1, 390.º, n.º 3, 470.º e 56.º, n.º 1, al. d), todos do CSC). E, por conseguinte, constitui-se na esfera jurídica dos administradores (aqui latamente considerados) o dever de não executar tais deliberações nulas³³.

4. Imperfeição da IA e a aplicação da *business judgment rule* a decisões preparadas ou auxiliadas por IA

As consequências danosas de erros causados por decisões preparadas por IA estarão abrangidas pelo art. 72.º, n.º 2, do CSC, influenciado pela *business judgment rule*³⁴?

A decisão empresarial de introdução de sistemas de IA é candidata à aplicação da *business judgment rule*, porquanto trata-se de uma decisão empresarial tomada em espaço de discricionariedade, mas, para que tal aconteça, é necessário que os administradores atuem em “termos informados”, designadamente, que os administradores se informem sobre a «Finalidade prevista», ou seja, a “utilização à qual o fornecedor destina o sistema de IA, incluindo o contexto específico e as condições de utilização, conforme especificado nas informações facultadas pelo fornecedor nas instruções de utilização, nos materiais e declarações promocionais ou de venda, bem como na documentação

³³ Neste sentido, v. Raúl VENTURA/Luís Brito CORREIA, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas*, separata do *BMJ*, n.ºs 192, 193, 194, 195, Lisboa, 1970, 76; J. M. Coutinho de ABREU, *Governança das sociedades comerciais*, 60.

³⁴ J. M. Coutinho de ABREU/Maria Elisabete RAMOS, «Artigo 72.º - Responsabilidade de membros da administração para com a sociedade», in J. M. Coutinho de ABREU, coord., *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. I, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, 903 e ss. (892-914).

técnica”³⁵. Ou, ainda que se assegurem como funcionam e que riscos comportam os “sistemas de IA utilizados nos domínios do emprego, da gestão de trabalhadores (...), nomeadamente para efeitos de recrutamento e seleção, de tomada de decisões sobre promoções e despedimentos, de repartição de tarefas e de controlo ou avaliação de pessoas no âmbito de relações contratuais de trabalho”³⁶.

Além disso, o administrador terá de provar que atuou “livre de qualquer interesse pessoal”. O conflito de interesses pode existir se, por exemplo, um algoritmo “desenhado” para calcular a remuneração de administradores foi programado para satisfazer os interesses destes, em detrimento do interesse social ou dos sócios³⁷. O art. 72.º, n.º 2, do CSC exige *literalmente* que o administrador atue “segundo critérios de racionalidade empresarial”. Atualmente, não se pode dizer que seja *irracional* a decisão empresarial de incorporar inteligência artificial não proibida por lei, ainda que seja de elevado risco. Pode acontecer que em tais situações se possa afirmar a violação do dever de tomar decisões razoáveis – e com isso a violação do dever de cuidado (art. 64.º, n.º 1, al. a), do CSC –, *mas não serão irracionais*³⁸. E, por isso, o art. 72.º, n.º 2, do CSC poderá impedir a responsabilidade civil dos administradores, ainda que subsistam outras sanções. Tendo em conta os benefícios, os impactos positivos de luta contra a fraude, as vantagens competitivas da inovação e a «corrida» à IA pelas empresas concorrentes, será de concluir que não é, de todo, irracional incorporar IA na empresa.

Os administradores não estarão protegidos pelo art. 72.º, n.º 2,

³⁵ Cfr. art. 3.º, 12), da Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (regulamento inteligência artificial).

³⁶ Cfr. o Considerando (36) da Proposta de Regulamento sobre Inteligência Artificial que classifica “Os sistemas de IA utilizados nos domínios do emprego, da gestão de trabalhadores e do acesso ao emprego por conta própria, nomeadamente para efeitos de recrutamento e seleção, de tomada de decisões sobre promoções e despedimentos, de repartição de tarefas e de controlo ou avaliação de pessoas no âmbito de relações contratuais de trabalho” como de “elevado risco”, “uma vez que podem ter um impacto significativo nas perspetivas de carreira e na subsistência dessas pessoas”.

³⁷ LUCA ENRIQUES/Dirk A. ZETZSCHE, *Corporate Technologies and the Tech Nirvana Fallacy*, 31, falam em “conflicted coding”, para referir a programação adequada (e influenciada pelos) aos interesses da administração da sociedade compradora e não aos interesses da sociedade

³⁸ J. M. Coutinho de ABREU/Maria Elisabete RAMOS, «Artigo 72.º - Responsabilidade de membros da administração para com a sociedade», 906.

do CSC, se as decisões, previsões ou recomendações de agentes de IA violarem a lei porque, por exemplo, são discriminatórias ou violam a privacidade dos consumidores. Por isso, devem ser asseguradas soluções técnicas que, ao longo do ciclo de vida dos agentes de IA, garantam a supervisão humana, a rastreabilidade e a transparência destas ferramentas³⁹.

Conclusão

A utilização de sistemas de IA nas sociedades é, essencialmente, uma decisão de gestão que deve ser tomada em termos informados. A informação recolhida ou solicitada pelos membros do órgão de administração deve ser adequada ao risco representado pela IA. O que pode implicar a consulta de peritos externos e independentes quer da sociedade quer do fornecedor de IA.

Os deveres de cuidado são suficientemente flexíveis para enquadrarem juridicamente a atuação de administradores que tomam a decisão empresarial de incorporar sistemas de IA na sociedade. As manifestações dos deveres de cuidado determinam, por exemplo, o acompanhamento do desempenho destes sistemas e a preparação da sociedade para a contínua supervisão humana. O que implica que o órgão de administração, no exercício do seu poder de auto-organização, se muna de competências nesta área, como sejam, por exemplo, comissões atípicas para matérias tecnológicas ou encarregar especialmente administrador(es) de questões tecnológicas.

Os deveres de cuidado impõem que os administradores tomem decisões razoáveis, também em matéria de IA. Já o critério que irá avaliar se foi ou não cumprido o dever de tomar decisões razoáveis é o da *irracionalidade* (art. 72º, n.º 2, do CSC). E não se poderá sustentar que, em pleno século XXI, é irracional incorporar IA no funcionamento das sociedades. Já poderá ser ilegal adotar sistemas de IA que

³⁹ O art. 12.º do da Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece regras harmonizadas em matéria de inteligência artificial (regulamento inteligência artificial), intitulado “manutenção de registos”, determina que “Os sistemas de IA de risco elevado devem ser concebidos e desenvolvidos com capacidades que permitam o registo automático de eventos («registos») enquanto o sistema de IA de risco elevado estiver em funcionamento”.

sejam proibidos, como se antecipa na Proposta de Regulamento de IA, ou que notoriamente violam a lei. O que mostra que a IA digna de confiança não pode prescindir de uma regulação pública de natureza imperativa.

Referências bibliográficas

- ABREU, J. M. Coutinho de, *Governança das sociedades comerciais*, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2010.
- ABREU, J. M. Coutinho de, «Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social», *Reformas do Código das Sociedades*, Coimbra: Almedina, 2007, 15-47.
- ABREU, J. M. Coutinho de *Curso de direito comercial*, vol. II. *Das sociedades*, 7.^a ed., Coimbra: Almedina, 2021.
- ABREU, J. M. Coutinho de / RAMOS, Maria Elisabete, «Artigo 72.º - Responsabilidade de membros da administração para com a sociedade», in J. M. Coutinho de ABREU, coord., *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. I, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2017, 892-914.
- ANTUNES, José Engrácia, «O regime do órgão de administração», *Direito das Sociedades em Revista* 1/2 (2009) 81-95.
- COSTA, Ricardo, «Artigo 391.º - Designação», in J. M. Coutinho de ABREU, coord., *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. VI, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2019, 230 (226-256).
- ENRIQUES, Luca / ZETZSCHE, Dirk A., «*Corporate Technologies and the Tech Nirvana Fallacy*», Working paper n.º 457/2019, March 2020, 4, [em linha] [consulta em 12/3/2022]. Disponível em https://ecgi.global/sites/default/files/working_papers/documents/finalenriqueszetsche.pdf
- MARTINS, Alexandre de Soveral, «Artigo 6.º - Capacidade», in J. M. Coutinho de ABREU, coord., *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. I, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2017, 117-136.
- MARTINS, Alexandre de Soveral, *Os poderes de representação dos administradores de sociedades anónimas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998.
- MARTINS, Alexandre de Soveral, «Artigo 252.º - Competência da gerência», in J. M. Coutinho de ABREU, coord., *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. IV, 2.^a ed., Coimbra: Almedina, 2017, 143-149.

- PINTO, Alexandre da Mota, «Artigo 209.º - Obrigação de prestações acessórias», in J. M. Coutinho de ABREU, coord., *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. III, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2023.
- RAMOS Maria Elisabete, “CorpTech e desafios aos deveres de cuidado dos administradores”, *Inteligência artificial e robótica desafios para o direito do século XXI*, Sónia MOREIRA / Pedro Miguel FREITAS, coord., Coimbra: Gestlegal, 2022, 229-250, disponível em <https://www.jusgov.uminho.pt/pt-pt/publicacoes/inteligencia-artificial-e-robotica-desafios-para-o-direito-do-seculo-xxi/>
- RAMOS, Maria Elisabete / AZEVEDO, Ana / MEIRA, Deolinda / MALTA, Mariana Curado, «Cooperatives and the use of Artificial Intelligence: A critical view», *Sustainability* 15 (2023) 329. <https://doi.org/10.3390/su15010329>, disponível em <https://www.mdpi.com/journal/sustainability>. Special Issue Co-operating for Change: Roles, Potentials, and Challenges of Cooperatives in the Decade Leading up to the Sustainable Development Goals.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de, «*Business judgment rule*, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais», *Direito das Sociedades em Revista* 2 (2009), 41-79.