

ÍNDICE

DOCTRINA

ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA

Papel e competência da assembleia geral da sociedade anónima no Código das Sociedades Comerciais 171

DAVID DE OLIVEIRA FESTAS

As competências não escritas dos acionistas em matérias de administração. 197

TÂNIA MEIRELES DA CUNHA

Insolvência e responsabilidade tributária subsidiária: um olhar sobre a jurisprudência dos tribunais superiores portugueses. 219

JOSÉ VILAS BOAS

À procura de ética na cadeia de valor: Códigos Corporativos vs. Due Diligence Law 251

PEDRO DE ALMEIDA FERNANDES

A imputação de conhecimento nos grupos de sociedades (Parte II). 285

BREVES COMENTÁRIOS

JOÃO VIEIRA DOS SANTOS

DLT Pilot Regime – Regulamento (UE) 2022/858 317

CARLOS OSÓRIO DE CASTRO

Notas breves sobre os poderes do órgão de administração em assuntos de gestão: objeto social, ‘competência não escrita’ e acordos omnilaterais 331

NOTÍCIAS

DANIELA SOUSA

Legislação e Jurisprudência 345

Índice do ano XIV (2022)..... 349

POLÍTICA E ÉTICA EDITORIAIS

Critérios de publicação 353

Papel e competência da assembleia geral da sociedade anónima no Código das Sociedades Comerciais

ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA

SUMÁRIO: 1. Sentido e alcance da centralidade do órgão de administração na estrutura da sociedade anónima: centralidade (meramente) funcional/operacional e centralidade estrutural/fundamental. 2. Concretização. Os limites da competência dos administradores: modificações estruturais ou com impacto essencial na identidade da sociedade ou no perfil do investimento (rules-of-the game decisions ou game-changing decisions). 3. Os deveres de lealdade dos administradores perante os acionistas: dever ex bona fide de submeter a matéria à assembleia geral (reconhecido obiter dictum pelo STJ). 4. Maioria deliberativa e aspetos procedimentais. 5. Relevância da vontade acionista expressa fora da assembleia geral? Os limites da eficácia do acordo parassocial omnilateral: 5.1. O contributo do acordo omnilateral para a interpretação dos estatutos; 5.2. O papel do acordo parassocial na delimitação da conduta devida pelos administradores ex bona fide e impacto na deliberação do conselho de administração (artigos 64.º do CSC e 334.º do CC).

RESUMO: Analisa-se a distribuição de competências entre assembleia geral e administração nas sociedades anónimas e a eventual existência de um dever de os administradores submeterem a deliberação dos sócios determinadas matérias que formalmente pertencem ao campo da gestão societária mas que têm um impacto material tal na caracterização da sociedade ou no perfil do investimento do sócio que se justifica a intervenção daquele órgão. Questiona-se ainda a relevância da vontade unânime dos acionistas manifestada fora da assembleia geral, *maxime* em acordo parassocial (omnilateral).

PALAVRAS-CHAVE: assembleia geral; competência *ex bona fide*; acordo omnilateral

ABSTRACT: We study the distribution of power between the General Meeting and the Board and ask whether the board is compelled by his duty of loyalty to seek

the approval of the shareholders if a certain materiality standard is met. We further question the relevance of omnilateral shareholders' agreements.

KEYWORDS: Shareholders' Meeting; authority of the Shareholders' Meeting; *ex bona fide* authority; omnilateral shareholders' agreements

1. Sentido e alcance da centralidade do órgão de administração na estrutura da sociedade anónima: *centralidade (meramente) funcional/operacional e centralidade estrutural/fundamental*

O sistema jurídico-societário português tem gerado dúvidas interpretativas que jogam com o papel e o lugar da assembleia geral da sociedade anónima, por confronto com a posição do órgão de administração neste tipo social.

Ao contrário do que acontece nas sociedades por quotas, que se caracterizam pelo seu cariz personalístico e nas quais os gerentes se encontram vinculados às deliberações dos sócios em matérias de gerência (artigo 259.º)¹, na sociedade anónima vigora um “princípio de independência da administração”. Do artigo 405.º, conjugado com o artigo 373.º/3, resulta que, em matéria de gestão, o órgão de administração é soberano e os acionistas apenas são chamados a pronunciar-se a pedido dos administradores. A competência da assembleia geral, sem prejuízo das tarefas que lhe são especialmente atribuídas por lei ou pelos estatutos, é delimitada pela negativa².

Pareceria, pois, que o órgão de administração se situa no centro do sistema de governo, na medida em que assegura a tomada de decisões na empresa na quase totalidade das matérias, agravando os problemas de agência neste tipo social³. Não é incomum aludir-se a um princípio de primazia dos administradores. Porém, o sentido e alcance desta centralidade devem ser devidamente compreendidos.

¹ Cf., *v.g.*, RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, vol. II, Coimbra, 1989, 165; MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, vol. II, Coimbra, 2006, 403 e 404.

² Sobre a estrutura organizatória das sociedades, cf., por todos, COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial. Das sociedades*, vol. II, 7.ª ed., Coimbra, 2021, 70 ss.

³ Ou seja, a dificuldade em promover o alinhamento dos interesses do agente ou comissário (o gestor da empresa) com os interesses do principal ou comitente (sócios), a qual resulta da assimetria informativa que beneficia o primeiro, colocado em posição de agir de forma não eficientemente vigiada e de provocar danos não detetáveis pelos comitentes (os proprietários da empresa).

Em especial, a posição nuclear da administração não significa que o sistema coloca este órgão *em termos estruturais* como o mais relevante órgão da sociedade.

Pelo contrário, mesmo nas sociedades anónimas, a assembleia geral – enquanto reunião ou representação dos *proprietários* da empresa – é o órgão soberano, não é eleita nem nomeada por outrem e decide, como melhor veremos, nos mais importantes temas societários (*maxime*, alterações sociais e modificações estruturais).

Em termos práticos e jurídicos, são os administradores – eleitos e controlados pela assembleia – que se encontram habilitados para decidir em matéria de gestão, mas estes poderes são mera decorrência da necessária profissionalização e agilização da gestão societária. Essa é a razão por que a competência da administração não se estende, no sistema legal, às decisões com impacto estrutural ou no próprio perfil da sociedade: todas as questões fundamentais que afetem a identidade ou estrutura da sociedade continuam a ter de ser decididas pelos acionistas, sem “delegação” no órgão administrativo.

Assim, a centralidade *operacional ou prática* pertence ao órgão de administração, mas a centralidade *estrutural ou fundamental* continua a pertencer à assembleia geral.

Basta remontar à origem da concentração de poder no órgão de gestão para se compreender o seu significado. Inicialmente, o legislador alemão tinha assumido que, reunindo-se os beneficiários económicos da empresa na assembleia geral, este órgão deveria ser responsável por decidir os destinos da sociedade. A partir dos anos 30 do século XX, passou a reconhecer-se, porém, que a composição não homogénea e aleatória da assembleia, o seu distanciamento das medidas de gestão a tomar, a inadequação da sua estrutura e as suas dificuldades organizativas tornam a assembleia incapaz de tomar decisões empresariais no dia a dia empresarial, o que ditou a emancipação do órgão de administração face à assembleia geral e a expansão das respetivas competências. *Porém, a assembleia geral manteve a sua competência para as decisões fundamentais da sociedade anónima.*

Como se lê no acórdão do Tribunal Federal Alemão (*Gelatine II*)⁴, “numa ordem económica globalmente ligada, na qual é importante aproveitar as vantagens das oportunidades que se apresentam ou responder a perigos emergentes em termos imediatos, uma relação demasiado estreita com deliberações que tenham de ser obtidas por aqueles que não estão constantemente presentes, e que apenas podem ser convocados com considerável dispêndio de tempo e dinheiro, tornaria a condução da sociedade completamente impraticável e iria paralisá-la”.

⁴ BGH 26-abr.-2004, BGHZ 159, 30 (43 ss.) = NJW 2004, 1860.

Estas razões que ditaram a solução germânica vieram a ser reconhecidas em Portugal, seguindo o legislador o mesmo princípio de independência da administração que consta, na Alemanha, dos §§ 76 e 119 AktG.

Como se vê, a concentração dos poderes de gestão no órgão de administração não resulta de uma menorização do papel da assembleia mas antes das suas limitações práticas quando se trata de assegurar a gestão da sociedade anónima e da necessidade de se conservar um espaço de manobra aos gestores profissionais. O mesmo não sucede nas sociedades por quotas, atendendo à típica proximidade acrescida dos sócios da gestão social.

Por outras palavras, a independência da administração não conduz nem significa um menor relevo dos acionistas. Implica, isso sim, a necessidade de reformulação dos termos do relacionamento entre acionistas e administradores, com o incremento dos mecanismos de controlo, que precisamente visam assegurar que a sociedade é gerida no interesse dos acionistas. Todos os instrumentos de *corporate governance* tendentes a assegurar o controlo sobre o órgão de administração e o alinhamento dos interesses dos seus membros com os interesses sociais significam precisamente que a centralidade *operacional* do órgão de administração não tem um sentido *estrutural*⁵. Pelo contrário, trata-se, pura e simplesmente, de uma decorrência da profissionalização da gestão num contexto de atividade complexo e no qual não é praticável nem desejável uma livre intrusão dos acionistas, suscetível de prejudicar globalmente a coerência da gestão societária. A estrutura da sociedade anónima corresponde a um modelo capitalista, bem distinto do da sociedade por quotas⁶, que implica necessariamente um maior distanciamento entre os acionistas e a gestão societária mas que é acompanhado por um reforço dos mecanismos de governo, os quais confirmam que, em termos últimos, os sócios estão habilitados a tomar as decisões fundamentais e estruturantes na sociedade que fundaram ou em que investiram.

O conselho de administração, *se e enquanto se mantiver no âmbito das suas competências de gestão*, embora se encontre em posição subordinada em relação à assembleia geral (que o elege e que aprecia a sua atividade), pode exercer os seus deveres independentemente (e porventura até contra) a vontade da assembleia geral⁷. Assim sucede mesmo quando estão em jogo decisões que afetem significativamente o valor da sociedade e, portanto, do investimento

⁵ Cf. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de governo das sociedades*, Coimbra, 2017, *passim*.

⁶ Não obstante a flexibilidade estatutária desta que permite aproximar este tipo social das sociedades anónimas e, portanto, atribuir-lhe um cariz capitalístico mais acentuado.

⁷ Cf. CALVÃO DA SILVA, “Conflito de interesses e abuso do direito nas sociedades”, em *Estudos jurídicos (Pareceres)*, Coimbra, 2001, 105-143 (108). Seguindo uma perspetiva económica, cf., sobre a *shareholder primacy* e a *director primacy*, FERNANDO ARAÚJO, *Teoria económica do contrato*, Coimbra, 2007, 234 ss.